

Volume 1 Número 50

Janeiro/Março 2021 ISSN: 1981-3759

idp

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

Processo Civil
Contemporâneo:
Novas tendências
processuais em prol
da efetividade

**Caderno Virtual, Brasília, v. 1, n.
50, Janeiro/Março 2021**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP
Prof^a. Ariadne Moreira B. de Oliveira, IDP
Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof. José dos Santos Carvalho Filho, IDP
Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof. Atalá Correia, IDP
Prof. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof. Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof. Felipe Cortês, IDP
Prof. Pedro Palotti, IDP
Prof. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Guilherme Pupe, IDP
Prof. Paulo Mendes, IDP
Prof. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof. José Henrique Mouta, IDP
Prof^a. Olivia Freitas, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Leonardo Estrela, IDP
Prof. Leandro Gobbo, IDP
Prof. Ivan Allegretti, IDP
Prof. Lahis da Silva Rosa, IDP
Prof. Flávio José Roman, IDP
Prof. Paulo Castro, IDP
Prof. Mathias Schneid Tessmann, IDP
Prof. Rodrigo Becker, IDP
Prof. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP
Prof. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP
Prof. Marcio Camargo Cunha Filho, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire
Renan Silveira Holtermann
Matheus Brito Fachine

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Ariadne Moreira Basílio de Oliveira, Eduarda Toscani Gindri

Artigos Acadêmicos dos membros da ABPC

RECONVENÇÃO NO PROCESSO CIVIL: DA AMPLIAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO ÀS ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS DO RÉU

José Henrique Mouta Araújo

Vinicius Silva Lemos

OS JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA APLICADO AO PODER JUDICIÁRIO

Benigna Araújo Teixeira Maiar

Gabriella Silva dos Santos

Marcus Vinicius Barbosa Siqueira

CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE AS MEDIDAS ATÍPICAS (ART. 139, IV, DO CPC/2015) NA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA: BREVE ESTUDO DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fernando Natal Batista

Artigos Acadêmicos

O RITO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E A PANDEMIA DE COVID-19

O CONGRESSO NACIONAL, COM O AVAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, FERIU A CONSTITUIÇÃO?

Bruno Ávila da Mata Sampaio Sampaio

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A DEGENERAÇÃO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA

Lucas Trompieri Rodrigues

O IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NAS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Joe Luis Chaves

Trabalhos de Conclusão de Curso da Escola de Direito do IDP

A (DES)VALORIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA SOB A ÓTICA DO CRIME DE REVENGE PORN

Bruna Ramos Freitas

MAIS DO MESMO? UMA PESQUISA COMPARATIVA ENTRE A TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO E OS EMBARGOS INFRINGENTES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Elizabethy Borges Silva Lira

A GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO MENSAL EM CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTE: UM ESTUDO DE CASO EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Isabelle Assunção Silva

O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO PODER PUNITIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Júlia Venzi Gonçalves Guimarães

AS IMUNIDADES DAS EMBAIXADAS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS E SUA REPERCUSSÃO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Mireli Pereira Celestino

REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA DECISÃO DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL *DE PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS PELO STF NA ADI 4275.*

Mônica Coêlho Costa

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES À LUZ DO RE 1.211.446/SP

Priscilla Rezende Tavares

A GUERRA FISCAL ENTRE O ICMS E O ISS EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DE STREAMING E SOFTWARE: UM ESTUDO ACERCA DA REFORMA TRIBUTÁRIA PREVISTA NA PEC 45

Rafaela Gonçalves dos Santos

A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS NÃO TARIFÁRIAS DE IMPORTAÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE PROTEÇÃO À SAÚDE

Rodrigo Alencar Da Fonsêca

ESTUDO DE DIREITO COMPARADO: A (IN)EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA EM FACE AOS PSICOPATAS E SUA (IN)IMPUTABILIDADE, DIANTE DA MORA LEGISLATIVA

Vivian Costa da Silva

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos produzidos por acadêmicos integrantes de programas nacionais de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review* com o tema: "Processo Civil Contemporâneo: Novas tendências processuais em prol da efetividade".

A primeira edição do ano apresenta na primeira parte pesquisas produzidas por professores da Associação Brasileira de Direito Processual Civil – APBC e traz uma importante contribuição acerca dos principais temas debatidos no âmbito do Processo Civil contemporâneo.

A segunda parte traz artigos acadêmicos produzidos por professores e alunos da Escola de Direito e de Administração Pública – EDAP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

Na terceira parte, a revista Caderno Virtual apresenta os Trabalhos de Conclusão de Curso da graduação em Direito do IDP indicados à publicação nas bancas de TCC, consolidando-se, assim, como um espaço de divulgação das pesquisas em destaque no IDP.

Nessa linha, a presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade trimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 50ª edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Profª. Janete Ricken Lopes de Barros

Profª. Ariadne Moreira Basílio de Oliveira

Profª. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

RECONVENÇÃO NO PROCESSO CIVIL: DA AMPLIAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO ÀS ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS DO RÉU

José Henrique Mouta Araújo¹

Vinicius Silva Lemos²

1. Introdução.

O presente texto pretende apresentar alguns questionamentos acerca do papel do réu no processo de conhecimento, superando a clássica afirmação de que sua conduta seria apenas passiva (impedimento à pretensão do autor).

Em várias situações, o CPC apresenta caminhos para esta superação conceitual, inclusive com possibilidade de formação de títulos executivos judiciais em favor do demandado originário.

Com efeito, o réu pode ampliar o objeto litigioso do processo, dentro da contestação, tornando o processo complexo objetiva e/ou subjetivamente.

-
- 1 Doutor e mestre em direito (UFPA), pós-doutor em direito (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), professor do Cesupa/PA e IDP/DF, procurador do Estado do Pará e advogado. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO, da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO e da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABPC. www.henriquemouta.com.br
 - 2 Pós-Doutorando em Processo Civil pela UERJ. Doutor em Processo Civil pela UNICAP. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil na FARO e na UNIRON. Advogado. Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Neste texto pretende-se apresentar aspectos ligados à reconvenção e alguns pontos polêmicos, tratados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, além da possibilidade de formação de títulos executivos em seu favor mediante outros institutos.

2- Forma e momento da Reconvenção

Na contestação, nos moldes do art. 343 do CPC, é possível que o réu proponha reconvenção, realizando um pedido que seja maior do que a improcedência, com pleitos de condenação do autor, além dos simples ônus da sucumbência e de honorários advocatícios.

A reconvenção é nova ação, agora proposta pelo réu contra o autor³, invertendo os polos para essa matéria proposta, utilizando do processo já existente para aumentá-lo objetivamente.

É direito do réu, no ato de defesa quanto à petição inicial, propor ação que entenda ter direito contra o autor, cumulando pedidos e tornando complexo o objeto desse processo, com uma nova ação dentro do processo já em curso.

É um pedido de contra-ataque do réu para o autor⁴, invertendo, para esse novo pedido, os polos da ação. O autor passa a ser réu do novo pedido e o réu passa a ser autor, com a necessidade de cumprir todos os requisitos do art. 319 do CPC, como uma petição inicial.

Ao reconvir, o réu passa a também ser o autor da demanda, com um pedido que deve ser julgado, ensejando a necessidade de prosseguimento da demanda, mesmo se a principal contiver a desistência.

Trata-se de ampliação do objeto litigioso a ser apreciado e decidido pelo Juiz, sem que se possa falar em pronunciamento extra petita. Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “a apreciação do pedido dentro dos limites postos pelas partes na

3 Conceituando reconvenção: “A reconvenção consiste em ampliação objetiva da demanda, pelo réu, no mesmo processo. É o contra-ataque do réu face ao autor. Verdadeira cumulação de pedidos, veiculada por partes contrapostas.” MALAFAIA, Evie Nogueira e. Comentário ao art. 343. **Novo código de processo civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770)**. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. São Paulo: Lualri, 2017. p. 70.

4 Nas lições de Lima: “A reconvenção, como é elementar, é contra-ataque, e, não, reação do réu com referência ao autor, dentro da própria ação desse. Por economia e brevidade é que se permite, havendo os pressupostos exigidos, o pedido do réu contra o autor, independentemente de ação própria.” LIMA, Alcides de Mendonça. Reconvenção. **Revista de Processo**. Vol. 9, Ano 3, p. 265-272, São Paulo: Ed. RT. jan/mar/1978. p. 267.

petição inicial ou na reconvenção não revela hipótese de julgamento ultra ou extra petita" (AgInt no AREsp 1.057.132/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize. 3ª Turma. J. em 5/12/2017, DJe 15/12/2017)⁵.

Em caso de inexistência de reconvenção e apreciação de objeto não apreciado na inicial, ocorrerá julgamento extra petita, nos termos do entendimento firmado pela 3ª Turma do STJ, na seguinte passagem: "5. Na hipótese dos autos, contudo, não houve reconvenção, tampouco foi manifestada intenção de reconvir por parte do réu, impondo-se reconhecer que, na espécie, houve inegável julgamento extra petita por parte do Tribunal de origem" (REsp 1849967 / SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – 3ª Turma – J. em 09/02/2021 - DJe 11/02/2021).

De outro prisma, além da ampliação do objeto litigioso, há uma independência entre a demanda inicial e a reconvenção interna da contestação.

Na legislação anterior, a reconvenção era uma espécie de contra-ataque com uma autonomia processual em relação a contestação, sendo oferecida em uma peça apartada. Ou seja, era processualmente uma espécie de resposta do réu, com protocolo conjunto à contestação, no mesmo prazo e dentro do mesmo processo, mas com peças totalmente autônomas⁶.

Na atualidade, a reconvenção deixou de ser uma espécie processual de resposta do réu autônoma passando a ser uma matéria de alegação interna da contestação, obviamente continuando a ser uma resposta do réu, mas uma resposta material dentro da contestação, a resposta processual. Sai a figura da reconvenção como resposta do réu processual e entra a reconvenção como resposta argumentativa do réu.

O intuito é aumentar a concentração da defesa no ato da contestação. Concentração que também alcançou outros instrumentos processuais que eram previstos na legislação anterior, como a impugnação ao valor da causa, exceção de incompetência relativa, etc. Tudo agora é capítulo de peça processual única: contestação.

Ao pensar na reconvenção somente como uma matéria inserta na contestação, o intuito passa por diminuir as peças processuais, numa tentativa de simplificação do rito

5 Também no tema: AgInt no AREsp 1271973 / MT – Re. Min. Antônio Carlos Ferreira – 4ª T – J. em 08/04/2019 – J. em DJe 16/04/2019 e AgInt no AREsp 1057132 / SP – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze -3ª T – J. em 05/12/2017 – DJe 15/12/2017.

6 No ordenamento passado, as peças de defesa eram separadas processualmente, sendo que a contestação e reconvenção eram oferecidas e protocoladas de maneira autônoma (antigo art. 299). Todavia, atendendo a concentração da defesa, a reconvenção virou um *capítulo da contestação*. No tema: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Reconvenção no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

processual, apesar de não produzir esta simplicidade quanto à matéria. De certa maneira, o processo se torna mais fácil de entender, pela menor quantidade de peças, contudo, materialmente, as peças se tornam mais complexas⁷.

Não há mudança no que seria, materialmente, a reconvenção, continuando a ser a possibilidade do réu, de acordo com o art. 343 do CPC, propor, dentro daquela mesma demanda na qual é réu, uma nova ação, sobre a qual guarda conexão com a ação principal ou com os fundamentos que arguiu na defesa.

2. Requisitos e formalidade da reconvenção

Esta modalidade de contra-ataque, dentro da contestação, não é obrigatória. Contudo, para que a reconvenção seja viável, deve ter a presença de vários requisitos.

Além dos pressupostos de qualquer ação, a reconvenção tem outros requisitos específicos: *(i) a necessidade de causa pendente; (ii) o prazo para defesa ainda ser existente; (iii) a competência ao mesmo juízo para julgar as demandas – principal e reconvençional; (iv) a compatibilidade de procedimentos; (v) a conexão entre o que se discute na ação principal.*

O primeiro requisito é a causa pendente.

A causa pendente é a própria ação que está para ser contestada. Se esta ação já tiver sido extinta ou julgada, como em inépcia da petição inicial ou improcedência liminar do pedido, não será possível a reconvenção.

A reconvenção depende de uma ação existente em andamento, onde se contra-ataca processualmente.

Se a ação não está mais pendente, cabe uma nova ação do réu contra o autor, mas não um meio de reconvenção.

O segundo requisito é o prazo para defesa ainda ser existente.

7 Em acórdão da 3ª Turma, o STJ asseverou que: “2. A reconvenção é técnica por meio da qual se objetiva a otimização da eficiência processual, potencializando o resultado de pacificação social, ao agregar a um mesmo processo uma segunda demanda proposta pelo réu contra o autor, ainda que não exclusivamente essas partes, e fora dos limites da ação original. 3. Entre a demanda principal e a reconvenção deve haver conexão, seja em decorrência do pedido ou casa de pedir da ação principal, seja em decorrência da vinculação existente com os argumentos de defesa deduzidos em contestação, o que, por si só, recomendaria o julgamento conjunto das causas, mesmo que deduzidas em processos autônomos” (REsp 1775812 / RJ – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – J. em 19/03/2019 - DJe 22/03/2019).

Nesse ponto, o réu que deseja reconvir deve fazê-lo dentro do prazo da defesa, dentro do prazo de contestação, até por ser inserta a ela. Para ser reconvenção, deve ser interposta no prazo de defesa do processo pendente.

Até pelo fato de que se protocolar a contestação em momento posterior, a defesa será desconsiderada.

No entanto, há dúvidas sobre a reconvenção protocolada em momento posterior, o que enfrentaremos em subcapítulo mais a frente.

O terceiro requisito é a competência do mesmo juízo para julgar as demandas – principal e reconvenção.

Se o intuito do réu é trazer um pedido contra o autor para aquela ação em andamento, notadamente, este juízo em que tramita a ação deve ser competente para o julgamento deste novo pedido.

Com uma reconvenção com a necessidade de um juízo diverso pela competência, não será possível aceitar a reconvenção. Se for realizado um pedido reconvenção que o juízo não tiver competência, este deve ser indeferido.

O quarto requisito é a necessidade de compatibilidade de procedimentos das ações do pedido principal e do pedido reconvenção.

O que se pleiteia na reconvenção deve ter o mesmo procedimento ou uma compatibilidade entre o procedimento que se pede e o procedimento da ação principal. Não será possível uma reconvenção em que haja essa incompatibilidade.

O intuito é que o réu proponha a ação que entende como cabível contra o réu no procedimento que a ação principal tramita, com a economia de tratar duas ações em uma só. Porém, essa economia deve ser real, o que não seria possível em procedimentos incompatíveis.

O quinto requisito é a necessidade de conexão entre o que se discute na ação principal com o que se discutirá na reconvenção.

Se o réu irá propor uma reconvenção, com um direito de ação veiculado, este deve conter uma conexão com a ação que ali se discute, justamente para que haja a possibilidade de fazer a ampliação objetiva do processo.

A reconvenção somente tem sentido pela economia processual de cumular essa ação do réu contra o autor utilizando do mesmo processo se a matéria for conexa com o que foi narrado na inicial como causa de pedir ou que seja interligado com o fundamento da defesa utilizada pelo réu em sua contestação, o que não deixa de demonstrar que deve

ter uma linha conectiva entre essa nova ação e as discussões da já existente na demanda originária.

É possível afirmar, como corretamente fez Paulo Henrique dos Santos Lucon, que entre as duas ações há o fenômeno da relação entre demandas com cumulação objetiva ulterior⁸.

A conexão, por exemplo, não é requisito para cumular pedidos na inicial, mas é para o oferecimento da reconvenção⁹, seja com o que se tem apresentado na causa de pedir do autor¹⁰, seja com os argumentos apresentados pelo réu na contestação.

Além destes requisitos, outros pontos devem ser considerados, tais como: *cabimento da reconvenção naquele procedimento; interesse processual do réu para a reconvenção; e a exigência ou não de despesas processuais*

Sobre o *cabimento* da reconvenção é pertinente a sua incidência.

Não serão todos os procedimentos que permitem a reconvenção e, dessa maneira, o seu cabimento deve ser positivo para que seja cabível. Como tratamos de procedimento comum, este não é um óbice da reconvenção neste procedimento, contudo pode ser um óbice para os procedimentos especiais que assim delimitam pela impossibilidade do cabimento, como nos Juizados Especiais Cíveis, pelo art. 31 da Lei nº. 9.099/1995.

Deve-se atender ao requisito da compatibilidade. Como aponta a 3ª Turma do STJ: "O procedimento da demanda reconvenicional deve ser compatível com o

8 “Há, portanto, além da demanda originária, a demanda ulterior proposta pelo reconvinte em face do reconvindo, com a nítida ampliação do objeto do processo. A reconvenção é então demanda incidente a ser proposta perante o juiz da causa para manifestar pretensão própria, conexa com a demanda principal ou com o fundamento da defesa (CPC, art. 343). **Relação entre demandas**. 2ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 123.

9 Sobre a admissibilidade restritiva da reconvenção: “A admissibilidade da reconvenção, nesse sentido, está condicionada à relação que ela mantém com a pretensão deduzida pelo autor. (...) Uma interpretação restrita do requisito da conexão, nesse caso, limitado, por exemplo, apenas à análise dos elementos identificadores da demanda, pode ensejar conclusão contrária à admissibilidade da reconvenção, mesmo havendo outras razões que justificariam o processo conjunto das demandas.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o código de processo civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci**. p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 640.

10 “O que justifica o cúmulo objetivo que decorre da reconvenção é a otimização da eficiência do processo, pois por meio dela se possibilita que o processo conceda não apenas uma, mas duas tutelas. Amplia-se o número de controvérsias que serão decididas no processo.” YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao novo código de processo civil: artigos 334 ao 368**. Coleção comentários ao Código de Processo Civil. (orgs.) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 180.

procedimento da ação principal, tendo em vista que elas terão processamento conjunto" (REsp 1.578.848/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

O réu deve ter interesse processual para que haja a reconvenção. Mas, isso não é normal? Toda ação deve ser intentada quando há um interesse processual, por que na reconvenção também não seria? Essa resposta é positiva, contudo deve ser especificado que a reconvenção deve ir além da contestação.

Logo, se o que o réu pretende com a reconvenção puder ser alcançado com a contestação, deve ser assim feito, como nas ações dúplices.

O último ponto para ser considerado para a reconvenção está na existência ou não de despesas processuais.

No âmbito da Justiça Federal, não há pagamento de custas, de acordo com a Lei nº. 9.289/1996 e não há caução sobre as custas também, com base no art. 83, §1º, III do CPC.

Há uma conjunção entre os requisitos para a cumulação de pedidos¹¹, com a inclusão de conexão, causa pendente e prazo ainda não precluso

Neste momento, uma indagação deve ser feita: para ser reconvenção, há a necessidade de menção na peça de contestação? Essa é a dúvida mais pertinente para a adaptação que o art. 343 do CPC fez ao inseri-la na contestação.

Não há nenhuma obrigatoriedade de que a peça de contestação seja nomeada como uma peça de contestação com pedido de reconvenção, apesar de que seja pertinente que assim o faça, até pela eficiência e cooperação por trás de um ato como este.

Quanto mais o réu separar os argumentos fáticos da reconvenção e da contestação, melhor será o entendimento claro sobre a divisão dos argumentos, aqueles que são defensivos contra a petição inicial, daqueles que são reconventionais e funcionam como um contra-ataque ao autor.

De igual maneira sobre os pedidos, o mais claro possível sobre pedir a improcedência da ação e depois realizar os pedidos da reconvenção, como se faz em qualquer petição inicial.

11 Há também os requisitos inerentes a própria cumulação de pedidos: "Com a reconvenção, dá-se cumulação superveniente de ações. Assim, para que seja admissível a reconvenção, deve haver compatibilidade entre os procedimentos desta e da ação originária. Admite-se a reconvenção sempre que procedimento da ação originária tiver alguma peculiaridade apenas em sua fase inicial." MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 359.

No entanto, essa organização deve ser feita para a melhor técnica processual, com a imaginação de que se escreve para o outro ler, se organiza o processo para o seu melhor andamento, mas não há nenhuma formalidade pertinente na reconvenção para que seja vista como reconvenção.

O que precisa para ser reconvenção é ter um pedido do réu a maior do que a improcedência. Sendo um pedido dessa feita, será tido como reconvenção e deve adequar-se aos desdobramentos procedimentais inerentes a tanto.

Dessa feita, vale a lição do Enunciado nº. 45 do FPPC: “Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial.”

No momento do pedido da reconvenção deve se realizar todos os pedidos consequenciais àquele que fez nascer a reconvenção, como a produção de provas inerentes à própria reconvenção, pedido de eventual benefício da justiça gratuita, dentre outras possibilidades.

A reconvenção deve ter o seu valor da causa também, de maneira igual à petição inicial.

4 Exercício do contraditório ao autor originário: réplica, contestação e reconvenção da reconvenção

Uma vez inserido o pedido de reconvenção na contestação, o juízo deve analisar este pedido, nas providências preliminares e decidir, perfunctoriamente, sobre o seu deferimento ou não, tal qual faz na análise da petição inicial e o seu deferimento.

Se a reconvenção tiver os seus requisitos atendidos, deve ser deferida, com a determinação da intimação do autor, agora réu na reconvenção, para a contestação. Não será necessária a citação, mas a mera intimação do autor, por já ter representação no processo.

Por outro lado, se os requisitos não estiverem presentes, tanto os gerais de qualquer petição inicial ou aqueles inerentes a reconvenção, o juízo deve decidir pela inviabilidade da reconvenção.

Pode ser para que o réu emende a reconvenção, em determinadas situações, ou um indeferimento da reconvenção. Se for essa segunda, a decisão seria parcial sem mérito e,

por isso, nos termos do art. 354, parágrafo único do CPC, pertinente o agravo de instrumento.

Em situação excepcional, se a reconvenção se enquadrar nas hipóteses do art. 332 do CPC e for possível o juízo julgá-la, desde logo, improcedente, pode já fazê-lo, seja por demandar contra precedente vinculante, seja pela presença de prescrição ou decadência. Isso faria ter uma conjunção da improcedência liminar do pedido reconvenicional em uma decisão parcial de mérito, nos moldes do art. 356 do CPC.

Com a intimação do autor para contestação à reconvenção, o prazo para esta será de 15 (quinze) dias, tal qual a contestação normal. Obviamente que será uma contestação, contudo inserta à réplica à contestação. Ou seja, a peça será em parte uma manifestação sobre a contestação e, em outra parte, uma contestação sobre a reconvenção.

Portanto, se a reconvenção deixa de ser uma peça autônoma de resposta do réu, a defesa do autor em relação a esta alegação deve ser realizada inserta na réplica à contestação, sendo, ao mesmo tempo, impugnativa ao que o réu se defendeu em relação da inicial, bem como contestatória ao que o réu alegou e pleiteou como autor da reconvenção.

A réplica passa a ter dupla função quando houver a resposta à reconvenção.

As mesmas regras da contestação valem para a contestação da reconvenção, como a eventualidade e o ônus da impugnação específica.

Uma vez contestada a reconvenção e se for caso de réplica, deve-se possibilitar a réplica da réplica pelo réu, sendo na verdade uma réplica à contestação da reconvenção.

Aqui, é necessário indagação: a indagação pertinente é: pode a resposta do autor-reconvindo ser também propor uma nova reconvenção? Uma reconvenção da reconvenção ou reconvenção sucessiva? O CPC é lacunoso sobre isso, mas a conclusão é pelo seu cabimento.

Não há nenhum óbice para que o autor, portando-se como réu, apresenta uma reconvenção da reconvenção, pelo fato de que este pode assim se defender. No entanto, uma consideração é importante: a reconvenção proposta pelo réu deve ser conexa à petição inicial e seus fatos e, conseqüentemente, a reconvenção a ser proposta pelo autor deve ser conexa ao que foi reconvindo pelo réu.

Ou seja, deve haver uma conexão desta reconvenção com a reconvenção anterior, o que limitará as possibilidades reais de reconvenção da reconvenção. No tema, vale citar passagem de acórdão, por maioria, da 3ª Turma do STJ: “assim, também na vigência do CPC/15, é igualmente correto concluir que a reconvenção à reconvenção não é vedada

pelo sistema processual, condicionando-se o seu exercício, todavia, ao fato de que a questão que justifica a propositura da reconvenção sucessiva tenha surgido na contestação ou na primeira reconvenção, o que viabiliza que as partes solucionem integralmente o litígio que as envolve no mesmo processo e melhor atende aos princípios da eficiência e da economia processual, sem comprometimento da razoável duração do processo” (REsp 1690216 / RS – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – Rel. p/ acórdão Nancy Andrichi – 3ª T – J. em 22/09/2020 – DJe 28/09/2020).

Um argumento é pertinente sobre isso. Ao versar sobre o procedimento especial da ação monitória, o CPC delimitou no art. 702, § 6º que é admissível reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção a reconvenção. Ou seja, na ação monitória é vedada a reconvenção da reconvenção, logo, os demais procedimentos, de maneira inversa, não serão instados por essa impossibilidade¹².

Todavia, é importante entender que somente será possível a reconvenção da reconvenção quando o objeto ali existente tiver surgido por causa da contestação ou da primeira reconvenção ou em momento superveniente a estes, com a melhor solução do conflito com a admissibilidade dessa nova reconvenção.

6- A ampliação objetiva e subjetiva decorrente da atitude do réu

No sistema processual existem algumas formas de cumulação de pedidos. Esta pode advir de manifestação do autor, como os pedidos cumulados na sua petição inicial

12 Dinamarco entende que: “As hipóteses de admissibilidade de cumular reconvenções sucessivas no mesmo processo são improváveis e raras, mas não excluídas a priori pelo sistema do processo civil. É admissível formular reconvenção contra a reconvenção quando o autor-reconvindo tiver, por sua vez, uma pretensão conexa à reconvenção do réu ou aos fundamentos da defesa oposta a esta (art. 315) – mas desde que a nova demanda a propor não seja portadora de uma pretensão que ele poderia ter cumulado na inicial e não cumulo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 504. Também Bondioli aponta que é “admissível no processo civil brasileiro a reconvenção da reconvenção. Afinal, não existe disposição no ordenamento jurídico nacional que vede a reação do reconvindo diante de a reconvenção com uma nova demanda reconvenção. E é de todo interesse concentrar num mesmo processo todas as demandas de alguma forma relacionadas a um mesmo contexto litigioso, a fim de que haja uma global, justa, coerente e econômica solução da controvérsia. Isso revela, aliás, que as mesmas ideias que inspiram a admissão da reconvenção legitimam a admissibilidade da reconvenção da reconvenção. Além disso, autor e réu devem receber igual tratamento no processo: se este pode reagir ativamente diante da demanda do autor, àquele também deve ser possibilitada reação ativa diante da demanda do réu.” BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Reconvenção no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 226/227.

(art. 327 do CPC), ou por ato do réu, com a apresentação da reconvenção como capítulo autônomo da peça contestatória.

Há, com a peça reconvençional, a ampliação *objetiva* do processo, aumentando o que deve ser julgado, ainda que tenha, agora, a inversão de polos, sendo que o autor da ação vira réu na reconvenção e o réu da ação vira autor na reconvenção.

É um capítulo a mais a ser julgado, tornando o processo e, conseqüentemente, as decisões complexas.

Da mesma sorte, e isso é novidade no sistema do CPC/15, é possível a inclusão de terceiros, seja junto ao réu – aquela que reconvém, seja junto ao autor – que sofre a reconvenção, criando em ambas as possibilidades um litisconsórcio que não existia¹³, conforme o disposto no art. 343, §§3º e 4º do CPC.

Nessas hipóteses, a ampliação da complexidade do processo, além de objetivamente, ocorre de maneira *subjetiva*. Essa ampliação ocorre em duas situações: (i) *propositura da reconvenção contra o autor e terceiro (que é litisconsorte passivo na reconvenção e não atua na ação)*; (ii) *propositura da reconvenção pelo réu e terceiro (que é litisconsorte ativo na reconvenção e não atua na ação)*.

Na *primeira possibilidade*, a ampliação está em intentar a reconvenção contra o autor, mas incluir um terceiro que não está na relação anterior, aquela entre o autor e o réu. Dessa maneira, são duas demandas (ação – autor x réu / reconvenção – réu x autor + terceiro) diferentes, com o acréscimo de uma parte em uma delas, formando um litisconsórcio passivo na reconvenção.

Na *segunda possibilidade*, a ampliação está no polo ativo, quando o réu percebe que há a necessidade de incluir um outro ator processual, igualmente detentor do direito de ação contra o autor. Diante disso, são duas demandas também (ação – autor x réu / reconvenção – réu + terceiro x autor), contudo se forma um litisconsórcio ativo na reconvenção.

Essas situações dependem de cada caso concreto, onde podem figurar na reconvenção sujeitos estranhos à ação, como nos casos de evicção, garantia, etc. O que é

13 “Assim, compete ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento de defesa (*caput*), sendo cabível a reconvenção em face do autor e de terceiro (§ 3º) e também que o réu litisconsorcie-se com terceiro para reconvir (§ 4º). Agindo o autor como substituto processual, a reconvenção deve ter como fundamento relação relacionada ao substituído, ainda que o autor mantenha o status de substituto processual para a reconvenção (§ 5º).” BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327.

vedada é a propositura da reconvenção somente por quem não é parte na ação originária – por quem não é réu na ação originária¹⁴.

O intuito é não limitar a possibilidade de se pleitear e resolver todas as demandas entre as partes originárias, ainda que envolva outros atores que não estavam inseridos na demanda originária.

Desse modo, não será pela falta destes terceiros na ação inicial que as matérias que necessitem da presença destes não possam ser arguidas e trazidas na reconvenção. Entretanto, este litisconsorte – seja ativo ou passivo na reconvenção – não alcança o pedido anterior formulado na inicial.

7- A formação de títulos judiciais invertidos no pedido contraposto, na reconvenção e nas ações dúplices

Como decorrência natural do papel do réu no processo originário, há possibilidade de formação de títulos executivos em seu favor que, na fase de satisfação da obrigação lá contida, passa a ser considerado exequente.

Aliás, desde já vale mencionar que a indicação da parte como *credora* (*autora/exequente*) ou *devedora* (*ré/executada*) deverá ser analisada de acordo com o momento processual e o que no título executivo estiver consignado.

Neste mesmo sentido, diversas situações jurídicas previstas na legislação processual também estabelecem a possibilidade de constituição de títulos executivos em favor do réu originário, gerando, inclusive, liquidação e cumprimento de sentença invertidos (*art. 302, parágrafo único do CPC*).

Como consequência natural da análise das contraposições do réu no processo, devem ser separadas duas hipóteses distintas: *aquelas em que este deve promover demanda ou provocação judicial própria; e as situações em que, pela própria natureza do título e do requerimento provisório pleiteado pelo autor, há certificação de existência de direito em favor do demandado*. Ademais, existem outras situações que a defesa apresentada na própria contestação pode formar título executivo em favor do réu, como

14 Como bem entendeu o STJ: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA DE IMÓVEL. TÍTULO NÃO Oponível AOS AUTORES. RECONVENÇÃO POR QUEM NÃO É PARTE NO PROCESSO. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ” (REsp 274763 / GO – Rel. Min. Castro Filho – 3ª T – J. em 07/11/2002 – DJ 16/12/2002).

o assunto que foi tratado no Tema 622/STJ¹⁵ (*discutiu-se a necessidade ou não de ação autônoma ou de reconvenção para que o réu pudesse pleitear devolução dobrada por cobrança de dívida paga – art. 940 do Código Civil de 2002*).

No *primeiro grupo*, poder-se-á indicar como exemplos a reconvenção (art. 343 do CPC) e o pedido contraposto dos juizados especiais (art. 31 da Lei nº 9.099/95).

Na reconvenção, como é fato, há a necessidade do réu comprovar a conexão em relação as duas ações ou entre a reconvenção e o fundamento da defesa apresentada na ação, ampliando o objeto litigioso do processo e gerando uma *sentença em capítulos*¹⁶.

Nos casos em que se admite pedido contraposto, a preocupação do legislador é com a simplificação procedimental. O pedido contraposto deve estar circunscrito aos limites da demanda formulada pelo autor, ao contrário da reconvenção.

Assim, em ambas as hipóteses, há possibilidade de formação de título executivo invertido - em favor do que figurou originalmente no polo passivo, pelo que é possível afirmar que *as posições de autor e réu são variáveis e dependem do momento processual analisado*.

No *segundo grupo*, os exemplos são as tutelas provisórias de urgência não confirmadas – ou nas demais situações previstas no art. 302 do CPC, as ações dúplices e as sentenças de improcedência em ações declaratórias.

A mesma possibilidade de variação das posições processuais ocorre nos casos de ações dúplices (*ações possessórias – arts. 554-568 – e consignação em pagamento – arts. 539-548 do CPC*), em que, pela própria natureza do direito material, a simples improcedência do pleito do autor já garante o bem jurídico em favor do réu originário.

Além disso, é formado o título em favor do demandado também nas hipóteses expressamente previstas no art. 556 do CPC, em que este formula pleito possessório e indenizatório.

Vale mencionar um exemplo: em caso de improcedência de demanda possessória e acolhimento da tese indenizatória formulada pelo réu (art. 556 do CPC), a sentença

15 Essa é a tese fixada: “A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor”. REsp 1111270/PR / 2ª Seção – Rel. Min. Marco Buzzi – J. 25/11/2015.

16 Sobre o tema: ARAÚJO, José Henrique Mouta. Objeto litigioso do processo: reflexões sobre o tema. **Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial**. Vol 2. Fredie Didier Jr (org.). Salvador: Juspodivm, 2010.

certifica direito a seu favor, sendo possível a provocação da fase de cumprimento visando, quem sabe, obrigar o autor a uma *conduta (fazer ou não fazer – art. 497-501 do CPC)* ou mesmo *pagamento de quantia* (art. 520-522 do CPC).

Em caso de improcedência de demanda possessória e acolhimento da tese indenizatória formulada pelo réu (art. 556 do CPC), a sentença certifica direito a seu favor, sendo possível a provocação da fase de cumprimento visando, quem sabe, obrigar o autor a uma *conduta (fazer ou não fazer – art. 497-501 do CPC)* ou mesmo *pagamento de quantia* (art. 520-522 do CPC).

Percebe-se que nas ações dúplices, permite-se a ampliação do objeto litigioso¹⁷, com formação de título executivo em favor do réu originário e *cumprimento de sentença invertido*.

São situações distintas: a primeira é genérica, em que o réu apresenta seu pleito via reconvenção; a segunda, no pedido contraposto, e a última, nas ações dúplices¹⁸.

Nestes dois últimos casos, é possível a ampliação do objeto litigioso sem a necessidade de reconvenção. Contudo, existem diferenças em relação ao procedimento em que é admitido o pedido contraposto, bem como nas circunstâncias do direito material que fundamentam o conceito de ação dúplice.

Com efeito, a ação será dúplice não por circunstância do direito processual, mas sim em decorrência do próprio direito material *objeto da discussão judicial*¹⁹

17 Vale citar os ensinamentos de Watanabe: “em casos excepcionais se permite o alargamento do objeto litigioso através da contestação. Quando isto se permite, diz-se que a ação tem caráter dúplice. A contestação, nessa modalidade de ação, não somente formula defesa do réu, como também poderá conter autênticos pedidos em seu favor, sem necessidade de reconvenção.” WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. **Revista de Processo**. Vol. 31, Ano 8, São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 141.

18 Como exemplo, é possível indicar o art. 545, §2º, do CPC/2015 onde se percebe que, na consignação em pagamento, há a possibilidade de reconhecimento de obrigação dirigida ao autor (devedor) e, conseqüentemente, formação de título executivo objeto de futuro cumprimento de sentença, favorável ao réu (credor).

19 Realmente, se ambas as hipóteses (dúplices e pedido contraposto) admitem *pedido formulado pelo réu em sua resposta*, o direito material será indicativo da existência do primeiro grupo. Como bem aponta Juliana Demarchi, “a técnica da contraposição de pedidos, se na forma é mais parecida com as ações dúplices, em sua essência apresenta maior proximidade ao instituto da reconvenção. Não há necessidade de apresentação do pedido em peça separada como na reconvenção, sendo ele apresentado em audiência, na oportunidade reservada ao oferecimento de contestação. Mas este aspecto meramente formal, conseqüência da vontade do legislador, não é suficiente para transformar as hipóteses de cabimento do pedido contraposto em ações dúplices. As ações dúplices têm esse caráter em decorrência das próprias peculiaridades do direito material deduzido em juízo, devendo-se rejeitar a idéia de que todas as hipóteses de cabimento de pedido contraposto configuram ações dúplices.” DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. **Leituras**

De toda sorte, em ambas as hipóteses é possível a formação de título executivo em favor do demandado originário, permitindo o cumprimento de sentença invertido.

Conclusões

- A reconvenção é nova ação, agora proposta pelo réu contra o autor, invertendo os polos para essa matéria proposta, utilizando do processo já existente para aumentá-lo objetivamente.

- Com a nova legislação processual, a reconvenção deixou de ser uma espécie processual de resposta do réu autônoma passando a ser uma matéria de alegação interna da contestação, obviamente continuando a ser uma resposta do réu, mas uma resposta material dentro da contestação, a resposta processual.

Além dos pressupostos de qualquer ação, a reconvenção tem outros requisitos específicos: (i) a necessidade de causa pendente; (ii) o prazo para defesa ainda ser existente; (iii) a competência ao mesmo juízo para julgar as demandas – principal e reconvenicional; (iv) a compatibilidade de procedimentos; (v) a conexão entre o que se discute na ação principal.

Não há nenhuma obrigatoriedade de que a peça de contestação seja nomeada como uma peça de contestação com pedido de reconvenção, apesar de que seja pertinente que assim o faça, até pela eficiência e cooperação por trás de um ato como este.

No momento do pedido da reconvenção deve se realizar todos os pedidos consequenciais àquele que fez nascer a reconvenção, como a produção de provas inerentes à própria reconvenção, pedido de eventual benefício da justiça gratuita, dentre outras possibilidades. Não há nenhum óbice para que o autor, portando-se como réu, apresenta uma reconvenção da reconvenção, pelo fato de que este pode assim se defender. No entanto, uma consideração é importante: a reconvenção proposta pelo réu deve ser conexa à petição inicial e seus fatos e, consequentemente, a reconvenção a ser proposta pelo autor deve ser conexa ao que foi reconvindo pelo réu.

Na reconvenção, é possível a ampliação objetiva e subjetiva, em duas situações: (i) propositura da reconvenção contra o autor e terceiro (que é litisconsorte passivo na

reconvenção e não atua na ação); (ii) propositura da reconvenção pelo réu e terceiro (que é litisconsorte ativo na reconvenção e não atua na ação).

Como decorrência natural do papel do réu no processo originário, há possibilidade de formação de títulos executivos em seu favor que, na fase de satisfação da obrigação lá contida, passa a ser considerado exequente.

A ação será dúplice não por circunstância do direito processual, mas sim em decorrência do próprio direito material *objeto da discussão judicial*.

Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Objeto litigioso do processo: reflexões sobre o tema. **Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial**. Vol 2. Fredie Didier Jr (org.). Salvador: Juspodivm, 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Reconvenção no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. **Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier Jr. (org). 9^a edição. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

LIMA, Alcides de Mendonça. Reconvenção. **Revista de Processo**. Vol. 9, Ano 3, p. 265-272, São Paulo: Ed. RT. jan/mar/1978.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o código de processo civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci**. p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018.

MALAFAIA, Evie Nogueira e. Comentário ao art. 343. **Novo código de processo civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770)**. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. São Paulo: Lualri, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Ação dúplice. **Revista de Processo**. Vol. 31, Ano 8, São Paulo: Ed. RT, 1983.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao novo código de processo civil: artigos 334 ao 368**. Coleção comentários ao Código de Processo Civil. (orgs.) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: Ed. RT, 2016.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA APLICADO AO PODER JUDICIÁRIO

Benigna Araújo Teixeira Maiar¹

Gabriella Silva dos Santos²

Marcus Vinicius Barbosa Siqueira³

Resumo

O presente artigo tratará sobre o tema dos juizados especiais civis e o princípio da eficiência aplicado ao Poder Judiciário. Buscou-se investigar se os juizados especiais, em especial os civis, são eficazes na busca do seu objetivo de levar a Justiça à população. Cogitou-se que os juizados contribuíssem para a democratização do acesso à justiça, em especial às camadas mais vulneráveis da sociedade. Objetivou-se analisar a Lei nº 9.099/95 sob um prisma histórico e os motivos que levaram a sua criação, além dos elementos que a tornam mais célere e que foram incorporados pelo procedimento comum, com a finalidade da economia processual. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Juizados Especiais Civis. Acesso à Justiça. Eficiência.

SPECIAL CIVIL JUDGES AND THE EFFICIENCY PRINCIPLE APPLIED TO JUDICIAL POWER

Abstract

This article will deal with the theme of special civil courts and the principle of efficiency applied to the Judiciary. We sought to investigate whether special courts, especially civil courts, are effective in pursuing their goal of bringing justice to the population. It was thought that the courts contributed to the democratization of access to justice, especially to the most vulnerable sections of society. The objective was to analyze Law No. 9,099 / 95 from a historical perspective and the reasons that led to its creation, in addition to the elements that make it faster and

¹Doutoranda em Direito Processual Civil – Uniceub, Mestra em Direitos Humanos, Advogada, Professora de Direito processual Civil da faculdade processos, membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDpro. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5027084208054920>

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7799762594991657>

³ Graduando em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8097318457599087>

that were incorporated by the common procedure, for the purpose of procedural economics. This is a qualitative theoretical research lasting six months.

Keywords:

Special Civil Courts. Access to justice. Efficiency.

Introdução

O sistema dos Juizados Especiais foi previsto pela Constituição Federal com a finalidade de garantir maior acesso à jurisdição pela sociedade, considerando o valor da causa e a complexidade do caso. Os juizados especiais civis, que compõem esse sistema, ao longo do tempo, foram ganhando prestígio pela sociedade e pelas autoridades, em especial motivo pela implementação das formas de resolução dos conflitos por autocomposição, o que se mostrou de grande eficácia fazendo com que vários de seus princípios fossem incorporados ao procedimento comum.

É certo que os juizados, muito embora estivessem previstos na Norma Maior, não foram imediatamente implementados pelos estados, fazendo com que o volume de processos levados à jurisdição comum continuasse grande e gerasse ineficiência. Por isso, é importante frisar que o acesso à justiça não significa apenas a existência do direito de forma abstrata, mas sim, de sua efetiva aplicação social, a fim de que a vida da população interessada seja afetada de forma direta e que sua demanda seja resolvida em tempo razoável (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 70 e 71).

Nesse diapasão, surge o seguinte questionamento: os juizados especiais civis são efetivos para levar a Justiça aos cidadãos? Conforme já mencionado, ainda, não se pode olvidar que a efetividade deve ser aplicada na forma de eficácia social da norma, devendo o órgão judicial agir conforme os ditames legais para garantir ao público o acesso à função judicial no menor prazo e com a maior eficiência.

O modelo dos juizados especiais foi desenvolvido pensando naqueles que queriam a resolução de problemas considerados menos complexos e menos custosos. Foi pensado, sobretudo, como forma de democratização da Justiça, vista, ao longo da história, como o Poder burocrático, autoritário e não

transparente, considerando que o acesso à seus cargos não são eletivos e dependem de um elevado nível de formação acadêmica, o que não é de fácil conquista aos cidadãos, especialmente àqueles de baixa renda.

A implementação dos juizados especiais civis fica à cargo de cada Estado e, considerando a realidade de cada um, os juizados são mais ou menos eficientes de acordo com o estado a que se está analisado. Por isso, a um nível geral, pode-se dizer que os juizados são, de fato, mais eficientes, quando comparados à justiça comum. Todavia, quando comparado aos preceitos legais, a depender do Estado da Federação, podem deixar um pouco a desejar.

A normatização de princípios como o da oralidade, da economia processual e da instrumentalidade das fez com que se quebrasse um longo paradigma no Poder Judiciário de excesso de rigor em questões meramente formais e obediências a liturgias que se criaram com os costumes. Assim, essa simplificação foi determinante para a guinada do Poder Judiciário e contribuiu para seu objetivo de alcançar essas camadas populacionais.

O objetivo do presente artigo é confirmar que os juizados especiais civis são, de fato, um sistema capaz de diminuir a grande litigiosidade de processos, ao qual o Brasil vive atualmente, por meio de sua eficaz implementação e pela observância de seus princípios normativos. O acesso à justiça, portanto, é fundamental para o exercício da cidadania.

Portanto, a eficiência deve ser aplicada em todo o Poder Judiciário, devendo ser observado que a população é sempre a destinatária final de todos os serviços públicos, inclusive o da prestação jurisdicional. Importante observar, também, que a própria Constituição prevê o princípio da eficiência que, muito embora prevista em um Título destinado à Administração Pública, também pode ser aplicada ao Poder Judiciário, tendo em vista que este também pode exercer a administração de uma forma atípica (MELO, 2015, p. 145).

Especificamente, buscou-se analisar o contexto histórico e os motivos de elaboração da Lei nº 9.099/95, lei que criou os juizados especiais civis e criminais. Busca-se, ainda, analisar o Princípio da Eficiência insculpido da Carta Constitucional de 1988, o problema histórico da falta de eficiência no Judiciário

Brasileiro, além da análise dos impactos sociais da implementação dos juizados no Brasil.

Com o tempo, o Poder Judiciário observou que, embora sua função típica fosse a de prestar jurisdição e, com isso, realizar todas as atividades voltadas à cognição da matéria a que se está discutindo, sempre houve uma maior atenção à atividade voltada, estritamente, à função judicial como, por exemplo, a elaboração de teses jurídicas. Com o passar do tempo, viu-se, todavia, que não era essa a única função do Poder Judiciária. O trato adequado com a tramitação processual também se mostrou como fundamental para o alcance aos objetivos da eficiência.

O presente trabalho foi produzido com base em pesquisas teóricas, bibliográficas e com fundamento em artigos científicos e livros acadêmicos. Os estudos se pautaram na revisão bibliográfica de autores renomados do Direito, que possuem expertise acadêmica, servindo, assim, de grande relevância acadêmica para base teórica.

OS JUIZADOS ESPECIAIS CIVIS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA APLICADO AO PODER JUDICIÁRIO

A criação dos juizados especiais está diretamente ligada ao advento da Constituição cidadã de 1988. O intuito, quando da promulgação e da formação de um novo pacto social e jurídico para o Brasil, era o de facilitar (e até incentivar) o acesso à justiça, a fim de que fosse possível a concretização de diversos direitos que a Constituição Federal trazia, especialmente aqueles previstos no extenso rol do art. 5º.

Tanto o é que a Carta Constitucional traz, no rol do referido dispositivo constitucional, os princípios da inafastabilidade jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural e da isonomia das partes, que resultam na função de garantir o acesso à justiça por meio de um devido processo legal. A citada inafastabilidade jurisdicional é garantida por meio do direito de ação, assegurado a todos, independentemente da existência efetiva do direito. Além disso, outro elemento fundamental que também facilitou o acesso à justiça foi a garantia de

assistência jurídica gratuita aos economicamente hipossuficientes (SOUZA, 2017, p. 14).

Dessa forma, a justiça foi sendo modelada e democratizada, se tornando possível às camadas mais pobres o acesso e incentivo ao judiciário, como forma, inclusive, da prevenção à adoção de mecanismos como a autotutela nos litígios privados. Com o tempo, essa cultura existente, principalmente nas localidades mais periféricas e interioranas do país foi sendo, cada vez, mais abolida (embora não se possa dizer que desapareceu por completo), tendo em vista, ainda, a informação sobre seus direitos e a efetividade dos juizados para resolução dos litígios de menor complexidade, considerando-se, ainda, que esses litígios são a maioria dos existentes.

Desde o período imperial até os dias atuais, mesmo com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, que possui conteúdo mais progressista, o Poder Judiciário brasileiro sofre com problemas de ineficiência da prestação de sua função típica: a jurisdição. Por isso, a função jurisdicional é objeto de estudos por juristas e cientistas políticos, que objetivam à formulação de melhorias em prol da sociedade. A última reforma trazida no plano constitucional que visa dar essa maior possibilidade de prestação de serviço, por parte do Poder Judiciário, veio partir da edição da Emenda Constitucional nº 45, que, dentre outras alterações, trouxe à baila os juizados especiais (HESS, 2010, p. 211 e 212).

É preciso ressaltar que garantir o acesso à justiça não significa, tão somente, a existência de previsão legal, mas sim a efetividade do acesso, garantindo o serviço à sociedade. Dessa forma, não há como existir apenas a previsão legal/constitucional que garanta apenas o acesso de forma superficial. A justiça é feita quando o cidadão tem acesso aos direitos básicos previstos na norma e, a partir da CF/88, explicitou-se que o Poder Judiciário deve ser acionado sempre que alguém se achar ameaçado ou lesado em seus direitos (SEIXAS; SOUZA, 2013, p. 70 e 71).

Em verdade, já existia uma espécie de órgão judicial competente para causas consideradas como pequenas, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal em 1988 que, de forma geral, tinha bom funcionamento, principalmente entre as classes mais baixas, que consistiam na principal

demanda dos juizados, que se pautava nos mesmos princípios que, posteriormente, originaram os juizados especiais da forma como existem atualmente, como a celeridade, econômica processual, informalidade oralidade, mas com grande destaque para a conciliação, algo que não era muito presente no procedimento comum. Posteriormente, verificou-se que a inexistência desses princípios, inclusive no procedimento comum, e de institutos que visavam a autocomposição, como a conciliação, era um erro que auxiliou a morosidade processual e a inefetividade da prestação jurisdicional (ROCHA, 2019, p. 5).

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 1988, há a consolidação dos juizados especiais, muito embora a própria CF preveja a existência de dois tipos de tribunais diferentes de caráter especial: o juizado especial e o de pequenas causas. Nesse sentido, o juizado possui competência, inclusive, para interpretar a norma de acordo com sua especificidade, possuindo, assim, uma estrutura diferenciada em relação ao procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil (ROCHA, 2019, p. 9).

Dessa forma, verificado a eficiência dos juizados de pequenas causas, criados mesmos antes da CF/88, esta trouxe a previsão de sua continuidade e universalização, de forma expressa em seu texto, a fim de tornar mais célere a prestação jurisdicional, sendo que a Constituição traz a previsão de dois juizados: o de pequenas causas, que já existia e os especiais, tendo essa previsão passado por grandes debates doutrinários, acerca da possibilidade jurídica da existência dos dois “modelos” de juizados. Destarte, atualmente, existem apenas o modelo dos juizados especiais, que possuem competência em relação ao valor da causa, tanto a nível estadual, quanto federal (ROCHA, 2019, p. 5).

Não é por outro motivo que o atual Código de Processo Civil traz diversos elementos que, inicialmente, eram previstos apenas no sistema dos juizados especiais e nos de pequenas causas, elementos esses que garantiam uma tentativa de resolução dos conflitos de forma não litigiosa, o que foi percebido como bastante eficiente e com altos graus de resolução dos litígios. Ou seja, inicialmente, a ideia era a de judicialização dos conflitos, possibilitando-se e incentivando-se o acesso à justiça, todavia, com o passar do tempo, e o

abalroamento processual nos tribunais, a ideia foi se alterando para o oposto: desjudicializar os conflitos, tornando o Poder Judiciário homologador dos acordos feitos entre as partes. Na atualidade, observa-se que essa é a tendência e que deve ser incentivada pelas autoridades judiciárias.

O Estado Democrático de Direito é aquele em que o conjunto de fontes do Direito devem ser observados como regras jurídicas, independentemente da posição social ocupada pelo indivíduo. Para isso, os Três Poderes constituídos devem atuar em harmonia para fazer tornar a lei eficaz socialmente, seja na atividade de elaborá-la, seja em sua execução, seja em sua interpretação. Na função jurisdicional, que se baseia na implementação de métodos interpretativos do ordenamento jurídico, o estado deve ser responsável por realizar a justiça distributiva, mesmo considerando as diversas interferências dos fatores externos, tendo em vista a melhor prestação jurisdicional (HESS, 2010, p. 107).

Assim, para que se possa pensar em uma eficiência no Poder Judiciário, é preciso se estabelecer, como regra, a eficiência em todo o poder público, já que o destinatário de todas as suas funções é sempre o povo. Nesse sentido, não se pode olvidar do Princípio da eficiência previsto expressamente no art. 37 da Constituição que, embora sob o título “Da Administração Pública” é aplicável a todos os poderes, tendo em vista que a prestação de serviço público, embora seja função típica do Poder Executivo, também é aplicável à função jurisdicional (MELO, 2015, p. 145).

Não obstante, não se pode confundir eficiência jurisdicional com a má prestação jurisdicional ou com o atropelamento de atos imprescindíveis no processo. A eficiência significa, tão somente, o zelo e a presteza dos agentes judiciais nas demandas que lhes são dirigidas, sendo certo que o princípio da eficiência, muitas vezes, aparece nas legislações relacionadas à jurisdição com os nomes de “economia processual”, ou “celeridade”, como a própria Lei do Juizado especial prevê, todavia, isso não faz com que a característica seja perdida e o objetivo da eficiência na prestação do serviço deve ser alcançado.

A celeridade é fator fundamental quando se observa a eficiência do Judiciário nacional, sendo ponto de grande comoção social e de observância especial por parte da população. Os setores organizados da sociedade civil

também exercem importante papel na eficiência do controle judicial, assim como aqueles provenientes da atividade legislativa, como a Reforma do Poder Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e a criação de órgãos de controle administrativo da função jurisdicional, como o Conselho Nacional de Justiça, criado no mesmo ano (OLIVEIRA, 2017, p. 638).

Portanto, os juizados surgem, inicialmente, como facilitadores ao acesso à justiça, com a simplificação dos procedimentos, tanto em âmbito civil, como no criminal, sendo que os seus princípios foram criados com essa finalidade. A eficiência, assim, surge como um meio para o acesso à justiça. O objetivo era a resolução dos conflitos de maneira informal para que pudesse alcançar a maior rapidez e sempre buscando o acordo entre as partes (DUARTE, 2011, p. 301).

Os juizados podem ser conceituados como um conjunto de órgãos judiciais, com lastro na Constituição Federal, organizados à promover a conciliação e o julgamento de causas consideradas “simples”, em razão de seu valor monetário, por meio de princípios específicos, em especial, os relativos à eficiência na prestação do serviço e celeridade no trâmite processual (ROCHA, 2019, p. 9).

O Brasil, ao longo do tempo, solidificou a tese, em seu Poder Judiciário, de que, quanto mais longo o processo judicial, maior seria sua cognição e, conseqüentemente, haveria menos chances de uma decisão juridicamente equivocada ou errada. Entretanto, a prática forense apontou para outro rumo: o de que a demora também pode trazer esse mesmo resultado não desejado. Isto é, os custos para a manutenção da máquina pública foram maiores, por necessidade de seu funcionamento em maior período e os resultados continuavam a ser pouco satisfatórios, considerando que a demora também poderia causar violações à direitos e a noção social de injustiça.

Em vista disso, surge também o princípio da duração razoável do processo, em que se tende a abolir o excesso de formalismos, liturgias protelatórias e medidas processuais que não produzem a devida eficácia social. Nada obstante, medidas processuais que garantem maior fluidez ao seu andamento também garantem maior efetividade à tutela dos direitos, devendo-se registrar, ainda, a celeridade aplicada aos juízes, que devem zelar por decidirem no tempo mais razoável possível, haja vista que, na maioria das vezes,

este não possui prazos para se manifestar, ao contrário das partes (HESS, 2010, p. 220).

Vale destacar que os juizados são pautados pela máxima do princípio da oralidade, sendo concebido na forma das cortes norte-americanas, com o intuito de, sobretudo, alargar e simplificar o acesso à justiça, conforme já mencionado, por aquelas camadas sociais menos favorecidas, além da cognição de valores que, na justiça comum, não seriam viáveis, levando em conta o binômio tempo para resolução do litígio e valor (SOUZA, 2017, p.83).

O instituto da conciliação foi, sem dúvida, o mais difundido nos juizados, desde a edição da Lei n. 9.099, em 1995, até o atual CPC, de 2015. A lei faz expressa menção a conciliação e a transação como formas de autocomposição, sendo a diferença entre os dois termos baseado em sua abrangência. Assim, a autocomposição e as tentativas de desjudicialização das questões, principalmente relativas ao direito privado (embora também exista mecanismos desse tipo, voltados à justiça penal) vêm em um processo de constante aperfeiçoamento. Para os juizados, em especial os estaduais, são indispensáveis nas várias regiões do país e garantem uma melhor tutela jurisdicional e de efetivação dos direitos (ROCHA, 2019, p. 30).

O Poder Judiciário possui, sem dúvidas, uma função importante entre os três poderes constituídos, consistindo na prerrogativa estatal de exercer a jurisdição. Também é de conhecimento comum que ele é o mais demandado pela população que o procura para o saneamento de questões cotidianas da sociedade e a quantidade dessas demandas acabou ocasionando a sobrecarga da justiça brasileira.

Durante anos, o Poder Judiciário não se valeu da eficiência como princípio e como diretriz de trabalho no trato do instrumento pelo qual exerce a jurisdição: o processo judicial. Com isso, a gestão administrativa se tornava ineficiente em todas as esferas jurisdicionais, fazendo com que referido Poder estatal passasse a ser conhecido pela sua morosidade na prestação de sua função constitucional.

Essa morosidade está relacionada ao fato histórico de que os membros do sistema judiciário ocupam seus cargos por meio de concurso público de provas e títulos, que gera estabilidade e, no caso dos magistrados, vitaliciedade,

diferente dos membros do Poderes Executivo e Legislativo, que são eletivos e, em geral, sempre foram mais exigidos pela sociedade, estando mais vulneráveis e tendentes aos clamores sociais. Historicamente, ainda, o Poder Judiciário era visto como distante da população, com demasiadas formalidades e inacessível ao grande público, devido à formação acadêmica específica necessária.

É explícito que as demandas judiciais são analisadas, em muitos casos, com lentidão, não significando, contudo, que os magistrados sejam negligentes na sua função, mas sim que a demanda é maior do que a suportada, dado as inconformidades nas relações sociais. A Justiça, em muitos casos, não consegue solucionar o conflito de interesses em prazo razoável, simplesmente por se tratar de questão complexa, o que ocasiona a insatisfação popular. Em consequência da ineficácia e lentidão dos julgados, o Poder Judiciário encontra-se em situação desagradável no que tange a sua credibilidade. (SILVA, OLIVEIRA; 2014, p.01)

O déficit encontrado pelo Poder Judiciário não circunda à deficiência técnica e sim à deficiência de gestão. Os colaboradores da justiça são recrutados por meio de concursos públicos, que exigem alto nível de preparação e conhecimentos técnicos em legislações, doutrinas e jurisprudência. Conquanto, as frustrações nacionais se fixam na falta de uma gestão adequada, o que resulta em tantas críticas ao referido Poder estatal. (CONTI; 2017, p.163)

A gestão ineficiente ocasiona o funcionamento inadequado da prestação jurisdicional a toda população, se tornando imperioso que se desenvolva, além das competências técnicas, a gestão administrativa dos processos judiciais, para que se resulte na percepção social de prestação de serviços públicos à população.

Nesse diapasão é o que pontua Oliveira (2017, p.05), lecionando que o funcionamento adequado do Judiciário é fundamental também como forma de impedir o enfraquecimento e a deslegitimação da jurisdição, como fator social, frente às demais forças que compõem o cenário político, social e econômico do país no contexto institucional.

Para ilustrar a morosidade judicial que, a bem verdade já foi maior, é possível observar pesquisa do CNJ, que compila os dados do Judiciário

anualmente através do relatório Justiça em Números. Anualmente, o relatório publicado no ano de 2020 demonstra alguns dados comparativos entre a justiça comum e os juizados que devem ser destacados. O tempo em média para um processo de conhecimento ser sentenciado na justiça comum é de 2 anos e 5 meses, já no juizado o tempo costuma ser de 9 meses. Nos cumprimentos de sentenças e nos Processos de Execução, na justiça comum, percorrem, em média, o tempo de 4 anos e 9 meses para ser emitida a sentença, enquanto no sistema dos juizados o tempo é de 1 ano e 2 meses para que seja proferida a sentença (CNJ, 2020).

Da análise dos dados acima é possível observar que é nítido que os juizados conseguem ter maior celeridade no tratamento processual em relação à justiça comum, não podendo se negar que a implementação desse novo órgão judicial trouxe resultados significativos para o sistema judicial, entretanto, por outro lado, vê-se que os prazos ainda estão longos e o objetivo da celeridade ainda não foi alcançado.

A Lei 9.099/95 implementou o princípio que vem sendo, talvez, o mais difundido, trabalhado e evoluído no âmbito do direito processual civil, na empreitada pública de “desjudicialização” das relações pessoais, qual seja, o da celeridade, que também se traduz em eficiência. Nesse sentido, os requisitos definidos pela lei para que a causa possa ser julgada pelo juizado especial civil são definidas nos incisos do artigo 3º da lei, sendo (i) as que não excedam o valor de 40 salários mínimos; (ii) as que foram estipuladas no inciso II do art. 275 do antigo Código de Processo Civil, de 1973; (iii) a ação de despejo para uso próprio; e (iv) ações possessória acerca de bens imóveis que não excedam o valor de 40 salários mínimos.

Com o passar do tempo e o aumento da complexidade da sociedade, o Poder Judiciário não acompanhou, de forma idêntica, essa escalada, fazendo com que a demanda pela jurisdição pública aumentasse e ficasse reprimida nos tribunais. Em vista disso, os juizados proporcionaram uma ampliação em relação ao acesso à justiça e uma facilitação quanto ao acesso à jurisdição, apresentando meios mais eficientes de solução de conflitos (SPENGLER, SARAIVA, 2019, p.05).

Como afirmado anteriormente, os juizados possuem competência, além do julgamento, para conciliação, promovendo, com grande êxito, a autocomposição, possibilitando um alto nível de resolução de conflitos, inclusive utilizando a figura do juiz leigo, que dirige o processo sob supervisão do juiz togado. Para tanto, foi imprescindível criar um procedimento específico para regular os juizados. Para corroborar esse fato, dados do Relatório do CNJ “Justiça em Números”, de 2019, mostram que 12,5% dos casos submetidos ao juizado especial civil foram resolvidos deste modo, ou seja, sem a materialização do processo (CNJ, 2019).

Após a implementação da Lei 9.099/95, fez-se necessário a criação de um novo sistema processual, de proporções menores, dentro do Processo Civil, que possui orientações e requisitos diferentes e cobertos por inovações, visando atingir a praticidade para a população ao acessar à ordem jurídica. Fazem parte desses critérios a oralidade e celeridade. (SILVA, OLIVEIRA; 2014, p.01)

Em se tratando da conciliação, esta veio como resposta a morosidade do Judiciário e foi ganhando popularidade, principalmente quando se verificava os resultados por ela obtidos, na finalização de processos antes de sua judicialização. Atualmente, vê-se que o instituto tem proporcionado a resolução mais célere de conflitos de complexidade menores, diminuindo e ajudando a conter a sobrecarga do judiciário.

Como demonstrado, os juizados surgiram como um meio de desafogar o Judiciário, mas é importante destacar que esses órgãos foram além, proporcionando, inclusive, resoluções de demandas antes que essas fossem protocoladas na justiça comum. Para tanto, foi necessário estabelecer procedimentos mais simples que pudessem chamar a atenção dos litigantes para que viessem a optar por esse órgão ao procurar à jurisdição. A celeridade, gratuidade de justiça, oralidade e simplicidade no procedimento foram atrativos para tanto.

Também é um atrativo para a escolha do juizado a excepcional regra quanto a dispensa de advogado, destacando-se que sua interpretação deve se dar de modo restritivo. Sendo assim, apenas quando o valor da causa não ultrapasse 20 salários-mínimos a presença de um advogado poderá ser

dispensada, da forma como previsto, expressamente, no art. 9º da Lei nº 9.099/95 (ROCHA, 2020, p.68).

A lei supracitada não estabelece para as partes encargos, porém, em algumas situações, há previsão quanto a incidência de taxas, custas e ônus sucumbenciais, como estabelece o art. 55 da Lei 9.099/95, que prescreve quanto a obrigatoriedade do pagamento de custas e honorários ao recorrente vencido, além dos encargos cabíveis ao litigante de má-fé. No entanto, em qualquer momento processual, as partes podem solicitar gratuidade justiça com base na Lei 1.060/1950 e arts 98 a 102 do CPC. (ROCHA, 2020, p.124)

Os juizados especiais trouxeram, de fato, celeridade e resoluções práticas para as demandas cotidianas de menor complexidade, dando, ainda, a possibilidade àqueles que pretendem a renúncia de parte do valor da causa de modo que se amolde em 40 salários-mínimos, em se tratando de direito disponível.

Para Neves (2019, p.254), é possível que a demanda prossiga pelo juizado de acordo com o §3º do art. 3º da Lei 9.099/95 quando o autor renunciar o valor que exceder o estipulado pela lei, entretanto, quando essa opção não é do autor, ou quando é impossível, será incompetente o juizado para apreciar a demanda.

No que diz respeito aos avanços e desafios para uma contínua evolução do modelo dos juizados especiais no Brasil, é válido destacar que embora possam existir algumas críticas quanto aos resultados alcançados ao longo de sua atuação, os resultados positivos são inegáveis e, com certeza, trouxeram luz à atuação jurisdicional, dando celeridade e garantindo maior alcance à população, tornando o Poder Judiciário mais acessível (OLIVEIRA, 2017, p.05).

Não obstante os avanços mencionados, o poder judiciário brasileiro não está integralmente pronto para ser eficaz na resolução de todas as suas demandas, porém, o problema já foi identificado, o que possibilita, ano a ano, a implementação de inovações.

No processo de aperfeiçoamento da atuação do Estado, este está fazendo reformas, principalmente trazendo a tecnologia para auxiliar na prestação de sua função constitucional. Dentre as inovações, pode-se destacar, em especial, a adoção do processo eletrônico e da padronização processual, o fortalecimento

de orçamentos, a melhoria na gestão de pessoas, a reforma processual de 2015, que trouxe grande parte dos institutos do juizado especial para a regra do rito comum, entre outros (SPENGLER, SARAIVA, 2019, p.05).

Há, ainda, que se destacar a recentíssima inovação tecnológica na função jurisdicional, a partir da aprovação de ato normativo que possibilita a existência de juízos inteiramente digitais. A partir da aprovação, os tribunais podem optar pelo modelo, que também visa a dar maior celeridade no tramite processual, por dispensar deslocamentos das partes aos fóruns, palpando-se, assim, tempo.

Considerações Finais

Por fim cabe ressaltar que no poder judiciário o princípio da eficiência é aplicado de uma forma consistente por meio dos juizados especiais, que como demonstrado possuem um rito mais célere. Aplicando portanto a previsão constitucional que disciplinou a criação dos juizados especiais, sendo um meio de desafogar a justiça e proporcionar a sociedade uma prestação jurisdicionais mais célere.

É relevante ressaltar que os órgãos jurisdicionais estudados demonstram que os procedimentos adotados por esses a cada vez mais são efetivos para prestar serviço jurisdicional a população como um todo. Possibilitando e promovendo acordos entre as partes, e quando esse não são possíveis, o tempo para que as sentenças venham a ser proferidas é menor do que o tempo levado no procedimento comum.

De acordo com a análise histórica traçada neste trabalhos, acerca da Lei 9.099 foi possível compreender o motivo de sua criação, também foi possível observar os seus aspectos e elementos que possibilitam a sua celeridade como a possibilidade de realizar atos processuais de maneira oral. Como também foi possível entender o seu impacto na sociedade no dia a dia, uma vez que há um problema histórico causado em decorrência da ineficiência do judiciário brasileiro.

Destaca-se que esse trabalho foi relevante para os profissionais do direito de modo a esclarecer de maneira concisa acerca do contexto histórico e sociológica dos juizados, possibilitando a melhor atuação desses profissionais nestes órgãos. Contribui muito para a ciência jurídica por elencar um de seus instrumentos mais céleres. Também contribui para a sociedade de modo a apresentar um meio de solução de conflitos com um procedimento mais simples e célere.

Com esse trabalho foi possível analisar de uma maneira estruturada os juizados especiais, observando os seus aspectos históricos, legais e sociais. De modo a esclarecer a celeridade trazida pelos juizados, de modo a seguir e aplicar o princípio da eficiência. Também foi possível elucidar um outro lado do judiciário que diverge do que normalmente é conhecido como um poder com grande déficit e que em sua maior parte não presta um bom serviço jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CONTI, José Maurício. **Poder Judiciário: Orçamento, Gestão e Políticas Públicas – Volume 1**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017.

DAL FORNO, Pietro Toaldo; COSTA, Michele Romero da; DE NARDI, Francieli Trevisan. Juizado especial cível: superando o mito de sísifo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. V. 2, ano 10, n. 3, 2007.

DUARTE, Lilith Joice Matos Frota Lemos. Juizados especiais cíveis e a proposta de uma justiça mais célere: dos princípios processuais, do amplo acesso à justiça e do desvirtuamento da teoria. **Revista Arquivo Jurídico**. V. 1, ano 1, n. 1, 2011.

GOLÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, v. II, p. 02-28, 2019.

GOLÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, v. II, p. 29-55, 2019.

HESS, Heliana Coutinho. O princípio da eficiência e o poder judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 105, Ano 8, n. 15, 2010.

MELO, Ednilson Andrade Arraes de. O Princípio da eficiência na administração da justiça e a Lei nº 9099/95 (Juizados Especiais Criminais). **Revista Direito Mackenzie**. V. 1, ano 3, n. 2, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 2 ed. Salvador: JusPovim, 2019.

OLIVEIRA, Leonel Gois Lima. Dez anos de CNJ: reflexões do envolvimento com a melhoria da eficiência do judiciário brasileiro. **Revista do Serviço Público – RVS**. V. 68, ano 10, n. 3, 2011.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Revista Direito e Democracia**. V. 14, Ano 3, n. 1, 2013.

SILVA, Fernanda Júnia Santana; OLIVEIRA, Fabiana Noronha de. Juizados Especiais Cíveis: auxiliando a celeridade do judiciário. **Anais VI SIMPAC**. V. 6, ano 2, n. 1, 2014.

SOUZA, Michel. A história do acesso à justiça no Brasil. **Revista Direito e Diversidade**. v. I, Ano 3, n. 5, 2017.

Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020. Disponível em > https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf

<

CONSIDERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE AS MEDIDAS ATÍPICAS (ART. 139, IV, DO CPC/2015) NA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA: BREVE ESTUDO DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Fernando Natal Batista*¹

“O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar o provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais” (Humberto Theodoro Júnior).

Resumo:

O presente artigo tem como proposta abordar a utilização das medidas atípicas (art. 139, IV, do CPC/2015) na tutela jurisdicional executiva pelo magistrado, enquanto meio instrumental de materialização do princípio da efetividade (art. 4º do CPC/2015), mormente à luz do estudo crítico dos parâmetros e das diretrizes de sua aplicação concreta impostos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixando, assim, como recorte metodológico desse trabalho, o objetivo de retratar, pragmaticamente, o perfil jurisprudencial hoje dominante naquela corte de sobreposição sobre o tema ora escolhido.

1. Introdução.

Inicialmente, é preciso dizer ao operador e estudante do direito que o Código de Processo Civil de 2015 rompeu² com os conceitos herméticos do sistema anterior, ao dispor expressamente em seu artigo inaugural que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os princípios constitucionais³ e diretivos do acesso

¹ O autor é Doutorando e Mestre em Direito (linha de pesquisa: Direito Processual Civil na Ordem Constitucional). É professor da Direito Processual Civil na Graduação e na Especialização do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. É Assessor de Ministro do STJ e membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABPC.

² “A comunidade jurídica em geral não percebeu de imediato o impacto reformador e reestruturador que o Novo Código de Processo Civil – NCPC, promulgado pela Lei nº 13.105/2015, teve no ordenamento jurídico vigente. Logo de partida, tanto a comissão de elaboração do anteprojeto quanto legislador pátrio procuraram deixar claro que a nova codificação processual objetiva o rompimento da forma linear de se pensar e aplicar o direito processual, tendo como escopo missionário a quebra do paradigma hermenêutico de nosso sistema jurídico, uma vez que, por expressa determinação contida no art. 1º do NCPC, o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (BATISTA, p. 105).

³ “A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental.” Por conseguinte, “o processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação

à justiça e dos direitos fundamentais, almejando, assim, alcançar a plena satisfatividade da prestação jurisdicional.

O processo atual deve ser, portanto, efetivo. Essa é a sua nova bússola interpretativa.

Nesse cenário, é exigida do julgador a capacidade de se preocupar verdadeiramente com a solução meritória da causa que somente será obtida por um método hermenêutico que obrigatoriamente hoje perpassa pelo sopesamento⁴ de princípios aplicáveis à hipótese e, ainda, pela valoração das circunstâncias fáticas do caso, na busca da efetividade da tutela judicial (art. 4º do CPC/2015).

Ampliou-se, nesse prisma, o protagonismo do juiz na condução da tutela executiva, assegurando-lhe o poder de empregar medidas indiretas coercitivas ou indutivas no escopo de zelar pelo cumprimento dos direitos prestacionais contidos nos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, que reconheçam não somente as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa certa ou incerta, mas também nos que exijam prestação pecuniária (quantia certa e alimentos).

Cumprе rememorar que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a tutela jurisdicional executiva se assentava **basicamente** na tipicidade dos meios executivos, citando-se, como exemplo: a expropriação de bens como técnica executiva nas obrigações de pagar quantia certa (art. 646 do CPC/1973); e, nas obrigações de fazer e de não fazer, a possibilidade de imposição de uma multa como forma de evitar a conversão em perdas e danos, na hipótese de renitência do devedor em cumprir a obrigação definida em sentença em sua modalidade específica (art. 287 do CPC/1973).

O paradigma, portanto, no sistema anterior era totalmente diferente, de modo que o engessamento dos poderes do juiz servia preponderantemente à proteção do devedor. O magistrado somente poderia adotar a técnica executiva indicada e prevista na lei processual para aquela modalidade obrigacional. Na sua ineficiência, não havia outra saída.

As medidas atípicas (art. 139, IV, do CPC/2015) ampliaram materialmente o protagonismo judicial na execução, permitindo ao magistrado a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial. E, embora possam estar compreendidas no poder de criação normativo do juízo executivo no caso em concreto, encontram-se vinculadas e limitadas aos princípios informativos do Código de Processo Civil, porquanto estão condicionadas, quanto à sua imposição, à fundação legal e principiológica do direito processual (art. 1.º do CPC/2015).

do direito material do exequente” (EResp 1582475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe 16/10/2018).

⁴ “Quando verificada a presença de colisões entre as normas, a superação dessa realidade, de acordo com a melhor doutrina, far-se-á principalmente através da ponderação de bens ou valores no caso particular, sendo que, de acordo com Larenz, esse método permitiria impulsionar o próprio desenvolvimento do Direito ao limitar as esferas de aplicação das normas que convivem no mesmo ambiente, entrecruzando-se, a fim de concretizar os mandamentos jurídicos, cuja faixa de atuação permaneceu em aberto” (NAGAO, p. 195).

Seu exame, aliás, já foi objeto, inclusive, de teorização pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, a qual aprovou enunciado a respeito do respectivo dispositivo legal:

“O artigo 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos executivos e extrajudiciais”. (ENUNCIADO 48 APROVADO NO SEMINÁRIO – O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ENFAM).

Assim, como recorte metodológico, pretende-se, no presente trabalho, examinar as balizas ou diretrizes fixadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação das medidas atípicas (art. 139, IV, do CPC/2015) no âmbito da tutela jurisdicional executiva. Isso porque, em justificativa, os precedentes judiciais constituem, além de um excelente objeto de teorização, um terreno fértil de estudo para os operadores do direito, seja para melhor compreendê-los (assimilação) ou para criticá-los (superação), no intuito de que, demonstrada objetivamente eventual inconsistência argumentativa, suplantem suas deficiências de fundamentação ou de aceitação diante da realidade social que devem concretamente resolver, em obediência à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, objetivando, enfim, a estabilização das relações sociais e econômicas (segurança jurídica).

2. A efetividade na tutela jurisdicional executiva.

A tutela jurisdicional executiva é voltada para a concretização (princípio da efetividade) de um direito prestacional (obrigação civil) reconhecida por um título executivo judicial ou extrajudicial (*nulla executio sine titulo*), porém inadimplido pelo devedor (princípio da utilidade da execução).

Essa é sua gênese.

O direito à tutela executiva, no atual sistema processual, podemos assim dizer, é o **direito à atividade jurisdicional satisfativa** (art. 4º do CPC/2015). Existe, hoje, no ordenamento processual vigente, uma nova visão sobre a função do Poder Judiciário, sobretudo na tutela executiva, quanto à efetividade (satisfação) do direito material reconhecido por sentença ou nos negócios jurídicos que fortalecem, na vida social, as relações econômicas.

A satisfatividade, na execução, é obtida pelo intérprete mediante, sempre que possível e desde que respeitado o princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015), o equilíbrio interpretativo⁵ de princípios antagônicos (princípio do melhor interesse do credor *versus* princípio da menor onerosidade do devedor), que tencionam continuamente a busca judicial pela efetividade.

⁵ “As medidas de satisfação do crédito perseguido em cumprimento de sentença não podem extrapolar os liames de proporcionalidade e razoabilidade, de modo que contra o executado devem ser adotadas as providências menos gravosas e mais eficazes” (AgInt no REsp 1867794/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 01/02/2021).

O princípio da cooperação na tutela executiva, por sua vez, exige que a atuação processual das partes seja balizada pela ética e pela lealdade, permitindo ao julgador que interceda e puna a prática de condutas maliciosas voltadas ao esvaziamento do princípio da efetividade (vedação ao comportamento abusivo). Sua influência, portanto, não se limita ao processo de conhecimento, espraiando-se a sua atividade inclusive no campo da tutela satisfativa, porquanto a atuação cooperativa do litigante nada mais é do que realização da boa-fé processual (art. 5º do CPC/2015), a qual se aplica a todos os atos e postulações enquanto durar o litígio em juízo (princípio da eticidade).

Nesse aspecto, como já foi inicialmente dito, o Código de Processo Civil de 2015 evoluiu substancialmente em relação ao de 1973, a começar pelo reconhecimento expresso (art. 4º do CPC/2015), com o *status* de norma fundamental do processo, do direito das partes de obter, quanto à solução integral do mérito, não apenas a declaração do direito (atividade de accertamento da relação jurídica de direito material), mas também a sua **efetiva satisfação** (atividade de implementação, no mundo dos fatos, daquilo que foi determinado na decisão judicial ou acertado, à luz da autonomia das vontades, no negócio jurídico celebrado). Diante dessa nova forma de compreender o sistema processual, não é mais correto afirmar que a atividade satisfativa, sobretudo a tutela executiva, somente poderá ser obtida mediante a aplicação de regras herméticas, pois o legislador notoriamente conferiu ao magistrado (arts. 1º e 4º do CPC/2015) um poder geral de efetivação, desde que, é claro, fundamente adequadamente sua decisão a partir de critérios de ponderação, de modo a conformar, concretamente, os valores incidentes ao caso em análise.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

“Respeitada a necessidade fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, conformando os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor, permite-se, a partir do CPC/15, a adoção de técnicas de executivas apenas existentes em outras modalidades de execução, a criação de técnicas executivas mais apropriadas para cada situação concreta e a combinação de técnicas típicas e atípicas, sempre com o objetivo de conferir ao credor o bem da vida que a decisão judicial lhe atribuiu” (**REsp 1733697/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018)

Isso porque, como leciona ALEXY (2014), quando dois princípios entram em colisão, não significa que exista a declaração de invalidade de um deles na hipótese, pois, diante de certas circunstâncias do caso, um princípio irá revelar, em detrimento do outro, um caminho de otimização da solução jurídica. A dimensão a ser avaliada pelo juiz executivo, na contínua tensão dos princípios antagônicos que cercam toda tutela satisfativa, não é de validade, mas sim de peso (de impacto ou precedência), por isso essa colisão deve ser resolvida por meio de sopesamento, a partir da consideração de variáveis fáticas presentes no caso concreto.

Ressalte-se, nesse ponto, que a ponderação de valores antagônicos da tutela executiva é ínsita na atual atividade decisória do juízo executivo, tanto é que o Superior

Tribunal de Justiça possui em tema repetitivo⁶ (**Tema 769/STJ**), no qual discutirá, na penhora de faturamento da empresa, sua proporcionalidade à luz do princípio da menor onerosidade do devedor.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo (art. 4º do CPC/2015), positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz⁷ determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, inc. IV, do CPC/2015).

A atipicidade dos meios executivos, portanto, “deferir ao juiz o poder-dever para determinar medidas de apoio tendentes a assegurar o cumprimento de ordem judicial, independentemente do objeto da ação processual” (ALVIM, 2016, p. 214).

A aplicação das medidas atípicas pode ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, nos termos do Enunciado 35 da ENFAM: “Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo.”

E, aqui cumpre destacar que, de acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, as atuais regras do processo, ainda que respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância⁸, poderão se distanciar dos princípios constitucionais e informativos do processo (art. 1.º do CPC/2015), quais sejam: fundamentação ou motivação adequada das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988 e art. 489 do CPC/2015), contraditório substancial (art. 5º, LV, da CF/1988 e art. 9º do

⁶ PROCESSUAL CIVIL. PROPOSTA DE AFETAÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. RITO DO ART. 1.036, § 5º, DO CPC/2015. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DO FATURAMENTO.

1. Delimitação da controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015: "Definição a respeito: i) da necessidade de esgotamento das diligências como pré-requisito para a penhora do faturamento; ii) da equiparação da penhora de faturamento à constrição preferencial sobre dinheiro, constituindo ou não medida excepcional no âmbito dos processos regidos pela Lei 6.830/1980; e iii) **da caracterização da penhora do faturamento como medida que implica violação do princípio da menor onerosidade**".

2. Recurso Especial afetado ao rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

(**ProAfr no REsp 1835864/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2019, DJe 05/02/2020)

⁷ “O CPC/15 emprestou novas cores ao princípio da instrumentalidade, ao prever o direito das partes de obterem, em prazo razoável, a resolução integral do litígio, inclusive com a atividade satisfativa, o que foi instrumentalizado por meio dos princípios da boa-fé processual e da cooperação (arts. 4º, 5º e 6º do CPC), que também atuam na tutela executiva. (...) O juiz também tem atribuições ativas para a concretização da razoável duração do processo, a entrega do direito executado àquela parte cuja titularidade é reconhecida no título executivo e a garantia do devido processo legal para exequente e o executado, pois deve resolver de forma plena o conflito de interesses. Pode o magistrado, assim, em vista do princípio da atipicidade dos meios executivos, adotar medidas coercitivas indiretas para induzir o executado a, de forma voluntária, ainda que não espontânea, cumprir com o direito que lhe é exigido” (RHC 99.606/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 20/11/2018).

⁸ “A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que: “A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade” (AgInt no AREsp 1679823/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/2020, DJe 22/09/2020).

CPC/2015) e da proporcionalidade⁹ (obtida exatamente da ponderação dos princípios antagônicos da satisfação do credor e da menor onerosidade do devedor).

3. Considerações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre as medidas atípicas na tutela executiva: diretrizes e limitações.

O juízo executivo para prover a efetividade na tutela jurisdicional satisfativa necessita, para tanto, de instrumentos processuais capazes de alcançar a implementação material do direito de seu titular, assim reconhecido por um título executivo judicial ou extrajudicial.

O legislador, atento em fornecer meios processuais adequados à concretização da finalidade da tutela executiva¹⁰, consagrou, no atual Código de Processo Civil, medidas judiciais típicas (isto é, há a previsão de medidas judiciais nominadas e reguladas pelo CPC/2015, como, por exemplo, a multa cominatória diária e a prisão civil do devedor) e, na sua insuficiência, como grande marco da efetividade, as medidas atípicas normatizadas no art. 139, IV, do CPC/2015.

Para ARAKEN DE ASSIS (2015, p. 148), “a nota comum dos atos executivos reponta na invasão da esfera jurídica do executado”, de modo que os “órgãos estatais atuam na pretensão privada do credor mediante o emprego dos meios executórios”.

As medidas atípicas coercitivas, desde que de forma **subsidiária**¹¹, possibilitam assim, na tutela executiva, por expressa vontade de nosso legislador, a proteção da efetividade (art. 4º do CPC/2015) nos casos de comportamento abusivo ou de inércia do devedor.

Sua natureza jurídica é de instrumento de fiscalização atribuído ao juiz para conduzir, à luz da boa-fé processual (art. 5º do CPC/2015) e da cooperação (art. 6º do CPC/2015), a satisfatividade de um título executivo e, assim, por ser naturalmente uma norma de ordem pública, vale ainda destacar que a estipulação de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC/2015)¹² não pode afastar ou limitar o poder de criação normativo do juiz na consecução da prestação jurisdicional.

⁹ O princípio da proporcionalidade tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade, de modo que, conforme a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, preceitua que nenhum princípio goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outro princípio de valor e grau equivalente.

¹⁰ Segundo ARAKEN DE ASSIS (2015, p. 150): “(...) os meios executórios constituem a reunião de atos executivos, endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Eles veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só aquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória”.

¹¹ Enunciado 12 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis – FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II” (Grupo: Execução).

¹² Enunciado 06 do FPPC: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação” (Grupo: Negócio Processual).

Nesse sentido, aliás, a lição de WAMBIER¹³ (2019):

“(...) a regra do sistema processual continua a ser o da *tipicidade dos meios executivos*, embora mitigada pelo *sistema atípico*, cujo uso somente está autorizado quando frustrados todos os meios executivos típicos disponíveis. Além disso, o artigo 139 do CPC/2015, em seus incisos III e IV, define as *medidas processuais punitivas* e *medidas processuais executivas* aplicáveis ao processo civil brasileiro. Ali estão previstas duas modalidades de atuação distinta do magistrado: por meio delas é possível impor sanções (*civil or criminal contempt*) pelos atos de improbidade processual ou aplicar medidas de coerção para viabilizar a execução das ordens judiciais (*coercitive power*).”

Entretanto, a mesma lógica finalística da efetividade, no que concerne ao negócio jurídico processual (art. 190 do CPC/2015), possibilita que as partes ampliem o alcance das medidas executivas de caráter indutivo (aquelas que buscam oferecer ao obrigado um incentivo ou prêmio – sanções premiais). No âmbito das sanções premiais, o abono pontualidade¹⁴, comumente estipulado em contratos de prestação pecuniária, é plenamente aceito pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, as partes podem, por exemplo, dilatar o prazo do parcelamento compulsório do art. 916 do CPC/2015 nas execuções de títulos extrajudiciais, desde que o elastério não comprometa a utilidade da satisfação. Não poderiam, todavia, por contrariar a disposição legal do art. 916, § 7º, do CPC/2015, estender a sanção premial do pagamento parcelado ao cumprimento de sentença, por afastar a incidência de norma de ordem pública ditada pelo legislador.

Da mesma forma, não pode o juiz executivo, no afã de promover a efetividade por meio da sanção premial, dispor de parte do crédito ou da prestação obrigacional titularizados pelo credor. O magistrado não pode preterir aquilo que não é seu. Salvo, é claro, se o credor voluntariamente aceitar despojar-se de parte de seu direito buscado na tutela executiva (princípio da disponibilidade¹⁵ da execução pelo credor – art. 775 do CPC/2015).

Apenas exemplificando, o art. 90, § 4º, do CPC/2015, é uma modalidade de sanção premial prevista em lei, pois objetiva estimular comportamentos que promovam a resolução antecipada da controvérsia, evitando, assim, o prolongamento desnecessário do processo. Igualmente, na ação executiva, é o sentido da norma¹⁶ inserta no art. 827, § 1º e no art. 916, ambos do CPC/2015.

¹³ Artigo: “Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC”, publicado no sítio eletrônico do Consultor Jurídico. Acesso em: 10/03/2021.

¹⁴ “A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte considera legítima a cláusula que prevê o ‘desconto pontualidade’ inserida em contrato de prestação de serviços educacionais. Além disso, a incidência da multa, que tem por propósito punir o inadimplemento, não caracteriza dupla penalidade na hipótese de pagamento efetuado com atraso” (AgInt no REsp 1787454/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019).

¹⁵ “O *codex* acolhe o princípio da disponibilidade do credor, pois o processo se volta ao seu interesse, na satisfação de seu crédito, podendo dele dispor total ou parcialmente, até mesmo em relação a alguns devedores” (REsp 1675741/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 05/08/2019).

¹⁶ “A opção do legislador foi a de justamente evitar lides paralelas em torno da rubrica “honorários de sucumbência”, além de tentar imprimir celeridade ao julgamento do processo, estabelecendo uma espécie

Há, portanto, repita-se, atualmente, um novo paradigma na busca da satisfatividade da prestação jurisdicional.

No CPC/1973, a regra era apenas a tipicidade e os seus reflexos na tutela executiva. No CPC/2015, evidencia-se a necessidade da busca da efetividade do processo e a sua satisfação na execução.

Nesse novo modo de se pensar o processo, no qual os princípios e os valores do processo e da Constituição atribuem significado à prestação jurisdicional (art. 1º do CPC/2015), foi conferido ao juiz, pelo legislador, um poder geral de efetivação, que permite ao magistrado, atento à promessa de efetividade (art. 4º do CPC/2015), considerar, na insuficiência de resultado das medidas executivas típicas, quais os meios executivos possíveis e adequados na busca da satisfação substancial, desde que pondere as circunstâncias do caso concreto e esteja dentro dos limites impostos pelos ditames constitucionais, sobretudo quanto à necessidade de fundamentação adequada, razoável e proporcional (art. 93, IX, da CF/1988 e art. 489 do CPC/2015) e de respeito ao contraditório substancial (art. 5º, LV, da CF/1988 e art. 9º do CPC/2015).

Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DÉBITOS LOCATÍCIOS. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA A SUA APLICAÇÃO.

1. Ação de execução de título executivo extrajudicial, tendo em vista o inadimplemento de débitos locatícios.

2. Ação ajuizada em 12/05/1999. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/09/2020. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo.

4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas

de sanção premial ao instigar o devedor a quitar, o quanto antes, o débito exequendo (§ 1º do art. 827)” (REsp 1745773/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 08/03/2019).

sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

8. Situação concreta em que o Tribunal a quo demonstra que há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio.

9. Dada as peculiaridades do caso concreto, e tendo em vista que i) há a existência de indícios de que o recorrente possua patrimônio apto a cumprir com a obrigação a ele imposta; ii) a decisão foi devidamente fundamentada com base nas especificidades constatadas; iii) a medida atípica está sendo utilizada de forma subsidiária, dada a menção de que foram promovidas diligências à exaustão para a satisfação do crédito; e iv) observou-se o contraditório e o postulado da proporcionalidade; o acórdão recorrido não merece reforma.

10. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1894170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020) (grifou-se)

A motivação, aliás, é essencial na decisão judicial que impõe a medida atípica, pois, conforme KARL LARENZ (1969, p. 359), “a atividade interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da ‘correção’ dos seus resultados, ‘correção’ no sentido de razão suficiente do conhecimento.”

As medidas atípicas não substituem a tutela almejada pelo credor, é apenas um caminho adotado pelo juiz para a sua efetivação por meio da coerção¹⁷ ante a inação de um dos sujeitos processuais. Sua gênese está diretamente ligada ao princípio da **efetividade** da prestação jurisdicional (art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa). Podem ser utilizadas como atos judiciais de coação ou de pressão que compelem o devedor a adimplir a obrigação reconhecida nos títulos executivos.

Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça destaca que não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim, capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida (REsp 1.894.170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020).

Transcreve-se, para melhor compreensão, trecho do voto condutor:

A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial

¹⁷ Nesse particular, reforçando o seu caráter coercitivo na busca da efetividade processual, cumpre citar o emblemático julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido na **Rcl 37.521/SP**, em que o juiz restou autorizado a utilizar, em sede de ação de investigação de paternidade, as medidas coercitivas previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015, não apenas contra o réu, mas também contra outros familiares do suposto pai, para que assim fosse quebrada a resistência das pessoas que, sendo as únicas capazes de esclarecer os fatos naquela demanda, se recusavam a fornecer material para exame de DNA.

inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos.

É o que se observa, por exemplo, na prisão civil decorrente de dívida alimentar – medida coercitiva indireta –, na qual a privação temporária da liberdade do devedor de alimentos não o exime do pagamento das prestações vencidas ou vincendas (art. 528, § 5º, do CPC/15), inexistindo, destarte, sub-rogação.

A demonstrar a ausência de substituição da dívida por uma punição corporal, deve-se ter em vista, também, que o pagamento da dívida alimentar autoriza a suspensão da ordem de prisão (art. 528, § 6º, do CPC/15), da mesma forma que, cuidando-se de astreintes, o juiz pode excluir a multa ou modificar seu valor ou periodicidade na hipótese de o executado demonstrar o cumprimento, mesmo que parcial, ou a existência de justa causa para o descumprimento (art. 537, § 1º, I e II, do CPC/15).

Na execução indireta, portanto, as medidas executivas não possuem força para satisfazer a obrigação inadimplida, atuando tão somente sobre a vontade do devedor.

Todavia, no julgamento do **REsp 1.733.697/RS**, em sede de execução de alimentos, admitiu-se a **combinação** de técnicas executivas atípicas e típicas ambas invasivas do patrimônio do devedor, no caso: uma medida sub-rogatória consistente no desconto parcelado em folha de pagamento e uma medida expropriatória relativa à penhora de bens do mesmo devedor.

Nas razões de decidir, restou expressamente asseverado que foram substancialmente afrouxadas as amarras até então existentes para permitir que o julgador, agora, não apenas possa empregar outras técnicas, importando-as de outras modalidades executivas ou criando-as para a hipótese concreta, como também possa combinar técnicas típicas e atípicas com vistas a atingir a desejável eficiência da atividade satisfativa (**REsp 1.733.697/RS**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018).

Registre-se, ainda, **que idêntica permissão ao julgador para combinar medidas coercitivas típicas como atípicas**, foi recentemente reiterada no julgamento proferido no **HC 645.645/SC** (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 26/03/2021), o qual permitiu a utilização combinada e cumulada das medidas atípicas pelos juízos nas execuções de **dívidas alimentares** em detrimento, inclusive, durante o período da pandemia sanitária do covid19, da decretação da prisão civil do devedor, porquanto o uso dessa técnica típica coercitiva não se tornou, diante da atual e infeliz realidade social, viável por questões de saúde pública.

Confira-se, a propósito, a ementa desse julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS APÓS A PERDA DE EFICÁCIA DO ART. 15 DA LEI 14.010/2020. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO EM REGIME FECHADO PELO REGIME DOMICILIAR OU DIFERIMENTO DO CUMPRIMENTO EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO APRIORÍSTICA E RÍGIDA DO REGIME SEM CONSIDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DE CADA HIPÓTESE. ESCOLHA A CRITÉRIO DO CREDOR DOS ALIMENTOS QUE, EM TESE, PODERÁ

INDICAR A MEDIDA POTENCIALMENTE MAIS EFICAZ DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DA CAUSA E DO DEVEDOR. **ADOÇÃO PELO JUIZ, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO, DE OUTRAS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS OU SUB-ROGATÓRIAS, INCLUSIVE CUMULATIVAS OU COMBINADAS. POSSIBILIDADE.**

1- O propósito do habeas corpus é definir se, após a perda de eficácia do art. 15 da Lei nº 14.010/2020, a prisão civil do devedor de alimentos deverá ser cumprida em regime domiciliar, em regime fechado imediatamente ou em regime fechado diferidamente, suspendendo-se, apenas por ora, o cumprimento da prisão.

2- Desde o início da pandemia causada pelo coronavírus, observa-se que a jurisprudência desta Corte oscilou entre a determinação de cumprimento da prisão civil do devedor de alimentos em regime domiciliar e a suspensão momentânea do cumprimento da prisão em regime fechado, tendo em vista, especialmente, que vigorou, por determinado lapso temporal, regra legal específica determinando o cumprimento da prisão em regime domiciliar (art. 15 da Lei nº 14.010/2020). Precedentes.

3- Tendo em vista que o art. 15 da Lei 14.010/2020 teve a sua vigência expirada em 30/10/2020, não há, atualmente, nenhuma norma regulando o modo pelo qual deverão ser cumpridas as prisões civis de devedores de alimentos durante a pandemia, razão pela qual se impõem renovadas reflexões sobre o tema.

4- Diante do contexto social e humanitário atualmente vivido, não há ainda, infelizmente, a possibilidade de retomada do uso da medida coativa extrema que, em muitas situações, é suficiente para dobrar a renitência do devedor de alimentos, sobretudo daquele contumaz e que reúne condições de adimplir a obrigação.

5- A experiência acumulada no primeiro ano de pandemia revela a necessidade de afastar uma solução judicial apriorística e rígida para a questão, conferindo o protagonismo, quanto ao ponto, ao credor dos alimentos, que, em regra, reúne melhores condições de indicar, diante das inúmeras especificidades envolvidas e das características peculiares do devedor, se será potencialmente mais eficaz o cumprimento da prisão em regime domiciliar ou o diferimento para posterior cumprimento da prisão em regime fechado, ressalvada, em quaisquer hipóteses, a possibilidade de serem adotadas, inclusive cumulativa e combinadamente, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, nos termos do art. 139, IV, do CPC, de ofício ou a requerimento do credor.

6- Ordem parcialmente concedida, apenas para impedir, por ora, a prisão civil do devedor de alimentos sob o regime fechado, mas facultando ao credor indicar, no juízo da execução de alimentos, se pretende que a prisão civil seja cumprida no regime domiciliar ou se pretende diferir o seu cumprimento, sem prejuízo da adoção de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

(HC 645.640/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 26/03/2021) (grifou-se)

Com mais vagar, o Superior Tribunal de Justiça, quanto à sua adoção em geral pelos juízos executivos, ao julgar caso paradigma (**REsp 1.788.950/MT**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019), fixou em sua jurisprudência as balizas ou **diretrizes de atendimento obrigatório**, pelo magistrado, na adoção das medidas atípicas, nos casos em concreto.

Por possuírem caráter subsidiário, a adoção destas providências atípicas deve observar os requisitos da necessidade, da adequação e da proporcionalidade. Dessa forma, apenas estarão autorizadas quando constatada, no caso concreto, a falta de efetividade da

medida típica e a presença de indícios de que o devedor vem ocultando o seu patrimônio para frustrar a execução.

Com efeito, a Terceira Turma do STJ delineou entendimento no sentido de que para que seja adotada qualquer medida executiva atípica, deve primeiramente o juiz **intimar previamente o executado** para pagar o débito ou apresentar bens destinados a saldá-lo, seguindo-se, como corolário, os atos de expropriação típicos. Isso porque, como já restou asseverado, o **contraditório prévio** é a regra no CPC/2015, em especial diante da previsão do art. 9º, que, de forma clara, veda a prolação de decisão contra qualquer das partes sem sua prévia oitiva fora das hipóteses contempladas em seu parágrafo único.

Outrossim, a decisão que autorizar a utilização de medidas coercitivas indiretas ou atípicas deve ser **devidamente fundamentada**, a partir das circunstâncias específicas do caso, não sendo suficiente para tanto a mera indicação ou reprodução do texto do art. 139, IV, do CPC/2015 ou mesmo a invocação de conceitos jurídicos indeterminados sem ser explicitado o motivo concreto de sua incidência na espécie (art. 489, § 1º, I e II, do CPC/2015).

Sobre a motivação da decisão judicial, vale transcrever a manifestação da Ministra NANCY ANDRIGHI, apresentada nas razões de decidir do referido *leading case*:

Vale destacar, por oportuno, que o CPC/15, em seu art. 8º, estabeleceu com norma fundamental do processo civil o atendimento aos fins sociais do ordenamento jurídico e às exigências do bem comum, observado o resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana, assim como da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência. Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo.

É necessário, ainda, decorrente da própria lógica do novo sistema processual, observar, igualmente, a necessidade de **esgotamento prévio** dos meios típicos de satisfação da obrigação reconhecida no título executivo judicial ou extrajudicial.

Em suma, o Superior Tribunal de Justiça, nesse julgamento paradigmático, entendeu que é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas: de **modo subsidiário**, por **meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta**, com observância do **contraditório substancial** e do postulado da **proporcionalidade**.

Foram essas as diretrizes fixadas pelo STJ na uniformização quanto à aplicação e à correta utilização das medidas executivas atípicas pelos julgadores de primeiro grau de jurisdição ou pelos tribunais de revisão, sob pena de a corte de vértice cassar, na sua inobservância, as decisões judiciais ou acórdãos que não as respeitem.

Na mesma assentada, repetindo os idênticos termos, também foi julgado o **REsp 1.782.418/RJ** (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019). Posteriormente, a Quarta Turma do STJ, alinhando-se ao

posicionamento exteriorizado nos julgados acima referidos, passou a replicar¹⁸ os parâmetros então estabelecidos.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, ao ajustar os limites de adoção das medidas executivas atípicas, **não as restringiu quanto à sua incidência a uma determinada natureza obrigacional**, sendo, por conseguinte, aplicável a **qualquer** modalidade procedimental da **tutela civil executiva**.

A propósito, confira-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO DE ALIMENTOS**. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO APÓS PENHORA DE BENS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. **SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS EXISTENTE NO CPC/73. SATISFATIVIDADE DO DIREITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. NORMA FUNDAMENTAL. CRIAÇÃO DE UM PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA QUE ROMPE O DOGMA DA TIPICIDADE. CRIAÇÃO E ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS APENAS EXISTENTES EM OUTRAS MODALIDADES EXECUTIVAS E COMBINAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS. POSSIBILIDADE. PONDERAÇÃO ENTRE A MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E MENOR ONEROSIDADE DO DEVEDOR. CRITÉRIOS. HIPÓTESE CONCRETA. DÉBITO ALIMENTAR ANTIGO E DE GRANDE VALOR. DESCONTO EM FOLHA PARCELADO E EXPROPRIAÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE.**

1- Ação proposta em 21/03/2005. Recurso especial interposto em 29/05/2017 e atribuído à Relatora em 14/03/2018.

2- O propósito recursal consiste em definir se é admissível o uso da técnica executiva de desconto em folha da dívida de natureza alimentar quando há anterior penhora de bens do devedor.

3- Diferentemente do CPC/73, em que vigorava o princípio da tipicidade dos meios executivos para a satisfação das obrigações de pagar quantia certa, o CPC/15, ao estabelecer que a satisfação do direito é uma norma fundamental do processo civil e permitir que o juiz adote todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, conferiu ao magistrado um poder geral de efetivação de amplo espectro e que rompe com o dogma da tipicidade.

¹⁸ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS ATÍPICAS. SUSPENSÃO DE CNH. DESPROPORCIONALIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No tocante à ofensa ao artigo 139, inciso IV, do CPC, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que as medidas atípicas de satisfação do crédito não podem extrapolar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se observar, ainda, o princípio da menor onerosidade ao devedor, não sendo admitida a utilização do instituto como penalidade processual. Precedentes.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou que a tutela atípica postulada, consistente na apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), extrapola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de não representar certeza de efetividade à satisfação do crédito. A conclusão do Tribunal está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, atraindo a aplicação da Súmula 83 do STJ.

3. Ademais, o reexame dos critérios fáticos é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1794916/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 02/12/2020)

4- Respeitada a necessidade fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, conformando os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor, permite-se, a partir do CPC/15, a adoção de técnicas de executivas apenas existentes em outras modalidades de execução, a criação de técnicas executivas mais apropriadas para cada situação concreta e a combinação de técnicas típicas e atípicas, sempre com o objetivo de conferir ao credor o bem da vida que a decisão judicial lhe atribuiu.

5- Na hipótese, pretende-se o adimplemento de obrigação de natureza alimentar devida pelo genitor há mais de 24 (vinte e quatro) anos, com valor nominal superior a um milhão e trezentos mil reais e que já foi objeto de sucessivas impugnações do devedor, sendo admissível o deferimento do desconto em folha de pagamento do débito, parceladamente e observado o limite de 10% sobre os subsídios líquidos do devedor, observando-se que, se adotada apenas essa modalidade executiva, a dívida somente seria inteiramente quitada em 60 (sessenta) anos, motivo pelo qual se deve admitir a combinação da referida técnica sub-rogatória com a possibilidade de expropriação dos bens penhorados.

6- Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1733697/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018) (grifou-se)

À guisa de ilustração, idêntico posicionamento foi tomado em sede de: a) execução de título extrajudicial de débitos locatícios (REsp 1.894.170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020); b) cumprimento de sentença proferida em ação civil pública na reparação de danos ambientais (HC 478.963/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019); c) insolvência civil de quantia certa (HC 525.378/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 11/10/2019); d) execução de alimentos (REsp 1733697/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018).

Sua incidência, entretanto, segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, **não se estende às execuções fiscais** (HC 453.870/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 15/08/2019), isso porque, segundo restou firmado¹⁹:

(...) o Poder Público se reveste da Execução Fiscal, de modo que já se tornou lugar comum afirmar que o Estado é superprivilegiado em sua condição de credor. Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de Procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regeadora do procedimento (Lei 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui ex ante, a execução só é embargável mediante a garantia do juízo (art. 16, § 1o. da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Como se percebe, o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jusprocedimental.

¹⁹ No mesmo sentido: AgInt no REsp 1859654/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 18/12/2020 e REsp 1802611/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 10/10/2019.

Não se esqueça, ademais, que o crédito tributário é privilegiado (art. 184 do Código Tributário Nacional), podendo, se o caso, atingir até mesmo bens gravados como impenhoráveis, por serem considerados bem de família (art. 3º, IV da Lei 8.009/1990). Além disso, o crédito tributário tem altíssima preferência para satisfação em procedimento falimentar (art. 83, III da Lei de Falências e Recuperações Judiciais - 11.101/2005). Bens do devedor podem ser declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do Código Tributário Nacional).

Nesse raciocínio, é de imediata conclusão que medidas atípicas afritivas pessoais não se firmam placidamente no executivo fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos.

Excessos por parte da investida fiscal já foram objeto de severo controle pelo Poder Judiciário, tendo a Corte Suprema registrado em Súmula que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323/STF).

Em se tratando, ainda, de executivo fiscal, cabe o registro do julgamento do **Tema Repetitivo 1026 do STJ**²⁰ no sentido de que a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes decorre da normatividade do art. 782, § 3º, do CPC/2015, ou seja: é uma medida típica, a qual, inclusive, “se aplica subsidiariamente às execuções fiscais, pois: 1) não há norma em sentido contrário na Lei nº 6.830/1980; 2) a inclusão em cadastros de inadimplência é medida coercitiva que promove no subsistema os valores da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor” (**REsp 1.807.180/PR**, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 11/03/2021).

A revisão das decisões judiciais que impõem, na tutela jurisdicional executiva, as medidas atípicas, será possível por meio da interposição de recurso de agravo de instrumento, nos termos da expressa dicção do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015.

Há, todavia, para revisá-las, o registro de ações constitucionais de impugnação (*habeas corpus*) perante o Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, aqui, um importante registro.

Segundo restou noticiado no **Informativo 631 do STJ**, “nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise”, todavia, “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento” (**RHC 97.876/SP**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

²⁰ Tese jurídica firmada: “O art. 782, § 3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA”(REsp 1.807.180/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 11/03/2021).

Observa-se, ainda, que as principais modalidades de medidas atípicas aplicadas pelos juízes, que desaguarão no Superior Tribunal de Justiça, diziam respeito à apreensão de cartões de crédito²¹, de passaporte²² e carteira de habilitação²³.

Nesse aspecto, cumpre destacar que a Terceira Turma do STJ, no julgamento do **AREsp 1.584.430/SP**, teve a oportunidade de examinar a possibilidade, na tutela executiva, de suspensão de acesso do devedor às suas redes sociais digitais, com fundamento no art. 139, IV, do CPC/2015. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento, negou a providência por entender que não tinha utilidade finalística com a satisfação do crédito vindicado. Infelizmente, na hipótese, o Tribunal da Cidadania aplicou a Súmula 07²⁴ do STJ e, assim, não conheceu do reclamo, mantendo em nova decisão monocrática, em sede de agravo interno, o óbice sumular.

O caso fático é interessante, notadamente ante a migração para a vida digital que hoje impera na pandemia sanitária do covid-19, sobretudo se pensarmos que inúmeros profissionais utilizam as redes ou mídias sociais para promoverem suas atividades de exploração econômica, anunciando produtos/serviços ou ampliando a comunicação com o seu público de consumo, como, por exemplo, as páginas virtuais no *LinkedIn*, *Instagram* ou *Facebook* de advogados, professores, preparadores físicos, artistas, cantores dentre várias outras profissões que buscam a notoriedade no meio social.

Cabe, aqui, a crítica de que o Superior Tribunal de Justiça deveria ter enfrentado o mérito do referido recurso em detrimento da atualidade do tema, construindo, assim, um precedente interpretativo a ser seguido, como paradigma, pela instância jurisdicional ordinária.

Por fim, cumpre alertar de que o Partido dos Trabalhadores – PT ajuizou a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF**, ainda não julgada, para questionar, em sede de controle de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, o normativo do Código de Processo Civil de 2015, que autoriza a adoção de medidas atípicas pelo magistrado executivo para o cumprimento de decisões judiciais. A **ADI**, distribuída à relatoria do Ministro Luiz Fux, pede a **nulidade** do inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 e a declaração de **inconstitucionalidade** de suas interpretações que restrinjam direitos constitucionais, uma vez que a norma permite, por exemplo, ao Judiciário, apreender documentos como a carteira de habilitação, o passaporte, o cartão de crédito e até mesmo proibir um devedor de participar de concursos públicos e licitações.

O partido político, enquanto ente legitimado (art. 103, VIII, da CRFB/1988) entende, em suma, que as referidas decisões estão sacrificando direitos fundamentais, como o direito de locomoção e o princípio da dignidade da pessoa humana, afrontando

²¹ REsp 1802611/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 10/10/2019.

²² REsp 1894170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020.

²³ AgInt no REsp 1794916/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 02/12/2020.

²⁴ Verifica-se que, na hipótese, no recurso especial, a insurgente alegou violação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, sustentando a possibilidade de bloqueio do *facebook*, *instagram* e *whatsapp* do recorrido até o pagamento integral do débito ou pelo prazo máximo de cinco anos. O relator, todavia, entendeu que incidia, no caso, o enunciado da Súmula nº 7/STJ, “pois o acolhimento das razões recursais enseja o reexame do conjunto fático-probatório da demanda, providência vedada em recurso especial” (AgInt no AREsp 1584430/SP, rel. Min. RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, DJe 26/02/2020).

diretamente à Constituição Federal, além de que o artigo 139, IV, do CPC/2015, segundo entendimento afirmado, atribui poder subjetivo ao juiz, o que deve ser, segundo pretende, evitado.

4. Conclusões.

Em resumo, o Superior Tribunal de Justiça tem contribuído com a consolidação do novo paradigma de se pensar e aplicar as normas processuais, consolidando a vontade do legislador na busca da implementação real do direito fundamental ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988) por meio do princípio diretivo da efetividade da prestação jurisdicional (art. 4º do CPC/2015).

Hoje, o raciocínio argumentativo das decisões judiciais, no âmbito do processo civil, perpassa obrigatoriamente no acurado exame das circunstâncias fáticas da controvérsia e do sopesamento de princípios a ela incidentes e aplicáveis na busca da otimização da solução jurídica.

Isso porque, “o texto constitucional é a base de toda a ordem jurídica, na qual se assentam a diretriz e o sentido da legislação ordinária”, ou seja: “é a Constituição a lente de visão utilizada pelo julgador, seja ele singular ou colegiado, ao aplicar qualquer instituto previsto na Lei nº 13.105/2015, no exercício da atividade jurisdicional” (BATISTA, 2018, p. 22).

A nota de destaque da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação judicial na tutela executiva das medidas atípicas (art. 139, IV, do CPC/2015), diz respeito aos *leading cases* que firmaram as diretrizes objetivas de sua utilização pelos magistrados (REsp 1.788.950/MT e REsp 1.782.418/RJ), coibindo, assim, eventuais abusos por juízes que, no atual paradigma, insistam violar o comando previsto no art. 489 do CPC/2015.

Da mesma forma, a apreciação casuística em relação à sua incidência ou excepcionalidade (como no executivo fiscal) aos procedimentos executivos tem contribuído para a sua evolução interpretativa, solidificando, dessa forma, a sua legitimação nas tutelas satisfativas.

O ponto a ser criticado, a partir do estudo empírico da base jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, é a omissão relativa à sua materialização em hipóteses de restrições de utilização ou acesso de ferramentas ou redes sociais pelos devedores, porquanto, hoje, submergidos na vida digital, seja pelo natural caminhar na adoção de novas tecnologias, seja pela imposição social como forma de prevenção de pandemias sanitárias, as mídias sociais se transformaram em importante fonte de exploração econômica pelos seus usuários.

O uso da jurisprudência defensiva, em tais casos, somente contribui para a perpetuação da insegurança jurídica, traduzida na falta de confiança da sociedade com as decisões judiciais, em razão da existência e propagação de entendimentos díspares e conflitantes entre si.

Entende-se como jurisprudência defensiva²⁵ a prática e a técnica adotada pelas Cortes Superiores para o não conhecimento de recursos constitucionais (recurso especial e recurso extraordinário) em razão do excessivo apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal.

A jurisprudência defensiva, todavia, não traduz a correta solução jurídica aos casos em que é aplicada e, tampouco, é provida de carga argumentativa suficiente para legitimar a sua aceitação pelas partes.

A nocividade da jurisprudência defensiva se traduz, no mais das vezes, na generalidade de sua afirmação, pois emite um juízo peremptório, razão pela qual, como nos adverte BARROSO (2016, p. 21), “quanto mais genérica for a *ratio decidendi*, maior o número de casos que serão regidos por ela”. Contudo, como conclui o autor, “a formulação da *ratio* em termos muito amplos pode tornar seu comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser sequer consideradas”, nesta medida, a argumentação jurídica, traduzida na exposição justificada sobre o conjunto de fatos e fundamentos sobre os quais se erigiu ao final a solução do caso concreto, é fundamental para evitar a consagração de um precedente por demais abrangente, mormente, na hipótese ora retratada: aquele que reproduz a famigerada jurisprudência defensiva.

Espera-se que, caso novas demandas sobre essa temática cheguem ao Tribunal da Cidadania, seja dado o tratamento esperado para a consolidação e uniformização da jurisprudência sobre o tema, em razão de sua inegável atualidade e importância.

Por fim, é necessário aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, quanto ao futuro da aplicação – necessária – pelos juízes do comando inserto no art. 139, IV, do CPC/2015, como instrumento de efetivação da prestação jurisdicional e do direito constitucional do acesso à justiça.

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALVIM, Angélica Arruda (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ALVIM, Tereza Arruda. *Recurso especial, extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes do direito brasileiro*. 5.ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁵ Nas palavras de Tereza Arruda Alvim: “O excesso de trabalho dos Tribunais Superiores vem tornando, nos últimos anos, cada vez mais frequente a prática de se decidir pela inadmissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial por razões meramente formais, que, de rigor, não deveriam ser consideradas óbices a que os recursos fossem decididos pelo mérito. O conjunto dessa espécie de decisões vem sendo chamado de jurisprudência defensiva. (ALVIM, 2018, p. 394)

BATISTA, Fernando Natal. *A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça na jurisdição constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15/03/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.582.475/MG*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 03 out. 2018, publicado no DJe de 16 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 453.870/PR*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25 jun. 2019, publicado no DJe de 15 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.835.864/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 10 dez. 2019, publicado no DJe de 05 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação nº 37.521/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 13 mai. 2020, publicado no DJe de 05 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.733.697/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11 dez. 2018, publicado no DJe de 13 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.788.950/MT*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23 abr. 2019, publicado no DJe de 26 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.894.170/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27 out. 2020, publicado no DJe de 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 97.876/SP*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05 jun. 2018, publicado no DJe de 09 ago. 2018.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade no processo civil contemporâneo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 17.^a edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. *Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opinioao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas> >. Acesso em: 10/03/2021.

O RITO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E A PANDEMIA DE COVID-19

O CONGRESSO NACIONAL, COM O AVAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, FERIU A CONSTITUIÇÃO?

Bruno Ávila da Mata Sampaio¹

SUMÁRIO: Introdução; Dispensa da apreciação prévia por comissões mistas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pela covid-19: ADPFs 661 e 663; Papel das comissões parlamentares no processo legislativo; Comissão mista e medidas provisórias; ADI 4029: a inconstitucionalidade da dispensa da comissão mista; PEC 91 de 2019: o Congresso Nacional ratifica a indispensabilidade da análise prévia de medidas provisórias por comissão; Comparação da tramitação das medidas provisórias 936 de 2020 e 905 de 2019; Crítica ao rito adotado pelo Congresso Nacional, com a anuência do STF, durante a pandemia de COVID-19; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tratou do rito adotado pelo Congresso Nacional, com a anuência do Supremo Tribunal Federal, para a tramitação de medidas provisórias durante a pandemia de COVID-19. Objetivou-se investigar se esse rito, que dispensa a apreciação prévia de medidas provisórias por comissão mista fere a Constituição Federal. A hipótese inicial deste trabalho é de que tal dispensa, ainda que no contexto de calamidade pública, fere a Constituição Federal, por haver prejuízo substancial ao processo legislativo e a seus princípios em decorrência da adoção desse rito. Para isso, realizou-se breve revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. Também se visitou a tramitação da última Proposta de Emenda à Constituição deliberada pelo Congresso Nacional sobre o assunto. A fim de analisar os efeitos concretos do rito adotado, comparou-se, à luz dos princípios do processo legislativo da democracia e da publicidade, a tramitação da Medida Provisória nº 905 de 2019 (anterior à pandemia) com a da Medida Provisória nº 936 de 2020 (já sob o rito decorrente da pandemia). Concluiu-se que o rito adotado gerou prejuízo substancial ao processo legislativo.

Palavras-chave: medida provisória, comissão mista, pandemia, covid-19.

EL RITO DAS MEDIDAS PROVISIONALES Y LA PANDEMIA DE COVID-19

¿EL CONGRESO NACIONAL, CON LA APROBACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, VIOLÓ LA CONSTITUCIÓN?

RESUMEN: El presente trabajo abordó el rito adoptado por el Congreso Nacional, con el consentimiento del Supremo Tribunal Federal, para la tramitación de medidas

¹ Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Analista Legislativo na Câmara dos Deputados, bruno.sampaio@camara.leg.br.

provisionales durante la pandemia de COVID-19. El objetivo era investigar si este rito, que prescinde de la previa valoración de medidas provisionales por una comisión mixta, daña la Constitución Federal. La hipótesis inicial de este trabajo es que tal dispensa, incluso en el contexto de calamidad pública, viola la Constitución Federal, ya que existe un daño sustancial al proceso legislativo y sus principios como resultado de la adopción de este rito. Para ello, se realizó una breve revisión bibliográfica y jurisprudencial sobre el tema. También se visitó la tramitación de la última Propuesta de Enmienda a la Constitución deliberada por el Congreso Nacional sobre el tema. Para analizar los efectos concretos del rito adoptado, se comparó, a la luz de los principios del proceso legislativo de la democracia y de la publicidad, la tramitación de la Medida Provisional n° 905 de 2019 (previa a la pandemia) con la de la Medida Provisional n°. 936 de 2020 (ya bajo el rito de la pandemia). Se concluyó que el rito adoptado generó un daño sustancial al proceso legislativo.

Palabras clave: medida provisional, comisión mixta, pandemia, covid-19.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou recentemente ao menos duas vezes acerca da obrigatoriedade do exame de medidas provisórias por comissão mista criada especificamente para esse fim, nos termos do parágrafo 9º do artigo 62 da Constituição Federal². Em 2012, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4029, o Tribunal concluiu pela obrigatoriedade da tramitação dessa espécie legislativa por esses colegiados, e pela inconstitucionalidade da adoção de rito que não incluía as comissões mistas.

Já ao decidir as Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 661 e 663, no o contexto excepcional da pandemia de COVID-19, prevaleceu o argumento de que a apreciação das medidas provisórias deve ser célere, por isso o tribunal entendeu pela constitucionalidade da adoção de rito abreviado em que tais proposições ficam dispensadas de serem apreciadas por essas comissões.

O presente trabalho tem por objetivo investigar se fere a Constituição Federal a dispensa, decorrente da calamidade pública relacionada ao novo coronavírus, da apreciação prévia de medidas provisórias por comissão mista de deputados e senadores.

Vale frisar que não se tem por objetivo avaliar a validade formal do rito adotado pelo Congresso Nacional para a apreciação de medidas provisórias durante a pandemia de COVID-19. Não parecem restar dúvidas quanto a isso, visto que houve a chancela do STF. Também não se pretende aqui analisar se o rito adotado pelo Congresso Nacional durante a pandemia se adequa ao que foi decidido pelo STF nas ADPFs 661 e 663. O objetivo é investigar se há prejuízo substancial ao processo legislativo e a seus princípios em decorrência da adoção desse rito.

A hipótese inicial deste trabalho é de que tal dispensa, ainda que no contexto de calamidade pública, fere a Constituição Federal. Tal hipótese demanda investigação cuidadosa, visto que há argumentos relevantes (acatados inclusive pelo Supremo Tribunal Federal), no sentido de que a celeridade demandada na análise de medidas provisórias durante o estado de calamidade pública justificaria a dispensa do exame de medidas provisórias por comissões mistas.

² “Art. 62, §9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2. nov. 2020.

Para atingir o objetivo do trabalho e verificar a hipótese levantada, foi feita análise dos argumentos utilizados pelo STF na decisão das ADPFs 661 e 663, que resultou na autorização para que o Congresso Nacional adote rito abreviado para medidas provisórias durante a pandemia. A seguir, a fim de se colher elementos para subsidiar avaliação dessa decisão, foi feita breve revisão bibliográfica acerca do papel das comissões no processo legislativo.

A partir do resultado dessa revisão, passou-se ao exame específico do papel das comissões mistas responsáveis pelo exame de medidas provisórias. Nesse contexto, foram visitados, além de doutrina, os argumentos que o STF utilizou para decidir a ADI 4029, quando ficou decidida a obrigatoriedade do parecer dessa comissão na tramitação das medidas provisórias, sob pena de nulidade. No mesmo sentido, foi explorada a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 91 de 2019³, na qual se pode encontrar posicionamento recente do Congresso Nacional acerca do tema.

Na sequência, a fim de analisar os efeitos concretos da decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs 661 e 663, foram comparadas, à luz dos princípios do processo legislativo da democracia e da publicidade, a tramitação da Medida Provisória nº 905 de 2019 (anterior à pandemia) com a da Medida Provisória nº 936 de 2020 (já sob o rito decorrente da pandemia).

Ao fim das etapas acima descritas, foi possível concluir se o rito adotado pelo Congresso Nacional, ainda que com o aval do Supremo Tribunal Federal, fere ou não a Constituição Federal.

DISPENSA DA APRECIÇÃO PRÉVIA POR COMISSÕES MISTAS DURANTE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19: ADPFS 661 E 663

Em 20 de março de 2020 foi publicado o Decreto Legislativo nº 6 de 2020⁴, reconhecendo o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia de COVID-

³ Apresentada como PEC 11 de 2011 no Senado Federal. Renumerada para PEC 70 de 2011 na Câmara dos Deputados. Novamente renumerada como PEC 91 de 2019 no Senado Federal.

⁴ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. *Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 2. nov. 2020.

19 declarada pela Organização Mundial da Saúde. Com o agravamento da situação sanitária no país, e a consequente impossibilidade de realização de reuniões presenciais, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal editaram atos normativos para possibilitar a ocorrência de sessões deliberativas remotas, de modo a impedir a paralização do Poder Legislativo.

Assim, a Câmara dos Deputados aprovou a Resolução nº 14, de 2020, que “*institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19)*”⁵, posteriormente regulamentada pelo Ato da Mesa nº 123 de 2020⁶. Já o Senado Federal editou o Ato da Comissão Diretora nº 7 de 2020, que “*institui o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal*”⁷.

Nesse contexto, em 23 de março de 2020, o Partido Progressista (PP) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 661, questionando os atos das mesas diretoras do Senado Federal e da Câmara dos Deputados que preveem a realização de sessões por meio eletrônico apenas para deliberações sobre matérias relacionadas à pandemia do novo coronavírus e suspendem todas as votações de outros temas⁸. Liminarmente, foi requerida

⁵ BRASIL. **Resolução da Câmara dos Deputados nº 14, de 2020.** *Institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19).* Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/rescad/2020/resolucaodacamaradosdeputados-14-17-marco-2020-789854-publicacaooriginal-160143-pl.html>. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁶ BRASIL. **Ato da Mesa nº 123, de 20/03/2020.** *Regulamenta a Resolução nº 14, de 2020, que institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19).* Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2020/atodamesa-123-20-marco-2020-789867-publicacaooriginal-160171-cd-mesa.html>. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁷ BRASIL. **Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020.** *Institui o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal.* Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/arquivos/2020/03/17/ato-da-comissao-diretora-no-7-de-2020>. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁸ Vale frisar que, diferentemente do argumentado pelo Partido, os atos da Câmara e do Senado não previam a deliberação exclusiva de matéria relacionada à pandemia, com a suspensão de todos os outros temas. A resolução aprovada pela Câmara dos Deputados determina, no parágrafo 2º de seu artigo 4º, que “nas sessões convocadas por meio do SDR deverão ser apreciadas **preferencialmente** matérias relacionadas à emergência de saúde pública internacional referente ao coronavírus (Covid-19)”. Já o Ato da Comissão Diretora do Senado Federal determina, em seu artigo 3º, que “As sessões realizadas por meio do SDR serão virtuais e serão convocadas para dia e horário previamente comunicado com antecedência de no mínimo 24 (vinte e quatro) horas, **para deliberação de matéria legislativa de caráter urgente, que não possa aguardar a normalização da situação referida no parágrafo único do art. 1º**”. Como se vê, em nenhum dos atos há a proibição da deliberação de matérias estranhas à pandemia (originais sem grifo).

a suspensão dos prazos de vigência, sem perda da eficácia, de diversas medidas provisórias prestes a perder validade.

Fundamentando seu pedido, o partido argumentou que “o funcionamento virtual exclui a possibilidade de tramitação regular de propostas de Medidas Provisórias apresentadas pelo Poder Executivo vigentes e importantes”. Assim, as medidas adotadas violariam os preceitos fundamentais do devido processo legislativo e da separação dos Poderes, levando à perda da eficácia das medidas provisórias, em vista do decurso do prazo constitucional para deliberação⁹.

Na mesma linha, em 24 de março de 2020, o Presidente da República ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 663, com pedido de concessão de medida cautelar, a fim de que fossem prorrogados todos os prazos de validade das Medidas Provisórias em tramitação no Congresso Nacional, em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19. Assim, foi requerido que fosse aplicado às medidas provisórias o prazo de 30 dias de suspensão referente ao recesso parlamentar até que o Congresso Nacional retome suas condições de normalidade¹⁰.

Ambas as arguições foram distribuídas ao mesmo relator, Ministro Alexandre de Moraes, por tratarem do mesmo tema. O relator solicitou, em prazo de até 48 horas, informações aos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, especialmente sobre o funcionamento remoto das Casas Legislativas e de suas comissões, inclusive para fins de análise das medidas provisórias¹¹.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal prestaram informações conjuntamente em 26 de março de 2020. Em sua manifestação, explicaram o funcionamento de seus sistemas de deliberação remoto e propuseram, por meio de uma minuta de Ato Conjunto das Mesas de ambas as Casas, um rito de apreciação de medidas provisórias que se adequasse a esses sistemas.

⁹ PP PEDE suspensão do prazo de vigência de MPs que não tratem da pandemia do coronavírus. **Notícias STF**. 25 de março de 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440142>. Acesso em: 25 out. 2020.

¹⁰ BOLSONARO pede ao STF suspensão do prazo de validade de medidas provisórias. **Notícias STF**. 24 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440025&ori=1>. Acesso em: 25 out. 2020.

¹¹ PP PEDE suspensão do prazo de vigência de MPs que não tratem da pandemia do coronavírus. **Notícias STF**. 25 de março de 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440142>. Acesso em: 25 out. 2020.

A grande inovação desse rito proposto foi a não observância da obrigatoriedade da análise das medidas provisórias por comissão mista, conforme dispõe o § 9º do artigo 62 da Constituição Federal. Ao invés disso, um relator seria designado no plenário de cada Casa e ofereceria parecer oral às medidas provisórias no momento da deliberação.

As Casas Legislativas argumentaram que a adoção desse rito mais célere para a apreciação de medidas provisórias seria medida de caráter emergencial e extraordinário. Assim, dentro do possível, seria mantida a normalidade dos trabalhos legislativos, de modo mais razoável do que a solução proposta pelo Presidente da República ou pelo Partido Progressista.

De acordo com a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a suspensão do prazo de tramitação das medidas provisórias seria flagrantemente inconstitucional e “*significaria na prática a revogação do princípio da separação de poderes*”, subtraindo do Poder Legislativo a possibilidade de controle das mesmas. Por fim, argumentaram que o próprio regime democrático estaria em risco, caso fossem acatadas as pretensões dos autores, visto que:

A suspensão do prazo de tramitação de medidas provisórias seria um fantástico incentivo ao abuso na edição desses atos excepcionais, à moda do que ocorria no período anterior à promulgação da Emenda Constitucional 32 e colocava em xeque a democracia brasileira.¹²

Em 31 de março de 2020, o ministro relator concedeu medida cautelar autorizando, nos termos propostos pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o rito para apreciação de medidas provisórias que dispensa a apreciação prévia por comissão mista durante o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19. Determinou, assim, que:

as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental.¹³

¹² CÂMARA DOS DEPUTADOS, Mesa da Câmara dos Deputados; SENADO FEDERAL, Mesa do Senado Federal. **Prestação de informações nº 17725/2020**. Informações preliminares para fins de instrução do julgamento dos pedidos de medidas cautelares articulados nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 661 e 663. Brasília, 2020. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5880710>, peça nº 41. Acesso em: 2. nov. 2020.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 661/ DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 27 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342775679&ext=.pdf>. Acesso em: 2. nov. 2020.

Como fundamento de tal decisão, argumentou o relator lhe parecer razoável que, em tempos de estado de emergência decretado em face da pandemia, seja possível que o Congresso Nacional, temporariamente, estabeleça a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista.

Recorreu também ao princípio da eficiência,

como aquele que impõe à todos os poderes de Estado e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades.¹⁴

Diante de tal decisão, foi editado, também em 31 de março de 2020, com base na minuta já aprovada pelo ministro relator no STF, o Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1 de 2020, que “*dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de COVID-19*”. Tal ato normativo, dentre outras modificações, expressamente prevê, no parágrafo único de seu artigo 2º, que:

Enquanto durar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19 as medidas provisórias serão instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando excepcionalmente autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental.¹⁵

Na prática, como se vê, ficou dispensada a apreciação das medidas provisórias por comissão mista, conforme determina o § 9º do artigo 62 da Constituição Federal. Dito de outro modo, o Congresso Nacional, por meio de ato conjunto das Mesas de suas Casas

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 661/ DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 27 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342775679&text=.pdf>. Acesso em: 2. nov. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1 de 2020**. *Dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid-19*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputados-e-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870>. Acesso em: 2. nov. 2020.

Legislativas, e com a anuência do Supremo Tribunal Federal, suspendeu a eficácia de dispositivo constitucional.

Não se pretende aqui averiguar um possível (grave) vício formal nos fatos relatados. Pretende-se, sim, investigar eventual injustificável prejuízo de ordem substancial no processo legislativo das medidas provisórias durante a pandemia: em nome da necessidade de se impor uma maior eficiência ao processo legislativo devido às excepcionais circunstâncias que se apresentaram ante as dificuldades advindas da pandemia de COVID-19, mostrou-se razoável que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal acabassem com o principal foro de deliberação legislativa acerca das medidas provisórias? É o que se passa a discutir.

Dois pontos precisam ser, de antemão, ressaltados. Durante a pandemia de Covid-19, não resta qualquer dúvida quanto à impossibilidade do funcionamento presencial do Poder Legislativo. Nesse contexto, ao rechaçar a proposta do presidente da república e do partido Progressistas, e ainda assim manter o funcionamento do Congresso Nacional no que tange às medidas provisórias, a decisão do STF parece ter sido acertada. Não obstante, o sistema de deliberação remota adotado para deliberações em plenário poderia, em tese, ser utilizado para as deliberações das comissões mistas, o que poderia suprir a exigência constante do § 9º do artigo 62 da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o rito adotado pelo Congresso Nacional com a anuência do STF nada mais é do que aquele justamente declarado inconstitucional na ADI 4029. Essas duas questões serão vistas com mais detalhes mais a frente no presente trabalho.

PAPEL DAS COMISSÕES PARLAMENTARES NO PROCESSO LEGISLATIVO

Nos termos do artigo 58 da Constituição Federal, o Congresso Nacional e suas Casas possuirão comissões permanentes e temporárias. Ainda de acordo com o mesmo artigo, tais órgãos serão constituídos na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar a sua criação¹⁶.

¹⁶ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2. nov. 2020.

A partir da leitura do mencionado dispositivo, fica evidente a estatura constitucional do tema das comissões no Poder Legislativo da União. Importante fazer esse registro visto que, na história constitucional brasileira, em que pese as comissões terem estado presentes nos parlamentos e poderes legislativos de modo geral¹⁷, nem sempre seu regramento foi disposto diretamente na Constituição.

Ao contrário, na maior parte das vezes, esse tema era tratado apenas nos regimentos internos. Ainda que houvesse nas constituições anteriores alguma menção a comissões parlamentares, foi apenas no texto constitucional de 1988 que ficou expressamente estabelecida a obrigatoriedade da adoção de comissões permanentes e temporárias como forma de organização do Congresso Nacional e de suas Casas¹⁸. A Constituição de 1988 traz também, pela primeira vez, uma disciplina específica e sistematizada, ainda que sucinta, acerca dessa matéria¹⁹.

Assim, ainda que regramentos específicos acerca da instituição e funcionamento das comissões sejam matéria delegada aos regimentos internos das Casas Legislativas, tais regramentos devem observar as normas constitucionais pertinentes, especialmente no que diz respeito ao devido processo legislativo²⁰.

Tal fato adquire especial importância no ordenamento jurídico inaugurado a partir da Constituição de 1988. Essa Carta revelou-se generosa no que tange à previsão da atuação de comissões parlamentares. Em diversos momentos são feitas referências aos trabalhos desses órgãos internos do Congresso Nacional e de suas Casas, por vezes apresentando disciplina razoavelmente detalhada em temas como quórum para

¹⁷ PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição Brasileira**, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74 e seguintes.

¹⁸ O § 2º do artigo 58 da Constituição de 1967 determinava que “o projeto de lei que receber, quanto ao mérito, parecer contrário de todas as comissões, será tido como rejeitado” Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o referido dispositivo conduz à ideia da obrigatoriedade do exame preliminar das proposições legislativas por comissões. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira – Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 63. Citado em CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 222 e 223. Em que pese tal fato, ainda assim foi a Constituição Federal de 1988 a primeira a expressamente dispor acerca da obrigatoriedade da adoção de comissões como forma de organização do Poder Legislativo.

¹⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1166.

²⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1169.

deliberações, requisição de informações, representação proporcional dos partidos e blocos parlamentares²¹.

Resta singularmente ressaltada a importância das comissões no desenho constitucional de 1988 com a previsão, no §2º do seu art. 58, da possibilidade de que projetos de lei sejam discutidos e votados apenas por comissões, dispensando, na forma dos regimentos, a competência do Plenário²².

As comissões parlamentares são essenciais para um regular e racional funcionamento parlamentar, especialmente nos Parlamentos de composição numerosa, como é o caso do Brasil. A multiplicidade de matérias disciplinadas em uma constituição analítica como a brasileira de 1988 demanda frequentemente conhecimentos especializados, de natureza técnica, para cujo exame nem todos os parlamentares estão aptos. Dessa maneira, a organização do parlamento em comissões racionaliza o trabalho, facilitando a tomada de decisões em plenário, vez que as matérias já vêm, a princípio, examinadas por especialistas nas várias áreas nas quais atua o Poder Legislativo²³.

Esse tipo de organização favorece a especialização do parlamento nas várias áreas de interesse da sociedade, estendendo-se não apenas na função legislativa própria do parlamento, mas também nas funções de fiscalização, de acompanhamento da ação executiva e de suporte à participação popular nos trabalhos do Congresso Nacional²⁴. Assim, as comissões “*trabalham, deliberam, fazem sugestões, esclarecem, preparam o terreno para o plenário*”²⁵.

No mesmo sentido, Ana Candida da Cunha Ferraz chega a afirmar que

nenhuma decisão relevante para os destinos do País, a ser tomada pelo Congresso Nacional, deve ser definida sem prévio exame das comissões

²¹ CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 240 a 263.

²² Manoel Gonçalves Ferreira Filho denomina tal mecanismo de “*delegação interna corporis*”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137. José Afonso da Silva critica essa expressão, argumentando não se tratar de delegação, mas sim de substituição. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

²³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), pp. 1168 e 1169.

²⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1168.

²⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. V volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2695.

especializadas. Com certeza, errará menos o Poder Legislativo se estiver devidamente informado sobre os assuntos a respeito dos quais deva decidir.²⁶

Como se vê, as comissões são órgãos fundamentais para o funcionamento adequado do Poder Legislativo, servindo de importante foro para ocorrência do debate, análise e o consenso nas deliberações²⁷.

Outro ponto muito relevante a se ressaltar acerca das comissões parlamentares é que, através delas, se forma um importante canal entre o Poder Legislativo e entidades da sociedade civil, que ali por vezes são ouvidas em audiências públicas²⁸. A realização de tais audiências, assim como a possibilidade de solicitação de depoimentos de cidadãos, configuram as comissões parlamentares como importante meio de viabilização, no Estado contemporâneo, da democracia direta²⁹.

COMISSÃO MISTA E MEDIDAS PROVISÓRIAS

O importante papel exercido pelas comissões no desenho constitucional do Poder Legislativo torna-se ainda mais relevante quando se trata das comissões mistas destinadas à apreciação prévia de medidas provisórias, previstas no parágrafo 9º do artigo 62 da Constituição Federal³⁰.

Isso porque medidas provisórias são atos normativos primários, de competência privativa do Presidente da República, para fazer frente a caso de relevância e urgência e

²⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1169.

²⁷ VALLE, Juliana Carla de Freitas do. **Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos**. 1. ed. Brasília, DF: FDK, 2004. p. 22.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (Série IDP), p. 995. Para uma crítica à efetividade das audiências públicas na forma como hoje são realizadas no Poder Legislativo, ver CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 36.

²⁹ CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 255.

³⁰ “Art. 62, §9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2. nov. 2020.

que possuem, desde a sua edição, força, eficácia e valor de lei. Possuem, assim, nítido caráter excepcional no quadro de separação dos Poderes³¹.

Pelo exposto, são lembradas habitualmente como mecanismo de abuso de poder³². O Congresso Nacional, por meio de suas ações – seja realizando apreciação, formal e material, das medidas provisórias, que devem ser, após publicadas, imediatamente submetidas ao crivo do Poder Legislativo para sua transformação em lei³³; seja disciplinando o processo legislativo referente a essas espécies legislativas³⁴ –, é fundamental para que não haja referido abuso.

Vale também ressaltar que, diferentemente de seu antecessor oriundo de regimes autoritários, o decreto-lei³⁵, que era uma legiferação do Executivo posta a controle do Legislativo, a medida provisória, especialmente após a Emenda Constitucional nº 32, passa a ser, literalmente, uma legiferação provisória, pois reclama conversão em lei³⁶. Tal aspecto reforça a importância da deliberação acurada dessa espécie normativa pelo Poder Legislativo.

Uma vez estabelecida a grande relevância de que o controle das medidas provisórias seja feito de maneira bastante atenta pelo Poder Legislativo, destacam-se as comissões mistas nesse processo. João Trindade Cavalcante Filho ressalta a intensa importância política das comissões mistas. Segundo o autor, “*é lá que o jogo das MPs é efetivamente jogado*”. Assim, por exemplo, um parecer contrário da comissão mista, ou

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (Série IDP), p. 1023.

³² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentário ao artigo 62 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1239 e 1240.

³³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentário ao artigo 62 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP), p. 1030.

³⁴ A aprovação, pelo Congresso, da Emenda Constitucional nº 32, que alterou o regramento constitucional acerca das medidas provisórias, é exemplo.

³⁵ “A medida provisória foi incrustada, no Texto Máximo, pelo constituinte, em substituição ao decreto-lei, por considera-lo ‘resíduo do entulho autoritário’”. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias: instrumento de governabilidade**. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2003. p. 57. No mesmo sentido: “Envolto pelo ideal democrático, o constituinte originário decidiu banir o decreto-lei do texto constitucional para adotar o que considerou inovador instrumento legislativo: a medida provisória”. VALLE, Juliana Carla de Freitas do. **Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos**. 1. ed. Brasília, DF: FDK, 2004. p. 22.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 9788502139770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139770/>. Acesso em: 23 oct. 2020. p. 329.

até a não emissão de um parecer durante a vigência da medida provisória significa, com quase absoluta certeza, a rejeição da medida³⁷.

ADI 4029: A INCONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DA COMISSÃO MISTA

Ao julgar a ADI nº 4029, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a fase de apreciação da medida provisória por comissão mista, antes do exame dos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, é indispensável, não podendo ser substituída por parecer apresentado pelo relator diretamente no plenário. Assim, a referida substituição gera inconstitucionalidade, que resulta em nulidade da lei decorrente da eventual conversão da medida provisória³⁸. Vale ressaltar que essa decisão foi proferida em 2012³⁹, portanto fora do contexto da calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19.

Na mencionada decisão, o STF reconheceu a grande importância das comissões mistas na tramitação das medidas provisórias para que uma análise acurada pelo parlamento pudesse acontecer. O relator da ação, ministro Luiz Fux, valeu-se em seu voto de argumentos doutrinários para estabelecer que o parecer prévio da comissão mista é requisito fundamental de validade da tramitação da medida provisória, considerando ser nesse instrumento que se materializa a regular discussão da matéria. Por essa importância, qualquer manobra para afastar os trabalhos desta comissão, ou para substituí-los pelo parecer de um único parlamentar em plenário, seria inconstitucional.

Indo além, argumentou que, com o esvaziamento da comissão mista, estabelecia-se verdadeiro império do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em plenário. A defesa de tal rito constitucionalmente estabelecido seria verdadeiro garantidor *“da saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático*

³⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020. pp. 35-36.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (Série IDP), p. 1031.

³⁹ E quase 11 anos após a criação do §9º do artigo 62, por meio da Emenda Constitucional nº 32.

de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes”⁴⁰.

O relator segue argumentando no voto que a Constituição Federal não reservou papel pequeno às comissões mistas, mas sim procurou assegurar uma análise mais profunda sobre o ato normativo primário editado pelo Poder Executivo. Dessa forma, evita-se que a deliberação pelo Plenário das Casas se dê de maneira inapropriada. Assim, o parecer da comissão mista não seria mera formalidade, mas representaria “*uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo*”⁴¹.

Como se percebe, resta evidente que, seja no entendimento da doutrina, seja no Supremo Tribunal Federal, as comissões mistas previstas pela Constituição Federal para análise prévia de medidas provisórias não são mera formalidade insignificante. Especialmente à luz da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o parecer prévio da comissão mista é instrumento fundamental para regularizar o processo legislativo das medidas provisórias, visto que possibilita a efetiva discussão da matéria⁴². Fica evidente o grave prejuízo para o exame parlamentar de medidas provisórias decorrente da supressão dessa importante instância deliberativa.

PEC 91 DE 2019⁴³: O CONGRESSO NACIONAL RATIFICA A INDISPENSABILIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS POR COMISSÃO

O Congresso Nacional recentemente já teve oportunidade de se pronunciar acerca da necessidade de análise prévia das medidas provisórias por comissão. Em 18 de março

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. Citado em BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 8. mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 8. mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 2 nov. 2020. pp. 18 e 19.

⁴² VALLE, Juliana Carla de Freitas do. **Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos**. 1. ed. Brasília, DF: FDK, 2004. p. 54.

⁴³ Apresentada como PEC 11 de 2011 no Senado Federal. Renumerada para PEC 70 de 2011 na Câmara dos Deputados. Novamente renumerada como PEC 91 de 2019 no Senado Federal.

de 2011, foi apresentada no Senado Federal a PEC 11 de 2011, com o objetivo de alterar profundamente o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. Em que pese diversas outras mudanças tenham sido propostas, é de interesse deste trabalho apenas as alterações concernentes à análise prévia de medidas provisórias por comissão.

Quanto a esse tema, o texto original da PEC⁴⁴ previa a simples supressão do parágrafo 9º do artigo 62 da Constituição Federal, acabando, assim, com a necessidade das comissões mistas, e não prevendo a análise das medidas provisórias por qualquer outra comissão antes de sua chegada ao plenário de cada Casa.

Esse ponto foi alterado durante a tramitação da PEC no Senado Federal. Em sua versão final, que foi enviada à Câmara dos Deputados, a proposta previa que os pressupostos constitucionais seriam avaliados previamente por comissão competente de cada Casa. Já o exame do mérito da medida provisória seguiria sendo competência apenas do Plenário. A PEC chegou à Câmara dos Deputados em 17 de agosto de 2011, onde foi renumerada como PEC 70, de 2011.

Já nessa Casa, seguiram-se as alterações ao texto. Conforme se depreende do exame do parecer aprovado por Comissão Especial criada especificamente para analisar essa PEC⁴⁵, após diversas idas e vindas sobre o assunto, aprovou-se modelo que mantinha o fim das comissões mistas, mas transferia o exame preliminar (inclusive quanto ao mérito) das medidas provisórias para Comissão Especial criada em cada Casa Legislativa para esse fim. Todavia, durante a apreciação da PEC pelo Plenário da Câmara dos Deputados, novas e relevantes mudanças aconteceram. O texto finalmente aprovado em 5 de junho de 2019⁴⁶ restaurou a análise prévia das medidas provisórias por comissão mista.

⁴⁴ SENADO FEDERAL. **Proposta de emenda à Constituição nº 11, de 2011**. Altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. Brasília, 2011. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4306318&ts=1594009455927&disposition=inline>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁴⁵ COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 70-A, DE 2011, DO SENADO FEDERAL, QUE “ALTERA O PROCEDIMENTO DE APECIAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS PELO CONGRESSO NACIONAL. **Parecer à proposta de emenda à Constituição nº 70, DE 2011**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402907&filename=Parecer-PEC07011-21-10-2015. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Redação final da Proposta de emenda à Constituição nº 70 de 2011**. Brasília, 2019. Disponível em

A PEC modificada foi enviada ao Senado Federal e recebeu o número 91, de 2019. Em 12 de junho de 2019, a PEC recebeu parecer nessa Casa, em que o relator reconhece que “o trabalho da Comissão Mista na instrução das medidas provisórias é *importantíssimo*”. Em seu texto final, aprovado pelo Plenário daquela Casa, é colocado expressamente no texto constitucional que o parecer da comissão mista é indispensável:

§ 9º As medidas provisórias serão apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional após a emissão de parecer **indispensável** por comissão mista de Deputados e Senadores, **que deverá ser proferido no prazo de quarenta dias, contado do segundo dia útil seguinte à sua edição.**⁴⁷ (grifos no original)

De acordo com a página da PEC 91, de 2019, no portal do Senado Federal⁴⁸, desde 12 de junho de 2019 a PEC se encontra pronta para promulgação. Porém, até a data de realização deste trabalho – aproximadamente um ano e meio após a aprovação pelo Senado –, a Emenda Constitucional ainda não foi promulgada.

Segundo o presidente do Senado Federal, o motivo da não convocação de sessão solene para promulgação desta PEC é que há divergência entre técnicos da Câmara e do Senado acerca da natureza de mudanças no texto realizadas na última passagem da proposição nesta Casa. Enquanto o Senado classifica tais modificações como meramente redacionais – o que tornaria a PEC pronta para promulgação –, a Câmara entende que se trata de alterações de mérito – o que implicaria retorno da PEC a essa Casa⁴⁹. Em que

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760720&filename=Tramitacao-PEC+70/2011. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁴⁷ SENADO FEDERAL. **Parecer nº 171, de 2019 – PLEN/SF**. Parecer de Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição no 91, de 2019 (no 70, de 2011, na origem), da Câmara dos Deputados, que altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. p. 16. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7965912&ts=1595260729084&disposition=inline>. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁴⁸ SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa – Proposta de Emenda à Constituição nº 91, de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137178>. Acesso em: 2. nov. 2020.

⁴⁹ “[...] o presidente do Senado, Davi Alcolumbre, disse que a PEC das MPs foi aprovada pelo Senado [...] e foi enviada à Câmara em seguida. [...]. Devolvida ao Senado, a PEC foi definitivamente aprovada pelos senadores em 12 de junho de 2019, mas com alterações em relação ao texto aprovado pela Câmara. Com isso, disse Davi, ‘há divergência da parte da assessoria técnica da Câmara e do Senado, por isso que nós não marcamos ainda a sessão solene de promulgação dessa PEC’”. PAIM pede promulgação da PEC das MPs, aprovada há seis meses. **Agência Senado**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/paim-pede-promulgacao-da-pec-das-mps-aprovada-ha-seis-meses>. Publicado em 11 de dezembro de 2019. Acesso em: 2 de novembro de 2019.

pese o aparente desrespeito à Constituição Federal⁵⁰, não cabe aqui aprofundamento sobre esse ponto específico, por não ser objeto de investigação do presente trabalho.

No que diz respeito à necessidade de apreciação prévia das medidas provisórias por comissão, o Congresso Nacional reafirmou a imprescindibilidade de parecer por algum colegiado – e, ao fim do debate, concluiu que o melhor colegiado é a comissão mista. Já no que tange à possibilidade de as medidas provisórias irem diretamente ao plenário, em momento algum qualquer das Casas Legislativas considerou tal hipótese.

COMPARAÇÃO DA TRAMITAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 936, DE 2020, E 905, DE 2019

Com a supressão da comissão mista e o consequente estabelecimento daquilo que o Ministro Luiz Fux chamou em seu voto na ADI 4029 de “*império do relator*”, tem-se grave afronta a um dos mais relevantes princípios do processo legislativo: o princípio democrático. Esse princípio se divide em duas partes: (1) a existência de igualdade de condições nos debates parlamentares e pré-parlamentares, para que todos os interlocutores possam manifestar suas ideias; e (2) existência de condições para a participação popular no processo de formação das leis⁵¹.”.

Na mesma linha, Barbosa defende que se pense o princípio do contraditório aplicado à legislatura. Afinal, para que se qualifique o procedimento de produção das leis como processo legislativo democrático, deve haver o desenvolvimento das relações entre seus participantes a partir do princípio do contraditório. Conforme Barbosa, “o princípio do contraditório trata da garantia da participação em condições de simétrica paridade...”⁵².”.

⁵⁰ Uma vez cumpridos os requisitos no artigo 60 da Constituição Federal, que dispõe sobre emenda à Constituição, não compete ao presidente Senado Federal escolher se promulga ou não a Emenda Constitucional. Tal juízo discricionário não encontra amparo no ordenamento jurídico.

⁵¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020. pp. 35-36.

⁵² BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 83.

Para avaliar a violação desses princípios em um caso concreto, procede-se à comparação da tramitação das medidas provisórias 936⁵³, de 2020, e 905⁵⁴, de 2019. Essas medidas provisórias foram escolhidas por ambas tratarem de tema correlato e que costuma acirrar posições marcadamente antagônicas no Congresso Nacional: direito do trabalho.

A Medida Provisória nº 936 de 2020, que estabeleceu medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública, foi publicada em 1º de abril de 2020 e seu projeto de lei de conversão foi sancionado em 6 de julho de 2020 – portanto, sua tramitação no Congresso Nacional transcorreu integralmente durante a pandemia.

A seguir, passa-se à análise quanto à primeira parte do princípio democrático, conforme acima descrito. Pode-se verificar no portal da Câmara dos Deputados, na página que traz a tramitação da proposição naquela Casa⁵⁵, que da data da apresentação até o dia 28 de maio (portanto, quase dois meses), nenhum debate formal acerca da matéria ocorreu. No dia 28 de maio, teve início e fim toda a deliberação dessa medida provisória na Câmara dos Deputados. O relator designado em plenário ofereceu parecer oral à medida provisória e também às mais de mil emendas a ela apresentadas⁵⁶. Mesmo diante de todo esse volume de textos a serem analisados, sobre tema tão caro à população, dos 513 deputados e deputadas federais que compõem a Casa, somente dez participaram

⁵³ BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁵⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019.** Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-01/01/20182022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁵⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ficha de tramitação – MPV 936/2020.** Brasília, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242618>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁵⁶ O Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1 de 2020, que “dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de COVID-19”, prevê dois momentos para a apresentação de emendas: as primeiras 48 horas após a publicação da medida provisória e durante a discussão no plenário de cada Casa. À Medida Provisória nº 936 de 2020 foram apresentadas 964 emendas no período inicial. Somente durante a discussão na Câmara dos Deputados, no dia 28 de maio, outras 61 emendas foram apresentadas.

formalmente da discussão em plenário⁵⁷. Claramente não foi possível a todos os interlocutores manifestarem suas ideias em igualdades de condições no debate parlamentar.

No que diz respeito à segunda parte do mesmo princípio, ainda mais evidente é a sua violação. Conforme descrito acima, toda a deliberação formal na Câmara dos Deputados ocorreu em um único dia. Não houve qualquer abertura institucional, mínima que fosse, para a sociedade civil participar ativamente. Quanto ao princípio do contraditório, claramente não houve simetria de paridade entre os diversos grupos de interesse representados no parlamento.

É evidente que, durante os quase dois meses em que a medida provisória ficou aguardando sua deliberação naquela Casa, sem qualquer andamento formal registrado em sua tramitação, diversas conversas de bastidores entre os líderes partidários ocorreram sobre o texto a ser aprovado. Ocorre que, justamente por essas conversas não se darem no âmbito institucional, a maior parte da população fica alijada do debate.

Assim, não somente os princípios democrático e do contraditório restam desrespeitados, mas também outro importante princípio ao processo legislativo: o da publicidade. Nos termos do princípio da publicidade no processo legislativo, as deliberações legislativas devem ser públicas e acessíveis ao público⁵⁸. Evidentemente, nenhum desses dois requisitos foi observado.

Passa-se agora à medida provisória nº 905, de 2019, que também tratou de tema relacionado ao direito do trabalho. Sua publicação se deu em 12 de novembro de 2019, portanto antes da pandemia. A comissão mista foi constituída em 28 de novembro de 2019 e sua reunião de instalação e eleição do presidente se deu em 11 de dezembro do mesmo ano. Seu parecer foi aprovado em 17 de março de 2020 – poucas semanas antes da adoção do sistema de deliberação remota.

Considerando que entre 22 dezembro de 2019 e 2 fevereiro de 2020 o Congresso Nacional esteve em recesso, a comissão mista efetivamente funcionou por aproximadamente dois meses. Em um período de menos de quinze dias – portanto, sem

⁵⁷ A seguir, transcrição retirada da página de tramitação da MP: “*Discutiram a Matéria: Dep. Rogério Correia (PT-MG), Dep. Carlos Veras (PT-PE), Dep. Marcelo Freixo (PSOL-RJ), Dep. Alencar Santana Braga (PT-SP), Dep. Airtton Faleiro (PT-PA), Dep. Helder Salomão (PT-ES), Dep. Arlindo Chinaglia (PT-SP), Dep. Alessandro Molon (PSB-RJ), Dep. Marcon (PT-RS) e Dep. Ivan Valente (PSOL-SP). Encerrada a discussão*”.

⁵⁸ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020. pp. 36-37.

prejuízo para a celeridade da tramitação –, entre os dias 5 e 18 de fevereiro de 2020, foram realizadas cinco audiências públicas com um total de 48 convidados, dentre representantes de entidades da sociedade civil e de órgãos públicos⁵⁹.

Em que pese haver críticas quanto à efetividade das audiências públicas na forma como são realizadas atualmente⁶⁰, fica evidente que ao menos dois dos princípios do processo legislativo, democrático e da publicidade, ficam mais bem atendidos quando há o exame prévio da medida provisória por comissão mista em vez de sua substituição por um parecer oral proferido em plenário.

CRÍTICA AO RITO ADOTADO PELO CONGRESSO NACIONAL, COM A ANUÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Pode-se questionar se, conforme argumentou o ministro Alexandre de Moraes, relator das ADPFs nº 661 e 663, realmente restou impossibilitada a atuação de comissão mista durante a pandemia de COVID-19⁶¹. Não há qualquer dúvida quanto à impossibilidade do funcionamento presencial dessas comissões (assim como de todo o Poder Legislativo) por motivos sanitários. Todavia, nada impede o funcionamento dessas comissões de forma remota, assim como ocorre com os Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁵⁹ Nessas audiências estavam representantes de ampla gama de espectros ideológicos interessados no tema, como Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), Central Única dos Trabalhadores (CUT) e Central da Classe Trabalhadora (Intersindical), além de diversos professores universitários. CONGRESSO NACIONAL. **Ficha de tramitação da Medida Provisória nº 905 de 2019**. Brasília, DF: 2019. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁶⁰ “Atualmente, muitas das audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Legislativo são esvaziadas de pessoas e de ideias: poucos parlamentares as acompanham, e geralmente são convidadas pessoas com linhas de pensamento semelhantes., mais interessadas em defender determinado ponto de vista do que em realmente ouvir argumentos contrários. Há que se repensar a forma e a função das audiências públicas, inclusive com reformulação em nível regimental”. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 36.

⁶¹ “Me parece, razoável, em tempos de estado de emergência decretado em face de grave pandemia, a possibilidade do Congresso Nacional, temporariamente, estabelecer a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, **em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista**.” (Original sem grifos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 661/ DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 27 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342775679&ext=.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Isso é corroborado pelo fato de que outras comissões continuaram funcionando durante a pandemia, como a própria comissão mista parlamentar de acompanhamento de COVID-19⁶², que teve sua criação prevista no já mencionado Decreto Legislativo nº 6, de 2020, o qual reconheceu o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia. No mesmo sentido, funciona na Câmara dos Deputados durante a pandemia a comissão externa de enfrentamento à COVID-19⁶³.

Similarmente, foi apresentado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em 1º de setembro de 2020 – portanto durante a vigência do estado de calamidade pública e do Sistema de Deliberação Remota (SDR) –, o Projeto de Resolução nº 53 de 2020, que *“altera a Resolução n. 14, de 2020, a fim de autorizar a realização de reuniões das Comissões que especifica durante o período em que a Câmara dos Deputados estiver funcionando por meio do Sistema de Deliberação Remota (SDR), e dá outras providências.”*

Em sua justificação, os membros da Mesa da Câmara dos Deputados argumentam que *“a continuidade dos trabalhos legislativos, possibilitada pelo SDR, mostrou a necessidade da eventual retomada das reuniões das Comissões, para deliberar sobre matérias inadiáveis [...]”*⁶⁴. Até o fim de 2020, tal resolução não chegou a ser aprovada, mas por falta de acordo político, e não por qualquer razão técnica ou sanitária⁶⁵.

No mesmo sentido, a Comissão Mista de Orçamento⁶⁶ também somente não foi instalada durante a pandemia por falta de acordo político, e não por qualquer motivo

⁶² SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa – Comissão Mista destinada a acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas ao coronavírus (COVID-19)**. Brasília, 2020. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2342>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁶³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão externa de enfrentamento à COVID-19**. Brasília, DF: 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/enfrentamento-pandemia-covid-19>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁶⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Resolução n. 53, de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1926607&filename=PRC+53/2020. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁶⁵ SEM acordo, Câmara adia votação para autorizar funcionamento de comissões na pandemia. **Portal G1**. Publicado em 9 de setembro de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/09/sem-acordo-camara-adia-votacao-para-autorizar-funcionamento-de-comissoes-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁶⁶ Comissão mista de planos, orçamentos públicos e fiscalização, prevista no parágrafo 1º do artigo 166 da Constituição Federal.

relacionado ao estado de calamidade pública⁶⁷. Igualmente no Senado Federal, mesmo antes do fim da pandemia, também se discute o retorno das atividades das comissões⁶⁸.

Vale frisar quem em 11 de fevereiro de 2021, a Câmara dos Deputados aprovou resolução permitindo o funcionamento de suas comissões permanentes e temporárias por meio do Sistema de Deliberação Remota. Não obstante, as comissões mistas de medidas provisórias continuam sem qualquer expectativa de funcionamento em março de 2021.

Como se pode ver, não há argumento técnico ou sanitário para justificar a impossibilidade do funcionamento das comissões mistas de maneira remota. Assim, o pilar principal da argumentação do ministro Alexandre de Moraes ao deferir a autorização para supressão das comissões mistas para análise prévia das medidas provisórias – a impossibilidade da atuação das comissões mistas – cai por terra.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado, verificou-se, com base em argumentos doutrinários, jurisprudenciais e na análise de casos concretos, que a solução adotada pelo Congresso Nacional, ainda que com a anuência do Supremo Tribunal Federal, para a tramitação de medidas provisórias durante a pandemia de COVID-19, fere a Constituição Federal. A celeridade legislativa não pode ocorrer em detrimento da possibilidade de discussão real dos temas, sob risco de se mitigar o debate, transformando a deliberação legislativa em mero simulacro.

A possibilidade de discussão verdadeira se torna ainda mais importante em tempos de calamidade, quando direitos sociais absolutamente relevantes estão em disputa. Comissões especiais são a principal instância de debate de medidas provisórias. A supressão desse foro vai frontalmente de encontro ao que § 9º do artigo 62 da Constituição Federal tenta conferir, que é o amplo debate acerca da possibilidade excepcional do Poder Executivo expedir atos normativos primários.

⁶⁷ EM MEIO a disputa por comando, instalação da Comissão do Orçamento é adiada pela 2ª vez. **Portal G1**. Publicado em 6 de outubro de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/06/em-meio-a-disputa-por-comando-instalacao-da-comissao-do-orcamento-e-adiada-pela-2a-vez.ghml>. Acesso em: 5 nov. 2020.

⁶⁸ DECISÃO sobre retorno de comissões permanentes será em novembro, diz Davi. **Senado Notícias**. Publicado em 20 de outubro de 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/decisao-sobre-retorno-de-comissoes-permanentes-sera-em-novembro-diz-davi-1>. Acesso em: 2 nov. 2020.

Ao se suprimir a tramitação das medidas provisórias pelas comissões mistas, elimina-se o principal foro de discussão política acerca dessas proposições. Suspende-se o campo institucional onde o jogo político é jogado, reduzindo-o a conversas privadas entre alguns líderes partidários. Há grave prejuízo para os princípios do processo legislativo democrático e da publicidade.

As comissões mistas têm o papel de assegurar uma reflexão mais detida sobre as medidas provisórias, evitando que a apreciação pelos plenários de Câmara dos Deputados e Senado Federal se dê de maneira açodada, sob o chamado “Império do Relator”. Nesse sentido, o parecer desse colegiado, fruto das deliberações que ali ocorrem, com participação inclusive da sociedade civil, materializa o adequado cumprimento do papel institucional do Poder Legislativo de fiscalizar o exercício atípico da função legiferante pelo Poder Executivo. Papel este que ganha ainda mais relevância em virtude da calamidade pública.

Acertou o Relator das ADPFs 661 e 663, Ministro Alexandre de Moraes, ao rechaçar a proposta do Presidente da República e do Partido Progressista. Aceitar que as medidas provisórias publicadas durante a pandemia de COVID-19 tivessem vigência indeterminada seria um perigoso retrocesso institucional que ameaçaria independência e harmonia entre os Poderes. Por outro lado, errou ao permitir que medidas provisórias fossem relatadas diretamente no Plenário das Casas Legislativas. Diferentemente do argumentado pelo Relator, a pandemia não impossibilitou o funcionamento das comissões mistas. Seria possível que funcionassem de maneira remota, nos moldes da solução adotada para a realização de sessões deliberativas nos plenários de Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Como alternativas que não violam a Constituição, poder-se-ia submeter as medidas provisórias ao exame de uma comissão mista permanente, ou até mesmo por comissões específicas de cada uma das Casas Legislativas, como se debateu ao longo da tramitação da PEC 91 de 2019⁶⁹. O que não se pode é simplesmente suprimir a etapa de exame prévio das medidas provisórias por comissão.

⁶⁹ PEC 70 de 2011 na Câmara dos Deputados e, originalmente, PEC 11 de 2011 no Senado Federal.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Comentário ao artigo 62 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BOLSONARO pede ao STF suspensão do prazo de validade de medidas provisórias. **Notícias STF**. 24 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440025&ori=1>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020**. *Institui o Sistema de Deliberação Remota do Senado Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/arquivos/2020/03/17/ato-da-comissao-diretora-no-7-de-2020>. Acesso em: 2. nov. 2020.

_____. **Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1 de 2020**. *Dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid-19*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputadose-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870>. Acesso em: 2. nov. 2020.

_____. **Ato da Mesa nº 123, de 20/03/2020**. *Regulamenta a Resolução nº 14, de 2020, que institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19)*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2020/atodamesa-123-20-marco-2020-789867-publicacaooriginal-160171-cd-mesa.html>. Acesso em: 2. nov. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. *Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 2. nov. 2020.

_____. **Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019**. *Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências*.

Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril 2020.** *Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.* Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Resolução da Câmara dos Deputados nº 14, de 2020.** *Institui, no âmbito da Câmara dos Deputados, o Sistema de Deliberação Remota, medida excepcional destinada a viabilizar o funcionamento do Plenário durante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19).* Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/int/rescad/2020/resolucaodacamaradosdeputados-14-17-marco-2020-789854-publicacaooriginal-160143-pl.html>. Acesso em: 2. nov. 2020.

_____. **Resolução nº 1, de 2002-CN.** *Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências.* Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/documents/59501/95383161/Resolu%C3%A7%C3%A3o+1-02+MPV+ocr.pdf/435fc7f4-43e9-4766-ba07-dce1fc680525>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029.** Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 8. mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 661/ DF.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 27 de março de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342775679&ext=.pdf>. Acesso em: 2. nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão externa de enfrentamento à COVID-19.** Brasília, DF: 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/enfrentamento-pandemia-covid-19>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Ficha de tramitação – MPV 936/2020.** Brasília, 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242618>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Ficha de tramitação – PRC 53/2020.** Brasília, DF: 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261310>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Redação final da Proposta de emenda à Constituição nº 70 de 2011.** Brasília, 2019. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760720&filename=Tramitacao-PEC+70/2011. Acesso em: 2. nov. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Mesa da Câmara dos Deputados; SENADO FEDERAL, Mesa do Senado Federal. **Prestação de informações nº 17725/2020.** Informações preliminares para fins de instrução do julgamento dos pedidos de medidas cautelares articulados nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 661 e 663. Brasília, 2020. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5880710>, peça nº 41. Acesso em: 2. nov. 2020.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional.** 4. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. Citado em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029.** Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 8. mar. 2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 2 nov. 2020.

COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 70-A, DE 2011, DO SENADO FEDERAL, QUE “ALTERA O PROCEDIMENTO DE APRECIACÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS PELO CONGRESSO NACIONAL. **Parecer à proposta de emenda à Constituição nº 70, DE 2011.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1402907&filename=Parecer-PEC07011-21-10-2015. Acesso em: 2. nov. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Ficha de tramitação da Medida Provisória nº 905 de 2019.** Brasília, DF: 2019. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>. Acesso em: 2 nov. 2020.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** V volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DECISÃO sobre retorno de comissões permanentes será em novembro, diz Davi. **Senado Notícias.** Publicado em 20 de outubro de 2020. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/20/decisao-sobre-retorno-de-comissoes-permanentes-sera-em-novembro-diz-davi-1>. Acesso em: 2 nov. 2020.

EM MEIO a disputa por comando, instalação da Comissão do Orçamento é adiada pela 2ª vez. **Portal G1**. Publicado em 6 de outubro de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/06/em-meio-a-disputa-por-comando-instalacao-da-comissao-do-orcamento-e-adiada-pela-2a-vez.ghtml>. Acesso em: 5 nov. 2020.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao *caput* do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 9788502139770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139770/>. Acesso em: 23 oct 2020.

_____. **Comentários à Constituição brasileira – Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969**. São Paulo: Saraiva, 1974. Citado em CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (Série IDP).

PAIM pede promulgação da PEC das MPs, aprovada há seis meses. **Agência Senado**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/paim-pede-promulgacao-da-pec-das-mps-aprovada-ha-seis-meses>. Publicado em 11 de dezembro de 2019. Acesso em: 2 de novembro de 2019.

PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição Brasileira**, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74 e seguintes.

PP PEDE suspensão do prazo de vigência de MPs que não tratem da pandemia do coronavírus. **Notícias STF**. 25 de março de 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440142>. Acesso em: 25 out. 2020.

SEM acordo, Câmara adia votação para autorizar funcionamento de comissões na pandemia. **Portal G1**. Publicado em 9 de setembro de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/09/09/sem-acordo-camara-adia-votacao-para-autorizar-funcionamento-de-comissoes-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 2 nov. 2020.

SENADO FEDERAL. **Atividade Legislativa – Comissão Mista destinada a acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas ao coronavírus (COVID-19)**. Brasília, 2020. Disponível em

<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2342>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Atividade Legislativa – Proposta de Emenda à Constituição nº 91, de 2019.** Brasília, 2019. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137178>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Parecer nº 171, de 2019 – PLEN/SF.** Parecer de Plenário, em substituição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição no 91, de 2019 (no 70, de 2011, na origem), da Câmara dos Deputados, que altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. p. 16. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7965912&ts=1595260729084&disposition=inline>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. **Proposta de emenda à Constituição nº 11, de 2011.** Altera o procedimento de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional. Brasília, 2011. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4306318&ts=1594009455927&disposition=inline>. Acesso em: 2 nov. 2020.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias: instrumento de governabilidade.** 1. ed. São Paulo: NDJ, 2003

VALLE, Juliana Carla de Freitas do. **Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos.** 1. ed. Brasília, DF: FDK, 2004.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A DEGENERAÇÃO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA.

Lucas Trompieri Rodrigues¹

SUMÁRIO:

1. Consideração iniciais; 2. A constitucionalização do direito privado; 3. As cláusulas gerais e os princípios; 4. A constitucionalização excessiva; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO:

Estudos se desenvolvem a respeito da aplicabilidade de cláusulas gerais e princípios por magistrados, sendo a discussão relevante para o desenvolvimento deste artigo que abordará a constitucionalização do Direito Privado e, por conseguinte, a aplicabilidade de princípios, cláusulas gerais e valores constitucionais em toda a ordem jurídica, inclusive em face da seara privatista. Instrumentos típicos da área constitucional passam a ser utilizados no direito privado para respeito à unidade do sistema jurídico. Mas cabe trazer posição crítica ao movimento, no sentido de moderação, dilema que envolve decisões judiciais que podem se desprender do contexto fático a ser analisado. Poder-se-ia amparar irracionalidades ou arbítrios, em processos hermenêuticos baseados em normas de baixa densidade, mesmo que de patamar constitucional, aptos a cercear indevidamente a autonomia de indivíduos.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado; Primazia constitucional; Arbítrio; Autonomia individual.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE DEGENERATION INTO AN EXCESSIVE CONSTITUTIONALIZATION

ABSTRACT:

Studies are underway regarding the applicability of general clauses and principles by magistrates, and the relevant discussion for the development of this article will address the constitutionalization of Private Law and, therefore, the applicability of principles, general clauses and constitutional values in all order, including in the private area. Typical constitutional instruments are now used in private law to respect the unity of the legal system. But it is important to bring a critical position to the movement, in the sense of moderation, a dilemma that involves judicial decisions that can be detached from the factual context to be analyzed. Irrationalities or arbitrariness could be supported in hermeneutic processes based

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF. Advogado. Professor Universitário. E-mail: Lucastrompieri@gmail.com.

on low density norms, even if constitutional, capable of unduly restricting the autonomy of individuals.

Keywords: *Constitutionalisation of private law; Constitutional primacy; Discretion; Individual autonomy.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A autonomia da vontade, dentro do Direito Privado, assume o patamar de demonstração da liberdade da pessoa humana, o que ocorre, tradicionalmente, por meio de contratos. Com a constitucionalização do Direito há a prevalência da normatividade constitucional na ordem jurídica. O campo das relações privadas, por exemplo, que não era abarcado de forma tão decisiva pela Constituição, em período anterior ao fenômeno, passa a sofrer sua influência direta.

A legislação ordinária, em especial o Código Civil, costumava ser a linha mestra, o caminho da disciplina privatista. Trata-se de marco do Estado Liberal. Com o Estado Social, a Constituição avança perante a ordem civil, disciplina economia, mercado, o âmbito trabalhista etc. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, “o Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais”².

No entanto, o advento do Estado Social, por si, ainda não garantia o primado da Constituição. Argumentos no sentido da ausência de eficácia imediata da normatividade constitucional eram postos, nada mais do que uma negação do valor jurídico dos enunciados por dependência desse conjunto normativo constitucional a um trabalho legiferante do legislador ordinário. Nos termos da doutrina, pode-se nomear tal interpretação como a eficácia indireta do texto maior quanto à vinculação aos seus comandos, haveria a necessidade de normas infraconstitucionais para concreta aplicabilidade³.

O abandono da mencionada ótica ocorre com o reconhecimento da força normativa da Constituição, com suas cláusulas gerais e princípios, o nascimento de um “sentimento constitucional”. A Constituição como norte de todo o Direito. Então, o Direito

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 junho 2019.

³ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

Privado se reestrutura com base em valores constitucionais, em especial a solidariedade e a dignidade.

Abordar-se-á esse primado da Constituição perante o Direito Privado. O que ocorre com o reconhecimento da força normativa vinculante da Constituição. A escolha do tema se relaciona ao fato de que a constitucionalização do Direito Privado permite discussões sobre a relação que se estabelece entre a Constituição e a ordem privada, de modo a considerar, por exemplo, a aplicabilidade de princípios constitucionais em relações privadas e sua relevância, bem como possibilita a exposição de posição crítica delineada sobre a alcinha do constitucionalismo excessivo, expressão adotada por Luís Roberto Barroso, que representa um âmbito de indevida limitação da autonomia privada dos cidadãos, processo atrelado a decisões judiciais tomadas com base em normas semanticamente abertas, distantes dos contextos fáticos levados à análise do julgador, que podem acarretar em indevidos subjetivismos, solipsismos⁴.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Apontar a Constituição como ápice e centro de uma ordem jurídica, dotada de valor jurídico, pode parecer algo comum hodiernamente, mas não é uma tese que foi sempre aceita sem percalços. A normatividade constitucional, o sentido de obrigatoriedade das disposições ali presentes, decorre de uma evolução do pensamento jurídico. Considerava-se, de início, a Constituição como conjunto de princípios políticos, dirigidos apenas aos poderes Executivo e Legislativo, que demandavam, portanto, atuação legislativa para produzir efeitos⁵.

Contudo, não é essa a posição atual. A partir de uma visão civil-constitucional, o negócio jurídico, por exemplo, não se pautará apenas em autonomia da vontade. O processo de constitucionalização leva o homem ao centro de preocupações de modo a haver respeito à dignidade humana.

⁴ “O sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. É aquele que se coloca na contramão dos *constrangimentos cotidianos*: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, ele *pensa* que pode e assim o *faz*, pois dá às palavras o sentido que quer” STRECK, Lênio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>>. Acesso em: 29 jun 2019.

⁵ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário. A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.⁶

Trata-se de mudança paradigmática relevante a influir de forma expressiva em relações privadas. Em um primeiro momento, o entendimento sobre a normatividade se limitava aos direitos liberais e políticos. O que superasse essas disposições corresponderia a uma declaração política sem aptidão para vincular – normas programáticas da Constituição.

Daí a dificuldade inicial para o primado constitucional, o pensamento jurídico privatista tradicional impedia a efetiva prevalência do texto, seus princípios e valores. A inaplicabilidade pode ser vista como um marco do pensamento privatista que impedia avanços no sistema ao negar a valia direta ao texto constitucional, mas também ocorria por outros motivos, como pela indeterminação de certas normas constitucionais, bem como daquelas previsões que dependeriam de políticas públicas para concretização, independentemente de enunciados de dever ser existentes.

A Constituição, a partir do reconhecimento de real força normativa com seu núcleo duro, referente a direitos fundamentais, com normas principiológicas e cláusula gerais, deve ser observada por todos, a questão da interdisciplinaridade com outros ramos do Direito surge. Normas constitucionais, portanto, terão sempre, ao menos, uma eficácia mínima, vinculando poderes da República às suas previsões.

Conforme desenvolvimento conceitual de Luís Roberto Barroso:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares⁷.

O significado importante a reconhecer é que normas constitucionais se aplicam de forma direta a relações entre particulares. Defender o contrário é desacreditar a norma maior que possui papel de unificação da ordem jurídica. Seria o texto magno uma mera “folha de

⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

papel” como levantado por Ferdinand Lassale em “A essência da constituição”. A constitucionalização “para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais”⁸.

No Brasil, a constitucionalização do Direito Civil, por exemplo, é um fenômeno iniciado ao final no século XX, ante necessidade de adequação do ordenamento à Constituição cidadã de 1988, marco da redemocratização. O que se relaciona filosoficamente ao pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, sem adentrar em críticas terminológicas. Novos instrumentos de controle de constitucionalidade possuem papel de relevo para o reconhecimento da força normativa, é o reconhecimento da juridicidade, do fator fundante e elemento de unidade, por consequência, uma nova interpretação constitucional se impõe.

Saliente-se que mesmo com a vigência do Código Civil de 1916 de tradição individualista e patrimonial, institutos privatistas passaram a ser analisados sob a égide da Constituição. Trata-se da Primazia de proteção jurídica a situações existenciais, ante imperatividade de normas constitucionais, fenômeno conhecido como a repersonalização do Direito Civil.

Paulo Lôbo, analisando a matéria, assevera:

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário⁹.

A constitucionalização do Direito Privado não é apenas algo necessário para a unidade do Direito. É imprescindível para guiar relações privadas para o caminho do justo, de acordo com a normatividade da Constituição¹⁰. Não significa uma mera reprodução de normas de cunho privado na CRFB. Trata-se de reconhecer a “supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”¹¹.

⁸ Idem. Ibidem. Acesso em: 21 junho 2019.

⁹ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 22 junho 2019.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

¹¹ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

A norma constitucional incide em relações privadas, pautando comportamentos. Seja em relação a suas regras ou a seus princípios. Rompendo a tradição clássica fechada do Direito Civil. Mesmo com o Código Civil de 2002, o processo de constitucionalização apenas continua, as bases de solidariedade da Constituição mantêm papel relevante.

Nos termos defendidos por Gustavo Tepedino, o ideário de codificação do direito remonta ao Estado Liberal onde:

“(...) uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”¹².

Cabia assim ao Código Civil definir o campo de liberdade privada dos indivíduos. Possuía o papel central na ordem jurídica. O Direito Privado servia para manutenção da situação fática-social como estava exposta, beneficiando privilegiados.

Segundo Paulo Lobo:

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance¹³.

Os institutos de destaque eram o contrato e a propriedade, como expressões de autonomia do indivíduo. Nesse modelo codificante, separar o direito público do privado era essencial. O Código Civil se colocava como uma Constituição de ordem privada¹⁴.

A posição de destaque dos Códigos “privados” se esvai com os microssistemas legislativos, o Código Civil deixa de ser a lei geral, ante o conjunto de leis esparsas que passam a ser produzidas para atualização da legislação. Com a constitucionalização há ainda um novo centro de unificação do Direito Privado, uma releitura de todo o sistema. A antiga dicotomia entre Direito Público e Privado acaba por perder sentido.

Nesta seara, conforme posição de Paulo Lôbo, abordando o caráter complexo da vida social e a descodificação:

A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares,

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 04.

congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente¹⁵.

A autonomia da vontade, a liberdade na condução da própria ação, sofre mudanças. Há valores de observância obrigatória, ante teor constitucional. Propriedade, contrato, família, uma nova definição para institutos clássicos. A Constituição dotada de supremacia formal e material.

Como efeito hermenêutico, deve haver observância pelo Direito Privado de valores constitucionais, em especial a dignidade humana. Até mesmo com aplicação direta da Constituição às relações privadas. Haverá, portanto, papel decisivo de juízes e Tribunais na aplicabilidade, uma proeminência do Judiciário para a defesa constitucional.

Detratores da ideia, apontavam que o legislador poderia estar sendo marginalizado, abrindo caminho para insegurança jurídica, para a perda de dimensão da autonomia privada, em suma, o Direito Privado destruído com o caráter nebuloso de princípios constitucionais a serem aplicados.

Não é a posição da hermenêutica constitucional. Há uma preocupação com efetividade das normas constitucionais. Todavia, com esse processo de constitucionalização se torna possível vislumbrar importante questão referente a densidade normativa de princípios e cláusulas gerais. A questão da generalidade do conteúdo e sua aplicabilidade pelo Judiciário, com a possibilidade de decisões judiciais desprovidas de fundamentação suficiente, é a razão pela qual se desenvolve o tópico a seguir.

3. AS CLAUSULAS GERAIS E OS PRINCÍPIOS

A hermenêutica constitucional hodierna trabalha com novas categorias, como cláusulas gerais, princípios, ponderação etc. A maior discricionariedade do intérprete é algo a frisar. A menor densidade normativa da previsão legal impede que se extraia da abstração existente uma solução exata para os casos práticos a serem analisados.

¹⁵ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

Quanto ao termo normas jurídicas é de se destacar que podem se referir tanto a regras quanto a princípios, o que representou uma mudança paradigmática na teoria do Direito. O reconhecimento de normatividade a princípios é um fator decisivo no processo de constitucionalização. Quanto à diferenciação entre as mencionadas espécies normativas, pode-se colocar quanto ao grau ou qualitativamente.

Robert Alexy desenvolve tese amplamente debatida no âmbito de direitos fundamentais. Há critérios distintos utilizados para diferenciar regras e princípios, mas o mais comumente utilizado se refere à generalidade. O grau de generalidade de princípios é alto e o de regras não seria, haveria uma certeza ou determinabilidade. Alexy desenvolve sua teoria sustentada em mandados de otimização, princípios são normas que determinam a realização de algo na maior medida possível.

Princípios, dessa forma, podem ser satisfeitos em variados graus, considerando as situações jurídica e real postas. Já regras operam no “tudo ou nada”, não admitem uma gradação. Então a diferença está no campo qualitativo.

Na colisão entre regras e entre princípios seria fácil compreender a diferença, a ponderação se apresenta de modo diferencial na colisão entre princípios, pois algum terá precedência a partir da interpretação do caso pelo julgador. Princípios coexistem com outros princípios que aparentem ou mesmo sejam antagônicos, não há exclusão do sistema jurídico como ocorre com as regras. Uma menor densidade jurídica presente nessas normas princípios ressalta o papel do intérprete na aplicação aos casos concretos.

A prática do Judiciário demonstra uma grande amplitude na utilização de normas de caráter genérico, mesmo que de patamar constitucional, incluindo princípios jurídicos. As regras jurídicas acabam por perder importância em provimentos jurisdicionais, com isso perde-se a precisão da previsão de tais comandos normativos¹⁶.

Nos termos defendidos por Roberto Freitas Filho, em análise análise destacada de método:

O que há de diferente entre os princípios e as regras não é somente uma diferença que diz respeito a dois tipos normativos. A diferença lógica que faz com que sejam diferentes os métodos ou “passo lógicos” (de fato ambos são semelhantes quanto à natureza lógica, no sentido de que são igualmente complexas as aplicações de princípios e regras) necessários à aplicação de

¹⁶ SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO, Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na américa latina.** Disponível em: <
<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.

tipos diferentes de normas está no fato de que em um tipo há uma abertura semântica que em outro não há¹⁷.

Cobrando o âmbito de análise desse artigo, deve-se abordar também a questão de cláusulas gerais que podem ter muitas significações. Tratam-se, na verdade, de normas jurídicas que possuem uma cláusula geral. Orientam juristas e também promovem maior liberdade no julgamento, assim como os princípios. Exemplo: a boa fé objetiva, que espelha lealdade, o dano moral, o enriquecimento sem causa etc. Cláusulas que estendem seus efeitos a todo o Direito Privado.

Cláusulas gerais serão, então, normas de conteúdo indeterminado, criadas para possibilitar adaptação a exigências da realidade social, com respostas céleres, contrapondo-se à rigidez característica do processo de mutação legislativa do Direito. Atender às situações sociais novas, com valores até mesmo fora do sistema jurídico. Conceitos jurídicos indeterminados seriam então utilizados de modo a permitir uma abertura a elementos que não seriam próprios da codificação jurídica, engessada.

A identificação dessas cláusulas está no campo doutrinário e jurisprudencial. Os elementos de aplicação não estão todos definidos *a priori*, não há uma objetividade. Da mesma forma que em princípios, segundo Roberto Freitas Filho, “leis feitas com a utilização da técnica das cláusulas gerais ensejam a consideração de valores, objetivos, fins e permitem ao juiz um maior grau de subjetividade no momento de aplicá-las”¹⁸.

Tamanho poder conferido ao julgador permite a existência de provimentos que inovam no ordenamento jurídico, “criam regras que até então inexistiam, revogam regras jurídicas ou são diretamente a elas contraditórias, e impõem deveres jurídicos confusos, de difícil precisão, sendo dessa forma percebidas como aleatórias e irracionais”¹⁹. Pode-se entrar em uma discussão acerca da aplicação isonômica da norma.

A subjetividade gera tensão, não há espaço em um Estado de Direito para a filosofia da consciência, para o decidir “conforme convicção pessoal”, inadmissível que arbítrios e ideologias guiem decisões judiciais. Na produção de argumentos jurídicos, o

¹⁷ FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 293.

¹⁸ Idem. Ibidem. p. 10.

¹⁹ SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO, Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na América latina**. Disponível em: <
<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.

conteúdo da norma posta ao caso concreto deve ser claro, os fundamentos importam²⁰. A partir da fundamentação exposta é possível a discussão racional sobre os termos da decisão.

Conforme expõe Roberto Freitas Filho, abordando normas semanticamente abertas e fechadas:

As normas abertas, por sua vez, demandam que o aplicador faça um esforço hermenêutico adicional e relação às primeiras (normas fechadas): a aproximação valorativa ou seja, uma avaliação prévia do caso concreto cotejado à previsão normativa para que, considerada a situação fática específica, se possa determinar, na *ratio decidendi*, a regra a ser aplicada²¹.

Essa aplicabilidade de normas, imperatividade do conjunto normativo, limitará a autonomia da vontade individual que deverá observar valores constitucionais. A diferença na aplicação de normas abertas é a grande questão, dentro desse contexto se levanta a constitucionalidade excessiva²². Tal fato é constatado já que “o que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão”²³, a problemática está, portanto, na fundamentação.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA

Não se condena o processo de constitucionalização, como um todo. Todavia, o fenômeno de forma acentuada pode ter consequências controversas. Na forma política, o declínio do poder de maiorias, ante a retirada de poder do legislador ordinário. Já considerando metodologicamente, decisionismos judiciais, amparado muitas vezes por vagueza de normas constitucionais de baixa densidade²⁴. Desse modo, o Direito pode ser um campo “de práticas tão injusto quanto as demais instâncias da sociedade brasileira”.

²⁰ Idem. Ibidem.

²¹ FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 10.

²² BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 22 junho 2019.

²³ FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 29.

²⁴ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

O constitucionalismo como virtude traz o humanismo para as instituições. Nos termos de Paulo Lôbo:

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social²⁵.

O papel da constitucionalização é, portanto, decisivo e fundamental no campo evolutivo do Direito Privado. Contudo, constitucionalizar matérias apresenta consequências, legislações ordinárias não poderão ser moldadas de forma tão livre pelo legislador, limita-se o debate legislativo, ponto de dificuldade para um governo majoritário. Daí destaca-se o perigo do processo de constitucionalização excessiva pela via judicial, a partir do processo hermenêutico. Decisões judiciais podem ser consideradas um ataque ao próprio Estado democrático, com a invasão de áreas de atuação do Executivo ou Legislativo.

Sem enganos, não é uma defesa do formalismo jurídico, dos dogmas referentes a codificações, que trariam previsão de absolutamente tudo, devendo o julgador se limitar ao que já está exposto. Não é defender a ideia de que o limite interpretativo é o Código. Sabe-se da complexidade da realidade social, da necessidade da ductibilidade/ mobilidade do Direito, conforme teoria de Zagrebelsky, assim como que o conteúdo das normas infraconstitucionais devem respeito à Lei maior (fator de estabilização).

A interpretação do julgador é criativa, não apenas uma declaração de comandos previstos em regras. Há uma infinidade de posições possíveis no campo principiológico e de cláusulas de textura aberta. De todos os ramos do Direito, o Direito Civil e o Direito Constitucional possuem maior papel no cotidiano das vidas dos jurisdicionados. Todos os cidadãos são sujeitos de direitos e obrigações incidentes sobre a vida. A intersecção entre os ramos é natural e pode ser das mais proveitosas.

Todavia, os princípios constitucionais, como dignidade ou solidariedade, ou cláusulas gerais, não permitem ao intérprete absolutamente tudo no campo hermenêutico. É a questão do subjetivismo do juiz e da autonomia do Direito. O protagonismo judicial é claro, mas não há caminho para personalismos, decisões proferidas por sujeitos solipsistas. Decisionismos não são práticas toleráveis em Estados democráticos de Direito.

²⁵ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 22 junho 2019.

Há o primado da lei, ordenamento que não pode ser desconsiderado, as razões de decidir precisam ser expressas em obediência ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais, de forma clara e relacionada aos fatos da vida em análise. Ao mesmo tempo, a complexidade social precisa ser acompanhada pelo Direito, que não pode deixar de dar respostas, mas sem perder as especificidades do próprio sistema, razão da importância da existência de normas abertas. É possível verificar que a questão não é simples.

Observando-se a presença de regras e princípios, as regras, por exemplo, devem ter prevalência, claramente quando tenham igual hierarquia. O estabelecimento de regras pelo legislador tem o fito de diminuir o papel do interprete jurisdicional, não haveria legitimidade política para superação do texto da lei.

A liberdade do Legislativo não pode ser cerceada, afinal a legitimidade é estabelecida pelo voto. A atuação Judicial ocorre no momento de constatação de inconstitucionalidades. O primado da lei representa a observância da separação de poderes e a segurança jurídica, quanto a previsibilidade de direitos.

Na visão aqui adotada, a vinculação de particulares a direitos fundamentais é evidente. A Constituição se apresenta como norma suprema e obriga, conforme seus comandos. Só que tal fato não significa relegar o conjunto normativo ordinário, infraconstitucional. Há um espaço de mediação a ser regido por normas sem *status* constitucional. Do contrário, a Constituição seria apenas mais uma norma, a sua supremacia estaria colocada em risco sem o reconhecimento da relevância da atuação do legislador ordinário.

A constitucionalização em si não diminui o Direito Privado. O problema repousa, na verdade, em outra senda. Com a Constituição de 1988, há uma ascensão Judicial, uma preponderância. Houve um aumento de demandas por parte dos cidadãos, questões políticas e sociais transportadas para os tribunais. A tensão constitucionalismo e democracia é a chave. O controle de subjetivismos é desafiante. Dois caminhos se apresentam, conforme doutrinadores: modelos hermenêuticos para controle argumentativo e constrangimentos institucionais²⁶.

Com os constrangimentos se busca alcançar a congruência decisória com controle de recrutamento de juízes e estruturação do Judiciário para a uniformização jurisprudencial. Já a proposta hermenêutica remete a uma exposição de forma racional e

²⁶ HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. **A constitucionalização e a refundação da teoria do direito: novos dilemas.** Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33188/27057> >. Acesso em: 22 junho 2019.

fundamentada de decisões judiciais, possibilitando o controle, questão da transparência²⁷. É a busca por uma teoria da decisão. Posição que aqui se defende, vez que a partir de fundamentações se torna possível análise e debates, o controle do provimento jurisdicional que se apresenta.

Toda a argumentação caminha para uma conclusão, o campo de liberdade de indivíduos está em ordenamentos, proibições previstas em lei devem ser claras. O poder interpretativo dos julgadores deve ser limitado, garantindo as próprias liberdades²⁸. A utilização de “valores” Constitucionais pode disfarçar arbítrios inconcebíveis

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um encorajamento para a aplicação de princípios constitucionais a relações privadas, “forma de humanização do Direito Privado, que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição e com seus valores sociais”²⁹. As relações privadas não são naturalmente marcadas por harmonia e equilíbrio, razão pela qual o direito precisa assumir papel de garantia de direitos fundamentais.

A constitucionalização do Direito Privado é uma forma de proteção. Defender a normatividade do texto magno é civilizar relações de cunho privado, submetendo-as aos preceitos constitucionais, aos seus objetivos de desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária. Destaque-se princípios da dignidade humana, solidariedade social e isonomia. Ao Direito Privado é dada clara função social.

Contudo, uma das consequências da constitucionalização é a judicialização de relações políticas e sociais. Discussões sobre equilíbrio são relevantes e devem ser estimuladas, envolvendo a supremacia da constituição, o processo interpretativo dissociado de contextos fáticos, a liberdade individual, bem como o processo político majoritário³⁰.

²⁷ Idem. Ibidem. Acesso em: 22 junho 2019.

²⁸ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

³⁰ BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 21 junho 2019.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/AconstitucionalizacaoLuisRobertoBarroso.pdf>>.
- BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FREITAS FILHO. Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997,
- HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. **A constitucionalização e a refundação da teoria do direito: novos dilemas**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/qu aestio iuris/article/view/33188/27057>>.
- LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>.
- SARMENTO, Daniel. **A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>.
- SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO. Roberto. **O judiciário cordial, a violência e a corrupção na américa latina**. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 27 julho 2019.
- STRECK, Lênio Luiz. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista**. Revista Consultor Jurídico, 1º set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017->

set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 29 jun 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O IMPACTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NAS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Joe Luis de Sousa Chaves¹

SUMÁRIO. INTRODUÇÃO; 7. 1. A LAI E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS; 8. 2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS; 10. 3. OS EFEITOS DA LGPD NAS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS; 13. 4. CONCLUSÃO; 19. REFERÊNCIAS; 20.

RESUMO: O referido Artigo teve como objetivo mostrar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados no atual cenário das investigações administrativas. É possível a interpretação de que a Lei 13.709/19 não se aplica ao tratamento de dados pessoais ocorridos por ocasião das investigações administrativas. Em caso de interpretação de que essas investigações estariam alcançadas pela lei, verifica-se a necessidade de publicação prévia, no sítio eletrônico do órgão, de informações amplas e claras sobre as hipóteses de tratamento de dados, com especificação do amparo legal e dos procedimentos e práticas adotados no tratamento. Identificou-se também a inexistência de confirmação de tratamento de dados ao titular dos mesmos, quando tal situação colocar em risco as investigações administrativas em andamento.

Palavras-chave: Investigações Administrativas, tratamento de dados pessoais, Lei Geral de Proteção de Dados

THE IMPACT OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LGPD) ON ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS

ABSTRACT: The purpose of the referred Article was to show the impact of the General Data Protection Law in the current scenario of administrative investigations. It is possible to interpret that Law 13.709 / 19 does not apply to the processing of personal data that occurred during administrative investigations. In the event of an interpretation that these investigations would be achieved by law, there is a need for prior publication, on the agency's website, of ample and clear information on the hypotheses of data processing, with specification of the legal protection and procedures and practices adopted in the treatment. It was also identified that there was no confirmation of data processing to the data subject, when this situation jeopardizes the ongoing administrative investigations.

Key words: Administrative Investigations, processing of personal data, General Data Protection Law

¹ Bacharel em Direito e Tecnólogo em Informática, Especialista em LLM Controle e Combate a Corrupção e em Direito Processo Civil. link para Lattes <http://lattes.cnpq.br/1216161925634001>, jrochaves@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já o Código Civil, em seu artigo 21, esclarece que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

As citações supramencionadas demonstram a preocupação do legislador pátrio em defender a intimidade, a vida privada e por consequência a honra e a imagem das pessoas. Fruto dessa preocupação, em 2018 foi editada a Lei 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), “que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público, tendo como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

De acordo com PECK (2018), “para atingir níveis satisfatórios e adequados às normas que tratam do tema em questão, é necessário cumprir uma jornada de compliance em Privacidade e Proteção de Dados e investir em três pilares: soluções tecnológicas, revisão de contratos e procedimentos e capacitação da equipe. A autora afirma ainda, que a partir deste diagnóstico devem ser verificadas as soluções técnicas e administrativas que garantam a proteção dos dados pessoais, tanto em nível de controle e gestão como quanto às regras de governança (documentação)”.

A nova lei dedica todo o capítulo IV “ao tratamento de dados pessoais pelo setor público”, ressaltando a importância do tema neste âmbito, visto que a administração pública é custodiante de muitos dados pessoais dos cidadãos e sua proteção ou tratamento de dados de maneira equivocada pode trazer sérios prejuízos à intimidade e à vida privada das pessoas.

Vale ressaltar que a administração pública atua em muitas frentes, dentre elas a luta contra a corrupção, sendo que nesse mister os órgãos de defesa do Estado realizam o tratamento de uma grande massa de dados, incluindo-se aí dados pessoais de toda natureza.

Como é de conhecimento geral, órgãos como a Controladoria-Geral da União – CGU(2015), “atuam em investigações administrativas em casos de fraude e corrupção. Muitos desses trabalhos investigativos são conduzidos em conjunto com outros órgãos de defesa do Estado, como a Polícia

Federal e o Ministério Público”. Uma rápida visualização no site da Controladoria evidencia que entre 2003 e 2020 foram deflagradas cerca de 480 Operações Especiais, que são investigações conjuntas entre a CGU e demais órgãos de defesa do Estado.

Conforme ROSÁRIO (2015), “a definição de investigação conjunta é quando dois ou mais órgãos, de natureza administrativa ou judicial, de um mesmo país, sem uma relação hierárquica entre eles, atuam conjuntamente para investigar atos de fraude e corrupção contra a Administração Pública, com o objetivo de produzir provas que possam ser utilizadas nas esferas administrativas, cíveis e criminais, e cujos processos sejam conduzidos sob sigilo de justiça e/ou englobam informações sigilosas”.

Assim sendo, o presente trabalho tem por objetivo identificar as consequências da novel Lei Geral de Proteção de Dados nas investigações administrativas de casos de fraude e corrupção. O presente trabalho será dividido em capítulos: O primeiro capítulo abordará o tratamento de dados pessoais na Lei de Acesso à Informação; O segundo capítulo tratará da Lei Geral de Proteção de Dados e seus aspectos gerais; e o terceiro capítulo abordará os efeitos da LGPD nas investigações administrativas.

1 A LAI E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Todo e qualquer cidadão brasileiro tem direito ao acesso às informações produzidas ou custodiadas nos órgãos públicos, conforme previsto na lei de 12.527/2011. Um dos princípios da LAI é que a transparência dos dados públicos é a regra, sendo a negação de acesso a exceção.

Dentre as exceções estão aquelas informações previstas no art. 4º da referida norma legal, que prescreve que informação sigilosa “ é aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do estado, e que informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

Devido ao acima exposto, vale a pena trazer a tona o inciso III do art.6º da LAI(2020), que esclarece “que cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso”.

Ou seja, A lei 12.527, em que pese trazer a transparência das informações públicas como a regra geral a ser seguida, prevê casos em que essa informação deverá ser protegida além de não ser fornecida, temporária ou permanentemente, aos cidadãos em geral.

Quanto ao tratamento de dados pessoais, o art.31 da LAI prescreve “que o tratamento dessas informações deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”. O mesmo artigo prescreve ainda que os dados pessoais terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem, só podendo ser autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

Como observado acima, a lei 12.527 prevê que dados pessoais poderão ser divulgados ou acessados por terceiros diante de previsão legal ou consentimento do titular dos dados. Vale trazer ao debate, que a própria LAI traz exceções sobre a necessidade de consentimento do titular para acesso dos dados por terceiros conforme descrito a seguir : i. prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; ii. realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em

lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; iii. cumprimento de ordem judicial; iv. defesa de direitos humanos; ou v. proteção do interesse público e geral preponderante.

A lei também esclarece que a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados foi editada com o intuito de dispor sobre tratamento de dados pessoais por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para compreensão ampla da norma, é importante ressaltar seus fundamentos, prescritos no Art. 2º da lei LGPD(2020), conforme descrito a seguir: “o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

A lei também prevê que o tratamento de dados pessoais deverá observar a boa fé e os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.

A LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - que a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; e III - os dados

pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. A LGPD considera coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta.

Em que pese a LGPD se aplicar a qualquer pessoa pública ou privada que realize tratamento de dados, a própria lei tratou de especificar os casos não abrangidos pela norma legal, sendo eles:

i. tratamento realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; ii. tratamento realizado para fins exclusivamente jornalístico e artísticos, ou acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; iii. tratamento realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais, e iv. tratamentos provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Apesar da LGPD não alcançar o tratamento de dados realizados exclusivamente para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais, ela previu a edição de lei específica sobre o assunto, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD. Além do acima exposto, o novo dispositivo legal vedou o tratamento dos dados supramencionados por pessoa de direito privado, exceção feita aos casos em que o procedimento seja realizado sob a tutela de uma pessoa jurídica de direito público, com a obrigatoriedade de confecção de informe específico à autoridade nacional de proteção de dados.

Ainda sobre os detalhes atinentes aos casos previstos o inciso III do Art. 4º da Lei 13.709/18, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados solicitará relatório de impacto de proteção de dados pessoais às autoridades responsáveis pelo tratamento.

É importante evidenciar que a regra geral adotada na recente norma legal é de que o titular dos dados deve ter acesso ao tratamento realizado com seus próprios dados por pessoas de direito público e de direito privado. O Art. 18 da LGPD esclarece que o titular dos dados pessoais tem direito a obter do

controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição a confirmação da existência de tratamento, o acesso aos dados, a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, a anonimização, a portabilidade, a eliminação, a informação acerca de entidades públicas e privadas com os quais o controlador realizou uso compartilhado de dados, a informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e as consequências da negativa, e a revogação do consentimento.

O Art. 7º da lei estabelece que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser utilizado nas hipóteses descritas a seguir: “ i. fornecimento de consentimento do titular; ii. cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; iii. pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em lei e regulamento, ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; iv. para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; v. quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; vi. para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (nos termos da Lei 9.307/96); vii. para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; viii. para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ix. quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou x. para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”.

Vale ressaltar ainda que o capítulo IV da LGPD foi destinado exclusivamente ao tratamento de dados pessoais pelo poder público, sendo que o Art. 23 esclarece que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir atribuições legais do serviço público. A lei também estabelece que apesar das diretrizes supramencionadas, o Poder Público deverá informar as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam tratamento de dados pessoais, disponibilizando informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, o procedimento e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades em veículos de fácil acesso (preferencialmente em seus sítios eletrônicos).

Importante destacar ainda, conforme Art. 26 da LGPD, “que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados na Lei 13.709/18”.

Importante salientar também, que a autoridade nacional poderá solicitar, a qualquer momento, aos órgãos e às entidades do poder público a realização de operações de tratamento de dados pessoais, informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei.

De acordo com o site do Conselho Nacional de Controle Interno(CONACI-2020), “apesar da necessidade de regulamentação de vários dispositivos para a implementação das regras de conformidade da LGPD no setor público, é certo que a administração pública necessitará investir em três pilares: Tecnologia, para instituir uma política forte de segurança em TI, com atenção ainda maior para que as aplicações que tratam com dados pessoais estejam seguras desde a concepção; Processos, mapeando-os para entender todo o fluxo do tratamento de dados e identificar os riscos inerentes ao tratamento; e Pessoas, capacitando-as e conscientizando-as da importância em estar e permanecer em conformidade com a lei”.

3- OS EFEITOS DA LGPD NAS INVESTIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Após uma breve visualização sobre os aspectos da Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de dados, cabe neste capítulo trazermos a definição de investigações administrativas e tentar evidenciar, a partir do conhecimento das Leis supramencionadas, como a Lei 13.709/18 pode implicar nas investigações de caráter administrativo em andamento no Governo Federal.

Entende-se por investigação administrativa para fins do presente trabalho, toda a investigação administrativa realizada pelos órgãos da administração pública, bem como as Investigações preliminares que precedem os Processos Administrativos Disciplinares e de Responsabilização (PAD e PAR), em andamento nas corregedorias ou órgão equivalente, que tenha por objetivo a obtenção ou a confirmação

de fatos, oriundos de procedimentos de tratamento de informações ou denúncias, e que sua realização independa de autorização judicial específica.

Atualmente não existe uma regra específica que amarre essas investigações. Podemos encontrar algo em relação às investigações preliminares dos processos de PAD e PAR em normativos infralegais. Por exemplo, em relação ao PAR previsto na lei 12.846/2013(2020), o Decreto 8420/15, que regulamentou a mencionada Lei, “previu que a autoridade competente para instauração do PAR, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá pela abertura de investigação preliminar, pela instauração do PAR ou pelo arquivamento da matéria”.

O Decreto traz ainda que a investigação preliminar (IP) mencionada terá caráter sigiloso e não punitivo, além de ser destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal. O decreto regulamentador trouxe também que a IP será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos, e que seu prazo de conclusão não excederá o prazo de sessenta dias, podendo ser prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.

Após a apresentação do conceito de investigação administrativa no presente capítulo, cabe, com base na análise da Lei Geral de Proteção de Dados, identificar os possíveis efeitos da referida Lei nos investigações de caráter administrativo em andamento na administração pública. O primeiro ponto a ser discutido é se essas investigações estão alcançadas pela LGPD.

Vale inicialmente replicar a letra “d”, do inciso III do Art. 4º da LGPD:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

III - realizado para fins exclusivos de:

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

A forma como está escrito a letra “d” supramencionada nos leva a interpretar que não se aplica a LGPD nos casos de tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais. Bem, a conjunção aditiva “e” expressa ideia de soma, de adição, e deixa claro que estarão fora da lei os tratamentos de dados pessoais de dois casos distintos: 1. Atividades de investigação; e 2. Repressão de infrações penais. Assim sendo, pode-se depreender que

qualquer atividade de investigação, seja ela administrativa ou penal, não estariam abarcadas pela Lei 13.709/18.

Em que pese o acima exposto, como já evidenciado no capítulo anterior, a lei traz uma situação interessante. Ao mesmo tempo que afirma que todos os casos previstos no Art. 4º não serão alcançados pela lei, ela determina que seja editada lei específica sobre o assunto, além de prever que poderá ser solicitado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), relatório de impacto de dados pessoais às autoridades responsáveis pelo tratamento.

Assim sendo, uma lei a ser editada deve tratar do assunto em tela. Conforme verificado na mídia recentemente, o Presidente da Câmara, MAIA(2020) “recebeu de um grupo de juristas, um anteprojeto de lei para proteção de dados em investigações criminais e na área de segurança pública. Este texto ainda será muito debatido, porém, levando-se em consideração a visão de que a letra”d”, do inciso III, do Art. 4º, da LGPD abrange as investigações administrativas, é esperado que estas sejam tratadas mais de acordo com essa nova lei do que com a recente lei 13.709/18.

O segundo ponto a ser discutido é, caso se considere que as investigações administrativas estão submetidas a LGPD, como as novas regras podem impactar esta importante atividade desempenhada por diversos órgãos públicos, e em especial os órgãos de defesa do Estado, como a Controladoria-Geral da União”.

Bem, vale inicialmente ressaltar que o Art. 7º da LGPD estabelece que os dados pessoais somente poderão ser utilizados em 10 hipóteses, sendo uma delas o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador. Senão vejamos, a CGU tem como obrigação prevista na Lei 13.844/19, a adoção de providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

Por óbvio, ANTICORRUPÇÃO(2020), "para a consecução das atividades relacionadas a defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção, o órgão utiliza-se de dados pessoais em suas investigações, e assim sendo, poderia realizar o tratamento dos dados independentemente de consentimento do titular dos dados, situação análoga a existente atualmente”.

A LGPD também amarra em seu Art. 23, “que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na

persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir atribuições legais do serviço público. Assim sendo, torna-se óbvio que a atribuição de realizar investigações administrativas com finalidade de identificar a ocorrência de ilícitos e irregularidades na administração pública também atende ao previsto neste dispositivo da norma legal”.

Porém, é importante ressaltar que o Poder Público deverá informar as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam tratamento de dados pessoais, disponibilizando informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, o procedimento e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades em veículos de fácil acesso (preferencialmente em seus sítios eletrônicos).

Dessa forma recomenda-se que a administração pública, em cumprimento ao inciso I do Art. 23 da LGPD, dê publicidade ampla aos titulares de dados que as investigações administrativas são uma das hipóteses de tratamento de dados pessoais. Essa informação, em conformidade com a lei, deverá estar exposta no sítio eletrônico dos órgãos, com a devida explicação acerca do amparo legal, do procedimento e das práticas adotadas.

Resta claro, que as informações referentes ao procedimento realizado e as práticas adotadas deverá ser explicitada de maneira geral, não sendo necessária a disponibilização de técnicas de investigação que venham a fragilizar o combate aos ilícitos e irregularidades no âmbito público. Vale ressaltar que a Autoridade Nacional de Proteção de dados poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento.

É importante trazer a discussão ainda, o Art. 18 da Lei 13.709/18, que esclarece que “o titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição, a confirmação da existência de tratamento e a informação acerca de entidades públicas e privadas com os quais o controlador realizou uso compartilhado de dados, dentre outras”.

Vale salientar que a lei explora o direito do titular de dados obter do controlador a confirmação da existência de tratamento, restando aí a seguinte questão: É obrigatório à administração pública, por ocasião da realização de uma investigação preliminar ou de uma investigação administrativa qualquer, em que ocorra a devida requisição da informação da existência de tratamento de dados pelo titular, informar ao solicitante a existência do tratamento?

Para responder ao questionamento acima, é importante responder a outros questionamentos:

1. Existe obrigatoriedade legal de se detalhar o tratamento de dados realizado?

2. A informação acerca do tratamento de dados realizado na investigação colocaria a mesma em risco?

Respondendo a primeira questão e revisitando a lei em seu capítulo III, que trata dos direitos do titular dos dados, resta observado que o titular dos dados tem o direito de obter do controlador a confirmação da existência de tratamento de seus próprios dados. Porém, conforme o inciso I do Art. 23 já anteriormente mencionado, essas informações deverão estar disponíveis preferencialmente no sítio eletrônico dos órgãos, especificando o procedimento e as práticas realizadas.

Inicialmente, realizando uma análise simples do inciso I do Art. 23 pode-se depreender que a publicação prévia das hipóteses de tratamento com a especificação do procedimento e das práticas realizadas pode ser feita de maneira generalizada, e não individualizada, visto que essa publicação pode ser operacionalizada a partir de um levantamento detalhado dos tratamentos realizados pelos órgãos públicos.

Porém, a leitura do Art. 19 da lei estabelece que “a confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular, em formato simplificado, imediatamente, ou por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial. Estabelece ainda que as informações deverão ser fornecidas no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular”.

Analisando o previsto no Art. 19, uma simples resposta imediata para o titular dos dados afirmando a existência de tratamento de dados sem a especificação da finalidade daria cumprimento a lei. Porém existe uma segunda opção, que é a declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro e os critérios utilizados, além da finalidade do tratamento. Nesse caso verifica-se que é possível interpretarmos que a LGPD criou uma obrigatoriedade do detalhamento do tratamento com as informações já especificadas. Esse detalhamento, salvo outro juízo, pode ser sustentado pela publicação prevista no inciso I do Art. 23 da LGPD, não sendo necessário aos órgãos públicos a informação individualizada a cada tratamento realizado.

Outro ponto que corrobora o acima exposto é a parte final do Art. 19, que faz a ressalva de que todas as informações fornecidas na citada declaração clara e completa deve observar os segredos comercial e industrial, deixando uma percepção de que o referido artigo refere-se mais ao tratamento de dados realizado por pessoas de direito privado do que aquele realizado pelas pessoas de direito público.

Respondendo o segundo questionamento que trata sobre a possibilidade da informação acerca da existência de tratamento de dados colocar em risco a investigação em andamento, vale a pena ressaltar a Diretiva EU 2016/80 do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da proteção das pessoas singulares para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados.

Como regra geral a diretriz enfatiza que os titulares de dados pessoais devem ter acesso aos seus dados que estejam sob o poder da entidade ou órgão público. No entanto, quando existir uma investigação em curso, o fornecimento de dados a seu titular a respeito dessa investigação pode acabar prejudicando ou até mesmo inviabilizando o processo investigatório. Nesse caso, o Art. 20, I, a, da regulação 45/2001 permite que a regra geral do obrigatoriedade de concessão de informações ao titular seja flexibilizada.

A Autoridade Europeia de Proteção de dados também emitiu, em 18/11/16, diretrizes sobre a interpretação de normas referentes ao processamento de informações pessoais em inquéritos administrativos e procedimentos disciplinares. As diretrizes esclarecem que as informações pessoais tratadas em investigações administrativas são sensíveis, e por isso devem ser utilizadas com parâmetros normativos estabelecidos de maneira previa, clara específica.

Dessa maneira, conforme as diretrizes supramencionadas, é preciso haver uma espécie de princípio da anterioridade, legalidade e especificidade com relação à possibilidade de coleta de dados para fins de investigação administrativa disciplinar. Ou seja, é necessária a existência de um normativo que estipule as possibilidades e as regras para utilização desses dados anteriormente a sua utilização.

Por óbvio, esse normativo prévio só poderá existir depois de uma lei que especifique as diretrizes gerais de tratamento de dados em casos de investigação, conforme previsto no § 1º, do Art. 4º da LGPD. Assim sendo, respondendo a segunda questão e fazendo um paralelismo com as interpretações do

assunto no âmbito da União Europeia, é possível sim que o fornecimento da informação acerca da existência de tratamento de dados ao seu titular coloque em risco investigações em andamento.

Com base na resposta aos dois questionamentos realizados anteriormente, tem-se agora a condição de responder a primeira grande pergunta: É obrigatório à administração pública, por ocasião da realização de uma investigação preliminar ou de uma investigação administrativa qualquer, em que ocorra a devida requisição da informação da existência de tratamento de dados pelo titular, informar ao solicitante a existência do tratamento?

Respondendo ao questionamento e conforme os pontos tratados anteriormente, a resposta é não, ou seja, a interpretação da LGPD em consonância com as diretrizes da União Europeia nos permite afirmar que não é obrigatório o fornecimento de informações de tratamento de dados ao titular dos mesmos, quando essa informação colocar em risco as investigações em andamento.

Vale ressaltar que essa conclusão não se confunde com a análise a ser realizada por ocasião da solicitação de informações acerca de tratamento de dados ocorridos por ocasião de processos de responsabilização administrativa que possam ser eventualmente deflagrados a partir de uma investigação administrativa. Isso se justifica, porque nos casos em que o titular dos dados estiver solicitando as informações de tratamento, essas serão fornecidas com base no direito do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo mostrar o impacto da nova Lei Geral de Proteção de Dados no atual cenário das investigações administrativas. Observa-se inicialmente a possibilidade de interpretação da letra “d”, do inciso III do Art. 4º da LGPD de duas maneiras distintas: 1. As investigações administrativas não estariam alcançadas pela LGPD; 2. As investigações administrativas estariam alcançadas pela LGPD.

Na primeira hipótese restaria aguardar a edição da LGPD penal, que deverá tratar das excepcionalidades do inciso III do Art. 4º para melhor debate sobre o assunto. De qualquer maneira, ressalta-se a previsão imediata de que as autoridades competentes estejam em condições de emitir

relatório de impacto de dados pessoais, quando solicitado pela Autoridade Nacional de Proteção de dados.

Na segunda hipótese, ou seja, do entendimento de que o tratamento de informações pessoais está alcançado pela lei 13.709/18, restou verificado que os órgãos públicos estão autorizados a realizar tratamento de dados pessoais para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, conforme Art. 7º da LGPD.

Verificou-se ainda, conforme interpretação do previsto no inciso I do Art. 23 da LGPD, que os órgãos públicos deverão publicizar em seu sítio eletrônico informações sobre as hipóteses de tratamento de dados, deixando claro o amparo legal, os procedimentos e as práticas adotadas, estando essas informações passíveis de substituir a necessidade de declaração clara e completa prevista no Art. 19 da LGPD.

Por último, restou verificado também que é possível negar ao titular dos dados informação acerca da existência de tratamento realizado por pessoa de direito público. Tal negativa somente poderá ocorrer quando a confirmação do tratamento colocar em risco as investigações administrativas em andamento.

REFERÊNCIAS

PECK, Patricia . "**LGPD e evidências das mensagens eletrônicas**", janeiro 2020.

PECK, Patricia . " **Proteção de Dados Pessoais, comentários à lei nº 13.709/2018 Lgpd, 1ª Edição**", 2018.

LGPD,2020. Disponível em Planalto.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm> Acesso em 15. Maio.2020.

LAI,2020.Disponível em Planalto.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em 05. Junho.2020

CGU, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br>>. Acesso em 15. Maio 2020.

CONACI,2020.Disponível em: <<https://www.conaci.org.br/artigos/lgpd-e-os-impactos-na-administracao-publica>> Acesso em 10. Julho 2020.

CORDEIRO,Nefi e MAIA, Rodrigo. Disponivel em <<https://www.camara.leg.br/noticias/705293-rodrigo-maia-recebe-anteprojeto-para-controle-de-dados-de-investigacoes-criminais>> . Acesso em 08 .Novembro 2020.

LEIANTICORRUPÇÃO,2020.DisponívelemPlanalto.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> . Acesso em 18.julho 2020.

LGPD, 2019. Disponível em <<http://www.conaci.org.br/artigos/lgpd-e-os-impactos-na-administracao-publica>>, Acesso em 10, Maio 2020.

ANTICORRUPÇÃO,2020.Disponívelem<<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/protecao-de-dados-pessoais-e-anticorrupcao-o-papel-do-denunciante/>>, Acesso em 22, Agosto

2020.LGPD E O SETOR PÚBLICO, "**Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Setor Público**",
Novembro 2019.]

20

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, 2020. Disponível em <
<https://transparenciainternacional.org.br/>>, Acesso em 10, Outubro 2020.

LGPD, 2020. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/43488/lgpd-cinco-documentos-essenciais/>>. Acesso em 20, outubro 2020.

A (DES)VALORIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA SOB A ÓTICA DO CRIME DE *REVENGE PORN*

Bruna Ramos Freitas

SUMÁRIO: Introdução; 1. A mulher e a violência de gênero oriunda do sistema patriarcal no Brasil; 1.1. Violência na Lei Maria da Penha (salvaguarda da integridade psicológica da mulher e sua importância); 2. *Revenge porn* como forma de violência de gênero e psicológica contra a mulher; 2.1 A (des)valorização da violência psicológica na ótica delito de *revenge porn*. 3. Legislação atual. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Com o intuito de reforçar e atribuir mais credibilidade aos delitos cibernéticos, a Lei nº 13.718/2018 inovou ao tipificar no Código Penal o delito de vingança pornográfica no rol dos crimes contra a dignidade sexual. A partir disso, o presente estudo visa averiguar em que medida há uma desvalorização da violência psicológica sob a ótica do crime de *revenge porn*. Utilizou-se como justificativa para a inquirição a violência de gênero oriunda do sistema patriarcal e a Lei nº 11.340/2006 como salvaguarda da integridade psicológica.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Vingança pornográfica. Violência psicológica. Desvalorização.

THE DEVALUATION OF PSYCHOLOGICAL VIOLENCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE CRIME OF REVENGE PORN

ABSTRACT

In order to reinforce and enhance the credibility of cybercrimes, the Law No. 13.718/2018 introduced a new approach by making the offence of pornographic revenge a criminal offence in the criminal code. From this perspective, the present study aims to determine the level of devaluation of psychological violence from the point of view of the crime of revenge porn. The gender-based violence resulted from the patriarchal system and law No. 11.340/2006 as a safeguard of psychological integrity were used as an argument for this present study.

Keywords: Maria da Penha Act. Revenge porn. Psychological violence. Devaluation.

1 INTRODUÇÃO

Um novo código de conduta foi imposto para a sociedade com o avanço da tecnologia. Este código diz que o desenvolvimento da internet no mundo pode abalar a moral da sociedade, visto que a internet é uma ferramenta de grande utilidade nos dias atuais.

Sendo assim, conservar a imagem e a honra objetiva significa percorrer um caminho hostil na comunidade, pois a velocidade de informações está muito maior, e a consequência disso é o aniquilamento de uma reputação, que vinha sendo construída durante anos, deixando-nos mais vulneráveis.

A máquina de triturar reputações – Internet – é a armadilha moderna do século XXI, ditando a forma como vemos e como seremos vistos. A tecnologia evoluiu de tamanha forma que acabou proliferando escândalos, que infelizmente deixam marcas eternas.

Dessa forma, é quase impossível fazer algo na sociedade contemporânea sem deixarmos vestígios, dado que a exposição está mais presente do que nunca, e tal fato acarreta impactos concretos.

Diante disso, faz-se necessário que haja uma legislação específica para tratar de crimes que perpassam esse meio, tendo em vista que, a cada dia que passa, os direitos de privacidade vêm sendo infringidos, contribuindo para a crescente onda de crimes cibernéticos, os quais, normalmente, expõem a privacidade e a intimidade de terceiros.

No meio cibernético surgiu a pornografia de vingança, um delito da modernidade que atinge milhares de pessoas por conta do grande alcance das redes sociais, sendo uma delinquência com grande repercussão social. Em relação a isso, esse crime tornou-se comum por conta da impunidade dos agressores, que por muito tempo foi facilitada pela falta de uma legislação adequada e eficaz, que fez com que a conduta de vingança pornográfica fosse tratada e enquadrada em diversos tipos penais que não abrangiam por completo a seriedade da situação.

Diante da situação, foi promulgada a Lei nº 13.718/2018, que tipificou o delito de “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” no art. 218-C, § 1º, do Código Penal no rol dos crimes contra a dignidade sexual, criminalizando a conduta de vingança pornográfica, que ocorre quando há a quebra de laços

nos relacionamentos os quais uma das partes busca atingir a outra – principalmente a mulher – ao divulgar fotos e vídeos que foram trocados em um momento íntimo do casal.

A partir disso, o presente artigo tem o intuito de demonstrar a gravidade que o crime de *revenge porn* causa no psicológico das vítimas, sendo necessário que haja um aprofundamento das discussões a respeito desse crime, pois evidencia-se que a violência psicológica não é considerada tão grave como os crimes que culminam na violência física e sexual.

Assim, *prima facie*, partindo de *standpoints* específicos, pretende-se demonstrar que ambas as modalidades de violências deveriam ser vistas sob a mesma hierarquia, já que há a necessidade de atentar-se e aprofundar-se nesses crimes com violência psicológica que geram danos permanentes e graves, possuindo, talvez, o mesmo potencial de lesividade e gravidade dos delitos praticados com as demais formas de violência.

O primeiro capítulo deste estudo pretende discorrer sobre a violência de gênero oriunda do sistema patriarcal que recai sobre o sexo feminino, bem como as formas de agressão previstas na Lei nº 11.340/2006, com enfoque na incorporação da violência psicológica.

No tópico seguinte, analisar-se-á a prática do *revenge porn*, como forma de violência de gênero e psicológica, e a possível (des)valorização da referida violência.

Posteriormente, o terceiro capítulo terá como ponto de partida a análise do delito antes da Lei nº 13.718/2018, da mesma forma que se explorará a conduta do art. 218-C, § 1º, do Código Penal, segundo o RESP 1.735.712/SP - Voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi. Por fim, o último capítulo terá o propósito de concluir se a desvalorização da violência psicológica é uma das causas da *revenge porn*, já que os criminosos se sentem encorajados a cometer tal crime pela impunidade e falta de seriedade que a violência psicológica é tratada.

No presente artigo, será utilizado o método dogmático-instrumental, tendo em vista que será analisada a doutrina, a jurisprudência e a legislação relacionada à conduta do *revenge porn* e seu potencial de lesividade.

Outrossim, a técnica de pesquisa utilizada para abordar a temática será a bibliográfica documental, uma vez que o projeto baseia-se em um viés totalmente argumentativo, analisando ao final um caso concreto em que foi criada uma conduta equiparada do delito previsto no art. 218-C, § 1º, do Código Penal.

2 A MULHER E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO ORIUNDA DO SISTEMA PATRIARCAL NO BRASIL

A mulher desde os tempos mais remotos é vista como um ser frágil, submissa às vontades do seu cônjuge e servindo apenas para ser mãe (reprodutora), esposa ou filha, de forma que caso a mulher não cumprisse seu papel perante a comunidade, ela era vista como um ser do mal – bruxa.¹

A gênero feminino, por ter esse papel estereotipado e inferiorizado, distanciava-se dos delitos em razão de sua inteligência menos desenvolvida. E tal fato se dá devido à sociedade estar enraizada² em um sistema totalmente patriarcal, no qual “existe um conjunto de práticas de controle das mulheres que vão desde o seu confinamento ao espaço doméstico até seu enquadramento em algum tipo penal específico”.³

A esse respeito, Vera Regina Pereira de Andrade entende que:

O sistema penal duplica a vitimação feminina porque as mulheres são submetidas a julgamento e divididas. O sistema penal não julga igualitariamente pessoas, ele seleciona diferencialmente autores e vítimas, de acordo com sua reputação pessoal. No caso das mulheres, de acordo com sua reputação sexual.⁴

Na lição de Pimentel e Mendes, evidencia-se que o ramo do direito penal, muitas das vezes, ou até mesmo, na maioria das vezes, é aplicado de forma a reprimir mais uma vez as mulheres, levando em conta que se pauta por padrões misóginos:

A aplicação do direito penal não pode ser mais uma forma de opressão e violência sobre as mulheres, sobretudo quando interpretado de acordo com padrões misóginos, numa sociedade fortemente marcada pelas desigualdades entre homens e mulheres.⁵

¹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica). p. 22.

² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção pensamento criminológico, 15).

³ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica). p. 26.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵ PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia da Rosa. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 146, ago. 2018.

Com o mesmo viés, é possível analisar que o direito não passa ileso ao estudo dos gêneros e ao patriarcado, ou seja, que o sistema de justiça criminal e processo penal reproduzem as desigualdades de gênero que estão firmadas na cultura brasileira.⁶

Pierre Bourdieu corrobora a ideia exposta ao afirmar que a dominação do gênero masculino sobre o feminino permite a estruturação do patriarcalismo, tendo em vista que as expressões de dominante (homem) e dominado (mulher) sejam vistas como naturais, legitimando-o, assim à dominação e, conseqüentemente, à violação.⁷

Reafirmando o pensamento, na lição de Simone Beauvoir, a estrutura patriarcal social imposta não foi modificada pela evolução da condição feminina, pois o mundo que sempre pertenceu aos homens ainda é conservado, tornando natural a dominação e hierarquia entre homens e mulheres.⁸

Nessa linha, atentando para o sistema patriarcal instaurado na comunidade, foram criadas justificações para prática de crimes sexuais (na maioria das vezes) contra as mulheres. E tais bordões de legitimação, na visão de Soraia da Rosa Mendes, são: “a violação é impossível se a mulher não quer”, ou ainda, “as mulheres dizem não somente porque não querem ceder imediatamente”.⁹

Baseado na alegação do patriarcalismo, Simone Beauvoir afirma que o corpo social impõe virtudes que são fundamentais a todas as mulheres. Essas virtudes, para ela, residem na “contenção, discrição, doçura, passividade, submissão, pudor, silêncio, no sempre dizer sim, jamais não”¹⁰, e que é por essas qualidades que se amparam os mencionados bordões.

A partir da asserção, constata-se que a mulher, ao longo do tempo, vem lutando pelo seu lugar na sociedade e para que seus direitos venham a ser respeitados, e conseqüentemente

⁶MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 93.

⁷BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. *E-book*.

⁸BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. v. 2. *E-book*.

⁹MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica). p. 50.

¹⁰BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. v. 2. *E-book*.

reconhecidos por todos. Com isso, quebra-se os mais significativos estereótipos e rotulagens que lhe foram impostos.¹¹

Diante dessa vontade, o movimento feminista teve um papel de grande importância nessa luta árdua de reconhecimentos, visto que outorgou que todas as mulheres pudessem confirmar que a desigualdade, a violência de gênero e a opressão são advindas de causas sociais; do mesmo modo como veio exigir que fosse dada uma maior credibilidade para a problemática da referida violência.¹²

Nas palavras de Olga Espinoza, “esse movimento caracterizou-se também por promover uma reforma político-social da condição feminina”¹³, sendo possível afirmar que o progresso dado à luta contra a violência de gênero só foi realizável a partir da luta contínua do movimento feminista no Brasil.

Na atual perspectiva feminista, as velhas práticas de violências domésticas saíram do silêncio, de modo que a abordagem desse tema pode ser considerada como a maior contribuição que o movimento deu à sociedade brasileira e à difícil construção de seu caminho para a democracia.¹⁴

Ademais, ainda como consequência positiva desse combate, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), da Organização das Nações Unidas, de 1979¹⁵ “um dos tratados internacionais de direitos humanos mais efetivos na conquista da igualdade de oportunidades e tratamento entre mulheres e homens”¹⁶. De mais a mais, a mencionada norma é de suma importância devido ao

¹¹ SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-19, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/02.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹² BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. **Tempos e memórias: movimento feminista no Brasil**. Brasília, DF: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/TemposeMemorias_MovimentoFeministanoBrasil_2010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹³ ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 35-59, 2002.

¹⁴ MELLO, Adriana Ramos de. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁶ MELLO, Adriana Ramos de. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

fato de ter sido criado para moldar as relações de gênero e garantir o direito de reprodução das mulheres, pois, conforme já citado, as mulheres na sociedade patriarcal somente serviam para procriar.¹⁷

A Convenção de Belém do Pará de 1994¹⁸ foi mais uma das conquistas para as mulheres e foi incluída no ordenamento brasileiro pelo Decreto 1.973, de 1º de agosto, em 1996, com o intuito de reconhecer a igualdade entre homens e mulheres, além de certificar que a violência ocorre tanto na esfera doméstica quanto em qualquer outro lugar de convivência. A diretriz se insere dentro do plano das ações afirmativas buscando neutralizar a desigualdade; bem como prevendo a responsabilidade do Estado caso venha a ser negligente em prevenir, punir e erradicar a violência.¹⁹

Em 2006, surge no ordenamento jurídico outro diploma legal de grande valia para as mulheres – Lei nº 11.340/2006. A Lei Maria da Penha, na visão de Adriana Ramos de Mello, veio com o desígnio de demonstrar a magnitude da violência de gênero, dando credibilidade a esse tipo de violência, que na época não existia.

Antes da sistematização do tratamento dado às mulheres em situação de violência pela Lei Maria da Penha, não havia um sistema capaz de fornecer uma resposta punitiva aos agressores, de amparar as mulheres com uma rede de intervenção psicossocial efetiva ou de evitar as recidivas. Essa lei reforçou a abordagem feminista da criminalização e propôs, em simultâneo, um tratamento multidisciplinar, estabelecendo medidas protetivas e preventivas – além das criminais – para o enfrentamento da violência doméstica.²⁰

Dentro desse viés, cabe no presente momento ressaltar sobre os pontos positivos da introdução da Lei Maria da Penha. A violência doméstica, como sustentado anteriormente, decorre do fenômeno histórico-social, não podendo ser vista e analisada como um ato isolado e, mesmo após 14 anos de introdução no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 11.340/2006

¹⁷ CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

¹⁹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves *et al.* **Leis penais especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Elementos do Direito, 18). *E-book*.

²⁰ MELLO, Adriana Ramos de. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

ainda encontra certas dificuldades para sua completa efetividade. Todavia, grandes evoluções foram trazidas com a inovação legislativa.

Com relação às alterações durante esses anos de vigência, destaca-se o aperfeiçoamento das medidas protetivas, bem como o atendimento policial que hoje passa a ser exigido um profissional do sexo feminino para tratar sobre o referido assunto. Crimes que antigamente eram ignorados pelo sistema hoje passam a ser reconhecidos e tratados como casos de violência doméstica, como por exemplo: o delito de violação de intimidade e vingança pornográfica.²¹ Insta ressaltar que a Lei Maria da Penha foi fundamental para quebrar a naturalização da violência doméstica e familiar.

Essa lei abarcou vários tipos de formas de agressões em seu texto, e dentre o leque de modalidades de violência, encontra-se a psicológica, que antes não era tida como agressão contra a mulher e, sem dúvidas, essa inovação é uma das mais importantes nos dias atuais, tendo em vista que, a cada dia que passa, o número de casos que agredem a saúde mental e psicológica das vítimas tendem a aumentar.²²

As mulheres, por não reconhecerem a violência psicológica, ou por confundirem as agressões, sofrem em silêncio e não relatam suas experiências para a rede de proteção existente. Assim, a falta de relato, muita das vezes, faz crescer no íntimo uma ideação suicida, uma das consequências mais comuns que a violência psicológica acarreta.²³

Para termos noção do avanço hodierno da violência psicológica, o Núcleo de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (Nudem) da Defensoria Pública do Ceará entrevistou 568 mulheres, e nessa amostragem revelou-se que cerca de 97,5% das mulheres identificam a violência psicológica como a forma de expressão da violência mais recorrente.²⁴

²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Aos 13 anos, lei Maria da Penha ainda enfrenta obstáculos à plena efetividade. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7019>. Acesso em: 19 out. 2020.

²² PAIXÃO, Rosa; LUNA, Maria José. Marcas (in) visíveis da violência psicológica contra a mulher: um estudo de caso. **Revista Diálogos**, [Garanhuns], v. 2, n. 19, p. 232-265, mar./abr. 2018. Disponível em: https://www.revistadiálogos.com.br/Dialogos_19/Dial_19_Paixao_Luna.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

²³ PAIXÃO, Rosa; LUNA, Maria José. Marcas (in) visíveis da violência psicológica contra a mulher: um estudo de caso. **Revista Diálogos**, [Garanhuns], v. 2, n. 19, p. 232-265, mar./abr. 2018. Disponível em: https://www.revistadiálogos.com.br/Dialogos_19/Dial_19_Paixao_Luna.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁴ AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Violência psicológica é a mais recorrente entre as mulheres no estado, revela pesquisa NUDEM-CE. **Violência contra as Mulheres em Dados**, 2019. Disponível em:

Conclui-se que a referida lei consubstanciou as responsabilidades assumidas pelo Brasil na esfera internacional, juntamente com os preceitos impostos na Constituição Federal de 1988, que zelam pela igualdade (art. 5º, inciso I) e pela eliminação da violência no âmbito doméstico e familiar (art. 226, § 8º).

2.1 Violência na Lei Maria da Penha e proteção necessária da integridade psicológica da mulher

A origem da violência doméstica está firmada na ideia de demonstração de posse do homem em relação à mulher submissa, o que é uma concepção oriunda de uma cultura totalmente patriarcal.²⁵ Evidencia-se que a reafirmação de posse é advinda de padrões estabelecidos com características hierarquizadas e embasadas na oposição entre sujeito-objeto, razão-emoção e espírito-corpo, em que os primeiros termos correspondem às qualidades masculinas e o segundo às virtudes cabíveis à mulher.²⁶ Assim, “afirmações como “se não for minha não será de mais ninguém” indicam a objetificação da mulher”²⁷.

Nessa vertente, Maria Berenice Dias aduz que o patriarcalismo contribuiu de forma significativa para exclusão da mulher como detentora de direitos, e isso facilitou a ocorrência de violência, pois sabe-se que, ao longo do tempo, o sexo feminino sempre foi visto como um objeto que pertence ao sexo masculino. Logo, não admitir a realidade da situação é ferir o princípio da igualdade.²⁸

Diante da afirmação exposta, Soraia da Rosa Mendes entende que a agressão contra a mulher pode ser vista como demonstração de poder do mais forte (homem) sobre o mais frágil (mulher), isto é, “no caso de violência contra mulher, o objetivo fundamental não é

<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/ce-violencia-psicologica-e-mais-recorrente-entre-as-mulheres-no-estado>. Acesso em: 19 out. 2020.

²⁵ CHAUI, Marilena. **Sobre a violência**. Organização: Ericka Marie Itokazu e Luciana Chaui-Berlinck. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. (Escritos de Marilena Chaui, v. 5). *E-book*.

²⁶ ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Rio Grande do Sul, v. 1, n.1, p. 35-59, 2002.

²⁷ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

prioritariamente o de ferir, mas o de demarcar poder e autoridade”²⁹, gerando consequências que comprometem a saúde física e psíquica da vítima.

Por outro viés, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que a violência tem como suporte/base a opressão oriunda do gênero, bem como o intuito de retirar direitos que foram outorgados às mulheres, conforme cita:

A violência doméstica como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência.³⁰

Nesse dualismo, parece que a violência física é trabalhada na esfera penal com mais enfoque do que as demais modalidades, já que deixa mais vestígios, de modo que, para Renato Brasileiro de Lima, “a violência física é o emprego da força física sobre o corpo da vítima, visando causar lesão à integridade ou à saúde corporal da vítima”.³¹ Entende ainda que:

Na esfera penal, a expressão “violência” designa apenas a violência física ou corporal (*vis corporalis*), ou seja, o emprego de força física sobre o corpo da vítima. O termo “violência” não abrange, portanto, a grave ameaça (*vis compulsiva*), nem tampouco a chamada violência imprópria, que corresponder à utilização de qualquer outro meio capaz de reduzir a possibilidade de resistência por parte da vítima.³²

À vista disso, nota-se que a “violência física é a forma mais socialmente visível e identificável de violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher por gerar consequências e resultados materialmente comprováveis”³³, bem como é a forma mais clara de demonstração de poder e autoridade.

É explícita a valorização atribuída à agressão física. No entanto, essa forma de violência não se pode sobressair quando comparada com as demais, uma vez que se sabe que há um elo que conecta todas as modalidades, fazendo com que ambas tenham seu lugar de destaque, pois,

²⁹ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 134.

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. *E-book*. p. 911.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. *E-book*. p. 910.

³³ CAMPOS, Carmen Hein de (coord.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 220.

embora a violência física deixe rastros aparentes, a violência psicológica pode deixar marcas indeléveis.³⁴

Diante disso, a violência contra mulher pode ser tratada como uma questão de saúde pública, uma vez que gera consequências que comprometem tanto a saúde física, quanto a psíquica da vítima. Todavia, é incontestável a desvalorização que a violência psicológica carrega, merecendo esta modalidade uma tutela e atenção necessária do Estado e sociedade.³⁵

Nessa acepção, a violência física realizada frequentemente pode gerar enfermidades psicológicas, ou seja, “a violência física continuada, mesmo que mais sutilmente empregada (sem marcas), pode gerar transtornos psicológicos que promovem o aparecimento de enfermidades psicossomáticas e oportunistas decorrentes de baixas imunidades”.³⁶

Todavia, “nem sempre a violência contra a mulher tem início com a agressão corporal”³⁷, já que esse tipo de acometimento pode ter o seu início de demonstração com a violência psicológica e moral, ao passo que, quando evoluir para a agressão física, a vítima (mulher) já não terá mais como demonstrar sua resistência.³⁸

Em contraposição aos argumentos de supervalorização da *vis corporalis*, veio a Lei nº 11.340/2006, que se desdobrou sobre os termos de modo mais abrangente e não abarcando apenas como forma de violência a modalidade física, mas dando enfoque às demais, quais sejam: psicológica, sexual, patrimonial e moral, ou seja, elencando outras formas que também reduzem a capacidade de resistência.

No âmbito desse progresso normativo, Renato Brasileiro de Lima aduz que o diploma inova no sentido de que:

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher**: um olhar do Ministério Público brasileiro. CNMP: Brasília, DF, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁵ PINHEIRO, Rossana Barros. **Tratamento da pornografia de vingança pelo judiciário maranhense**: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018. Disponível em: <https://tede.ufma.br/jspui/bitstream/tede/2431/2/RossanaPinheiro.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

³⁶ CAMPOS, Carmen Hein de (coord.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 220.

³⁷ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

³⁸ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

[...] Utiliza a expressão “violência moral” com significado distinto daquele tradicionalmente utilizado pelo Código Penal. De fato, no âmbito do Estatuto Penal, o termo “violência moral” é utilizada pelo legislador para se referir à grave ameaça, ao passo que a Lei Maria da Penha faz uso desse termo para se referir às condutas que configurem calúnia, difamação ou injúria (art. 7º, V), optando pela expressão “violência psicológica” para se referir à qualquer espécie de ameaça perpetrada contra a mulher (art. 7º, II).³⁹

Fundamentando-se nessa evolução, a violência sexual é entendida por qualquer conduta a qual a mulher tem de testemunhar, permanecer ou participar de uma relação sexual não desejada, “agressões como essas provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento”.⁴⁰ Ademais, quando se depara com casos que contenham esse tipo de violência, a “conduta” da mulher é sempre levada em consideração, isto é, se analisa o padrão sexual estereotipado permitido pela sociedade, em outras palavras, verifica-se a mulher não fez por “merecer” tal violação.⁴¹

Importante frisar que antigamente a mulher casada era obrigada a se submeter a ter relações sexuais com seu cônjuge sob o argumento de ser um exercício regular do direito, conforme o explana Maria Berenice Dias:

A tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito. Aliás, a horrível expressão “débito conjugal” parece chancelar tal proceder, como se a mulher tivesse o dever de submeter-se ao desejo sexual do par. Felizmente a doutrina penal já evoluiu no que se refere ao tema “débito conjugal”. Houve época, no entanto, em que em decorrência desse dever inerente ao casamento, sequer se reconhecia a prática de estupro do marido com relação à mulher, sob o absurdo argumento de que se tratava do exercício regular de um direito inerente à condição de marido, por conta da relação civil entre eles. Assim, o adimplemento de tal obrigação poderia ser exigido inclusive sob violência.⁴²

No que tange ainda ao aperfeiçoamento legislativo, encontra-se a violência patrimonial e moral. A preocupação com a violência patrimonial baseia-se na ideia de que a falta de recursos

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. *E-book*. p. 910.

⁴⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

⁴¹ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 94.

⁴² DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

e autonomia financeira da mulher contribui para sua submissão, deixando-a mais vulnerável e impedindo sua capacidade de resistência.⁴³ A citada modalidade pode ser entendida por “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”.⁴⁴

Ao passo que a violência moral é compreendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, ela é uma das formas mais comuns de demonstração de poder e dominação sobre a mulher, pois palavras mal ditas minam a autoestima da mulher, expondo-a perante terceiros. Todavia, apesar de serem notáveis os efeitos deletérios que a violência moral acarreta à mulher, a legislação continua ineficaz, uma vez que, na maioria dos casos, deixam os agressores impunes. Diante disso, evidencia-se o elo que a agressão moral possui com a psicológica.⁴⁵

Em virtude de tal contexto, vê-se que a Lei Maria da Penha foi uma importante conquista para a saúde mental da vítima, uma vez que inovou ao apresentar e elencar outras modalidades de violência, como a psicológica.

Na lição de Maria Berenice Dias, a agressão psicológica está intrinsecamente ligada às demais modalidades, sendo assentada no impedimento da mulher de exercer sua liberdade, conforme cita:

A violência psicológica está necessariamente relacionada a todas as demais modalidades de violência doméstica. Sua justificativa encontra-se alicerçada na negativa ou impedimento à mulher de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor.⁴⁶

⁴³ BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção saberes monográficos). *E-book*.

⁴⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

⁴⁵ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

Em contrapartida, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que a violência psicológica é embasada na agressão emocional (tão ou mais grave que a física).⁴⁷ A par disso, verifica-se que a violência psicológica normalmente não é reconhecida pelas vítimas de imediato, pois leva mais tempo para ser detectada. Além disso, ela não afeta somente as vítimas, mas todos aqueles que a presenciam.⁴⁸

A violência psicológica, portanto, marca o início do processo de dominação masculina e controle sobre as mulheres e, nesse pensamento, Valéria Diez Scarance Fernandes conclui que a agressão, muita das vezes, começa com sinais de zelo.

Essa forma de violência manifesta-se muitas vezes de modo sutil, com pequenos gestos e atitudes de “cuidado”, iniciando-se um processo de controle pelo homem da mulher, que não identifica a situação de violência. Pequenas atitudes como “orientar” a vítima quanto aos seus gestos, modo de falar, roupas, amigos, contato com a família e horário parecem uma atenção especial por parte do homem, mas evoluem gradativamente para uma situação em que o agente domina a vida da vítima. A seguir, há o rebaixamento moral – em casa ou publicamente – com palavras vulgares e se inicia o processo de culpabilização da vítima.⁴⁹

Em ato contínuo, a violência psicológica pode ser tida como oculta, dito que é silenciosa tanto no âmbito da agressão, quanto no campo dos seus efeitos colaterais, ao agressor não somente abalar a autoestima, mas prejudicar o desenvolvimento da vítima à medida que “há a inversão da culpa, o agressor faz a vítima crer que ela é responsável e essa inversão marca a dominação psicológica que o homem estabelece prevalecendo-se dos papéis definidos socialmente”.⁵⁰

Como nas demais formas de agressão, a violência psicológica possui alguns comportamentos (sinais) típicos que deixam evidentes a intenção do agente. Esses são: “quando

⁴⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

⁴⁸ SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴⁹ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

⁵⁰ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a *vis compulsiva*".⁵¹

Nessa rotina, "para as mulheres, o pior da violência psicológica não é a violência em si, mas a tortura mental e convivência com o medo e terror"⁵². Logo, a agressão emocional deve ser analisada sob a ótica de um grave problema de saúde pública e, por conseguinte, "merece espaço de discussão, ampliação da prevenção e criação de políticas públicas específicas para o seu enfrentamento".⁵³

Legitimando o que fora mencionado, uma pesquisa realizada pelo Data Senado traz uma amostra representativa das formas de violência que recaem sobre população feminina no Brasil. Os dados compilados e analisados pelo Instituto de Pesquisa Data Senado demonstram o aumento significativo das agressões, bem como o crescimento da violência psicológica.

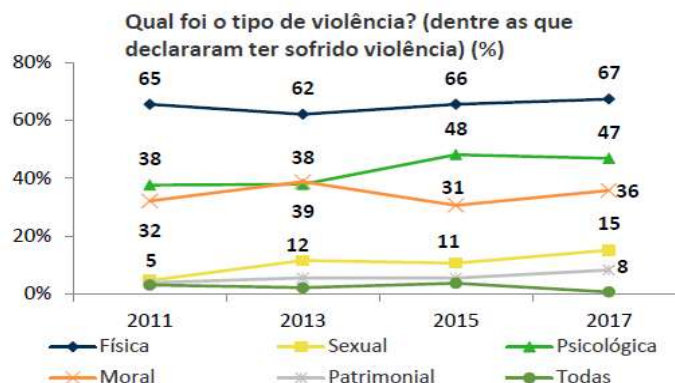
No relatório de pesquisa de 2017 constatou-se que a violência psicológica representou 47% dos casos de violência, ficando atrás somente da violência física. Infere-se ainda do Gráfico 1 que o resultado de 2017 quase não se alterou quando comparado com a estatística de 2015. Contudo, verificou-se um aumento significativo da agressão psicológica quando comparada com percentual de 2011 e 2013.

⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada** artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

⁵² SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁵³ SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

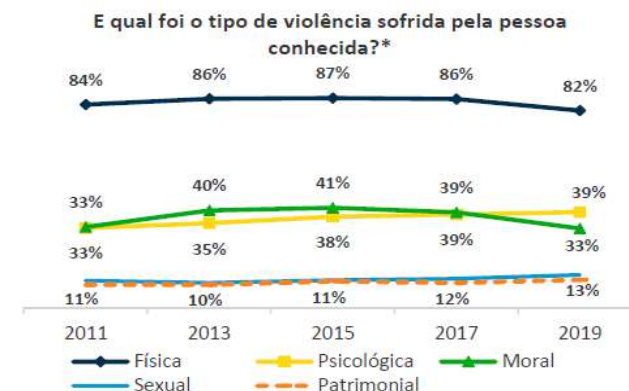
Gráfico 1 – Percentual de violência em 2017



Fonte: Data Senado, 2017⁵⁴

Em 2019, o Instituto de Pesquisa Data Senado realizou mais um estudo estatístico sobre o percentual de violências. Nessa análise a instituição entrevistou 2.400 mulheres de todas as unidades federativas. Averigua-se do Gráfico 2 que de 2017 a 2019 houve uma diminuição da agressão psicológica. Entretanto, ela continua sendo uma modalidade que causa resultados alarmantes e preocupantes na população. Com a criação de novos tipos penais, os efeitos danosos passam despercebidos e consequentemente, a agressão não é denunciada.

Gráfico 2 – Percentual de violência em 2019



*Questão de múltipla escolha respondida por quem afirmou conhecer alguma mulher que já sofreu algum tipo de violência doméstica e familiar.

Fonte: Data Senado, 2019⁵⁵

⁵⁴ SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa DataSenado: junho/2017.** Brasília, DF: Instituto de Pesquisa DataSenado, jun. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 14 set. 2020

⁵⁵ SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa DataSenado: dezembro/2019.** Instituto de Pesquisa Data Senado, 2019. Disponível em:

Fica perceptível que o legislador começou tanto a analisar, como tratar com mais seriedade e sem escala hierárquica as demais formas de violência que atingem as mulheres na sociedade patriarcal, principalmente, no que tange a agressão psicológica. Esta vem se tornando a violência mais contínua e talvez seja a menos denunciada nos dias atuais, dado que, “a vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e deve ser denunciada”.⁵⁶

Perante o cenário apresentado, faz-se necessária a análise do crime de *revenge porn* no contexto brasileiro e seus eventuais desdobramentos, tendo em vista os aumentos vertiginosos dos números de casos, e em especial, suas tipificações legais e potencialidades lesivas no âmbito dos crimes de violência contra a mulher.

3 REVENGE PORN COMO FORMA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

Na sociedade patriarcal é impossível “encarar a mulher unicamente como força produtora; ela é para o homem uma parceira sexual, uma reprodutora, um objeto erótico”⁵⁷, que serve apenas para aceitar o seu destino biológico, o que reforça a normalidade da agressão.

A sexualidade feminina é julgada como algo subalterno, como desprezível em razão do quadro de dominação masculina enraizado na sociedade. Este ponto de vista parece justificar, apoiar, estimular e normalizar a violência de gênero.⁵⁸

Nessa seara, a violência é vista como uma causa preocupante da discriminação de gênero, bem como um elemento primordial do sistema de dominação. Nesse tipo de controle, o agressor dissimula a situação para conservar o seu poder sobre as mulheres e para preservar o comportamento de submissão atribuído às vítimas. O modo como é analisada a agressão se

<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-contr-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1>. Acesso em: 14 set. 2020.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

⁵⁷ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. v. 2. *E-book*.

⁵⁸ RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 151, p. 417-456, jan. 2019.

dá em virtude do pertencimento das mulheres à classe de gênero que lhe são remetidas pelo fato de ser mulher ou porque a afeta de forma desigual.⁵⁹

No entendimento de Vera Regina Pereira Andrade, a mulher, para ser considerada vítima na esfera penal em qualquer tipo de delito, necessita ocupar a lógica de honestidade. Para isso, considera-se que, “as mulheres consideradas honestas podem ser consideradas vítimas pelo sistema, e as mulheres desonestas, o sistema abandona na medida em que não se adequam aos padrões de moralidade sexual impostos pelo patriarcado à mulher”.⁶⁰

Em face dessa informação, constata-se que a vida sexual pregressa à vítima, bem como que sua postura no ato é, na maioria das vezes, analisada no caso concreto. Sendo assim, dependendo do grau de liberdade sexual, a mulher poderá ser vista sob as duas vertentes mencionadas.

A par disso, a pornografia surge para promover a submissão feminina, de tal modo que desumaniza as vítimas e as apresentam como meros objetos sexuais que estão à disposição do homem, a iniciar pela forma como a pornografia é produzida: através de uma imagem e uma verdade civil que constrói e revalida essa posição de inferioridade. A pornografia também incentiva e naturaliza a violência contra a mulher⁶¹, uma vez que, na maioria das vezes, a conduta da mulher é averiguada no caso concreto para chegar a conclusão se a vítima colaborou com o ato.

Diante da crescente modernização tecnológica e, conseqüentemente, da informática, o legislador buscou adequar e inovar as tipificações penais brasileiras. Nota-se que a consequência prática desses avanços é a destruição em massa das marcas, reputações, histórias

⁵⁹ LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Direito internacional dos direitos humanos I**. Organização: CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/66fsl345/278k6xco>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 10 nov. 2020.

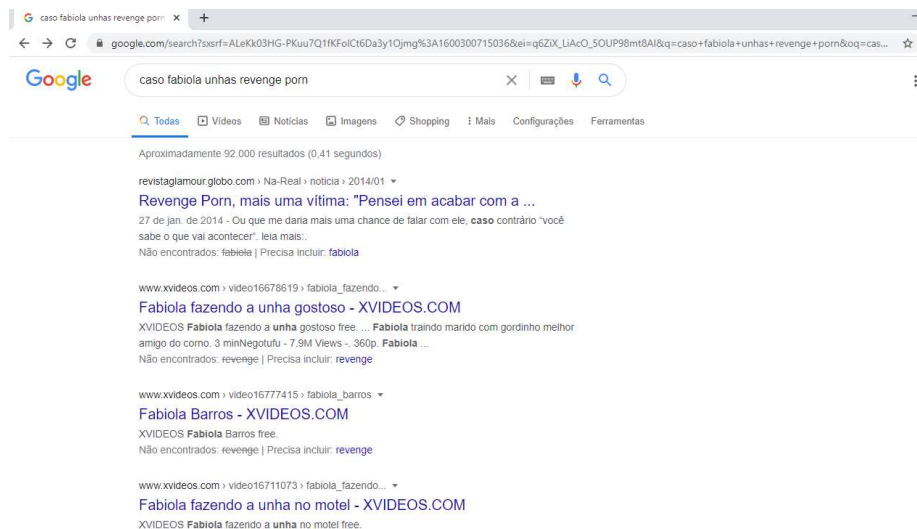
⁶¹ RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 151, p. 417-456, jan. 2019.

de vida que vêm sendo arruinadas pela máquina de triturar imagens, como é o caso da vingança pornográfica.⁶²

Nessa ocasião, Mário Rosa menciona que vivemos em uma era em que é impossível darmos um passo sem colidirmos com algum artifício que registre nossa passagem. Diante disso, estamos mais expostos do que nunca, pois “a grande maioria simplesmente ignora o impacto real, prático e diário da teia tecnológica, principalmente, nas pequenas atitudes do dia a dia”.⁶³

Um exemplo significativo desse impacto negativo acarretado pela informática foi o caso da Fabíola, que ficou famosa nesse meio ao justificar para seu esposo que estava saindo, pois iria fazer as unhas. O caso repercutiu em todas as redes sociais e, até hoje, quando se procura pelo fato no Google: caso Fabíola unhas *revenge porn*, a mulher é facilmente identificada. Na busca, posições sexuais são visíveis, além de memes que foram surgindo no decorrer do tempo. Vale ressaltar que os sites pornográficos aproveitam das exposições indesejadas e vingativas para continuar se promovendo com situações como esta da Fabíola. Vejamos:

Figura 1 – Repercussão social do caso Fabíola



Fonte: Elaboração própria.

⁶² ROSA, Mário. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial, 2006. p. 56.

⁶³ ROSA, Mário. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial, 2006. p. 74.

Considerando a *high-tech*, a partir do ano de 2010, surge a “pornografia de vingança, no contexto brasileiro, como mais um elemento dessa tríplice fronteira entre violência, internet e pornografia”⁶⁴, fato este que deu origem a Lei nº 13.718/2018.

Segundo Luciano Anderson de Souza, a relevância do novo tipo penal reflete na lógica que o ramo jurídico-penal deve estar sempre atualizado, especialmente, em face das novas tecnologias que geram violações básicas de direitos de personalidade e que têm um enorme potencial de divulgação inadequada.⁶⁵ O Direito Penal é o responsável por dar respostas eficazes para essa nova realidade social quando os demais ramos do direito não conseguem solucionar.

Assim, diante do cenário de ciência e, conseqüentemente, da exposição, da humilhação, da submissão, da ridicularização, do medo, do constrangimento, da perseguição e do isolamento, situa-se a pornografia não consensual na forma de *revenge porn* (vingança pornográfica). O referido delito pode ser entendido e caracterizado pela “divulgação não autorizada de imagens e vídeos íntimos de/com mulheres com objetivo de causar danos às vítimas”⁶⁶.

A pornografia de vingança consiste em uma violência de gênero na forma psicológica contra a mulher, tendo em vista que expõe a vítima por conta de suas escolhas pessoais ao violar sua dignidade sexual, ao associar a uma ideia de imoralidade e, por consequência, ao gerar um abalo psicológico.⁶⁷

⁶⁴ LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁶⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial: arts. 155 a 234-b do CP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3.

⁶⁶ DAMITZ, Caroline Vasconcelos; FARIA, Josiane Petry. *Porn revenge*: uma questão de gênero. **Revista Estudos Legislativos**, Porto Alegre, v 11, n. 11, p. 73-88, 2017. Anual. p. 79. Disponível em: http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/230. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁶⁷ ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. “Pornografia da revanche”: violência de gênero e psicológica contra a mulher. **Lex**: doutrinas, 18 out. 2019. Disponível em: http://www.editoralex.com.br/doutrina_27894475_pornografia_da_revanche_violencia_de_genero_e_psicologica_contra_a_mulher.aspx. Acesso em: 12 out. 2020.

A violência psicológica presente no referido delito caracteriza-se por atitudes, gestos e falas que aterrorizam as vítimas, já que têm o intuito de obrigar a mulher a fazer ou deixar de fazer algo em prol de não ter sua imagem exposta.⁶⁸

O *revenge porn* viola exatamente o direito de não ser julgado pelo que se faz no âmbito de sua intimidade, ou seja, viola a liberdade sexual. Essa violação fica cada vez mais possível quando se analisada com a velocidade que a tecnologia possui, já que potencializa a lesividade do delito, em outras palavras, intensifica “as consequências nefastas para as vítimas, ante as características da circulação dos conteúdos veiculados pela internet”.⁶⁹

Reforçando o pensamento acima, o filósofo Zygmunt Bauman conclui que a contemporaneidade fomenta uma falsa liberdade uma vez que o mundo tecnológico, por mais que tenha gerado novas formas de adquirir conhecimentos, possibilitou, em grande escala, meios de divulgação de matérias íntimas nas redes sociais, incentivando um elevado potencial de lesividade para propagação da vingança pornográfica.⁷⁰

Por conta da fluidez da tecnologia, a investigação desse delito se torna trabalhosa, tendo em vista que a vítima, motivada, mas com receio de sentir vergonha e humilhação, não guarda os indícios necessários para processar um possível autor – “a vítima acaba apagando arquivos, mensagens, *printscreens*, o que faz com que seja mais difícil prosseguir com a investigação”.⁷¹ Como consequência, a responsabilização dos agressores se torna impossível, o que contribui para o sofrimento eterno das vítimas, gerando um grande abalo emocional e psicológico.⁷² É necessário situar que o delito, que não é apenas um problema judicial, mas também é de ordem

⁶⁸ RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 151, p. 417-456, jan. 2019. Mensal.

⁶⁹ KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no cyberspaço**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017. p. 29.

⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. E-book.

⁷¹ VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O corpo é o código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016. E-book. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁷² SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociocriminal da pornografia de vingança à luz da lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834>. Acesso em: 7 set. 2020.

moral existe na sociedade de forma completamente machista, errônea e dominadora na vida sexual feminina.

O *revenge porn* causa nas vítimas um sentimento de intimidação, de culpa e sofrimento, fazendo com que aquela reputação construída durante anos se desmorone em um piscar de olhos, tendo em vista que existirá um rebaixamento moral, seja em casa ou publicamente. Bem como, esta Degradação é responsável pelo início do processo de culpabilização da mulher.⁷³ Semelhantemente, inicia-se a fase do silenciamento e, conseqüentemente, o julgamento da credibilidade da palavra da vítima, a qual ganha relevo na justiça criminal somente para verificar se ela não se autocolocou na situação (mais um aspecto que evidencia a violência psicológica na vingança pornográfica).

Nas palavras de Soraia da Rosa Mendes, o percurso para o silenciamento consiste no conjunto de questionamentos que são postos perante às mulheres para que, ao longo da investigação ou até mesmo no decorrer do processo, se analise de forma direta ou indireta que as atitudes da mulher não contribuíram para que ocorresse o delito, isto é, se foi uma vítima colaboradora.⁷⁴

A esse respeito, percebe-se que a justiça criminal caminha para argumentos que tendem a transformar a vítima em culpada, utilizando da alegação de que esta se autocolocou em situação de risco e vulnerabilidade.

Diante dessa premissa, evidencia-se que o julgamento que não condena o violador se baseia em um juízo totalmente moral e machista feito ao caso concreto. Tais concepções realçam cada vez mais a ideia de que as vítimas são silenciadas e os efeitos deletérios do delito são menosprezados. Ou seja, cabe a mulher silenciada a tarefa difícil de comprovar que não consentiu e, se consentiu, não permitiu a divulgação.

Assim, caso a mulher contribua para o *revenge porn*, isto é, consinta com a filmagem ou fotografia, pode ser considerada como culpada. Ela é condenada pelo fato do crime sexual ser julgado confrontando a pessoa do autor e da vítima, uma vez que correlaciona o

⁷³ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

⁷⁴ PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia da Rosa. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 146, ago. 2018.

comportamento de ambas as partes, a vida pregressa e se teve ou não consentimento para o ato. Logo, caso a mulher seja considerada suja e desprezível, cabe a ela suportar o ônus de ter a má fama e, conseqüentemente, ser julgada como culpada.⁷⁵ Afirma-se que tais requisitos de confronto são variáveis decisivas para o reconhecimento da vitimização feminina.⁷⁶

Desse modo, com a evolução da ciência, há uma prática constante do *revenge porn*, por se tratar de um crime cibernético. Assim, com essa ascensão da teia tecnológica, a comunidade passa a enxergar a mulher (vítima) como imoral, acarretando à ela toda a responsabilidade, enquanto o agressor passa despercebido, tornando menor seu julgamento.⁷⁷

É preciso comprovar que seu comportamento não induziu o agressor, pois o processo penal não foi feito para as mulheres, levando em conta que, “o sistema de justiça criminal, do qual o processo é um instrumento, orienta-se a partir de estigmas criados e alimentados pelo patriarcado”.⁷⁸ Esse é o motivo de tanta descredibilidade que a palavra da mulher possui, bem como a causa da violência psicológica, tendo em vista que faz com que a vítima duvide de si, abarrotando-a de dúvidas e incertezas sobre sua inocência.

3.1 A (des)valorização da violência psicológica na ótica do delito de *revenge porn*

O agente infrator, ao praticar o delito de vingança pornográfica, pode não ter a noção dos efeitos deletérios que a conduta chega a causar no íntimo das vítimas – mais precisamente, os autores do delito, muita das vezes, não têm a ciência de que o crime mencionado possui uma grande carga de violência psicológica e esta modalidade causa grandes danos, feridas essas que não se curam. E, tendo em vista a falta de informação dos efeitos colaterais possíveis, a referida ação frequentemente é menosprezada, ante os demais delitos sexuais do Código Penal.

⁷⁵ XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 130, n. 130, abr. 2017. Mensal. (revista eletrônica).

⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁷⁷ RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. Pornografia e violência de gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 151, p. 417-456, jan. 2019.

⁷⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 94.

Leda Maria Hermann, ao discorrer sobre o assunto, afirma que esta forma de agressão é nitidamente ofensiva à honra objetiva e subjetiva, implicando em uma contínua violação e destruição da identidade da vítima.⁷⁹

Por um longo período, esse descaso foi destacado pela falta de um tipo penal específico, pois antes da Lei nº 13.718/2018 – como será analisada adiante – a conduta de vingança pornográfica foi, por muito tempo, investigada e enquadrada em diversos tipos penais que não abrangiam por completo a seriedade da situação.

Diante disso, indaga-se em que medida a violência psicológica oriunda do crime de *revenge porn* é menosprezada e desmerecida, isto é, será que os efeitos colaterais acarretados pela conduta têm sua devida valorização no sistema de justiça criminal?

Assim, *prima facie*, partindo de *standpoints* específicos, pretende-se demonstrar que ambas as modalidades de violências deveriam ser vistas sob a mesma hierarquia, dito que há necessidade de valorização e aprofundamento nesses crimes com violência psicológica que geram danos permanentes e graves. Possuindo, talvez, o mesmo potencial de lesividade e gravidade dos delitos praticados com as demais formas de violência.

Nessa linha, uma das perspectivas que pode ser utilizada, a priori, para tal questionamento é que, analisando e comparando os demais delitos sexuais com o delito de *revenge porn*, nota-se que as penas e o tratamento dado pelo sistema de justiça criminal às vítimas de violência psicológica e ofensores, não refletem a gravidade e as consequências da conduta e da forma de agressão em análise e isso se dá devido ao machismo estruturante da sociedade brasileira, conforme entendimento da Juíza de Direito Fabriziane Stellet Zapata.⁸⁰

Nessa linha, corroborando com o pensamento anterior, Maria Berenice Dias aduz que a comunidade “ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de

⁷⁹ HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar. Campinas: Servanda, 2012. p. 105.

⁸⁰ ZAPATA, Fabriziane Stellet. A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira. **TJDFT: Entrevistas**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 6 nov. 2020.

se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder que leva a uma relação de dominante e dominado”.⁸¹

Por outro lado, no entendimento de Wânia Pasinato, o enfrentamento e entendimento sobre a violência psicológica é realizado de modo superficial, o que nos leva a presumir que as penas brandas dessa modalidade de agressão possuem uma grande ineficácia punitiva⁸². Assim, é possível crer que essa despreocupação com a saúde mental e psicológica das vítimas é oriunda dessa negligência e ineficácia do legislativo e justiça criminal, tornando cada vez mais comum a conduta de vingança pornográfica.

Outro argumento de grande valia para inquirição elencada é o fato de que a vítima, na maioria dos casos, não percebe a agressão psicológica sofrida e caso chegue a perceber a violência, o sistema não possui recursos suficientes e eficazes para comprovar a agressão⁸³.

Revalidando o raciocínio acima, Adriana Ramos de Mello discorre que a referida modalidade trazida pela Lei Maria da Penha é tão sutil que dificulta a sua correta constatação em juízo e encontra certa dificuldade para ser tipificada como crime na legislação penal brasileira, dito que não deixa marcas perceptíveis, como ocorre com a agressão física.⁸⁴

Diante da difícil apuração e meios eficazes para averiguação, se faz necessária uma postura efetiva de conscientização do Estado e da sociedade para que maus como estes não perdurem por longos períodos na comunidade, pois, como se analisou anteriormente, com o avançar da tecnologia, o *revenge porn* se torna cada dia mais hodierno à medida que expande os casos de violência psicológica.⁸⁵

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

⁸² PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁸³ CASTRO, Paula Drummond de; BERGAMINI, Cristiane. Violência psicológica tem difícil diagnóstico e causa danos graves. **ComCiência**, [s. l.], n. 192, 9 out. 2017. Disponível em: <https://www.comciencia.br/violencia-psicologica-causa-danos-graves-ainda-pouco-estudados/>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁸⁴ MELLO, Adriana Ramos de. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

⁸⁵ VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o código**: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Sob outro prisma, pode-se considerar que a desvalorização da agressão psicológica se justifica também ao argumento de que não se denuncia por medo. Esse receio em denunciar, na maioria das vezes, vem acompanhado da falta de rede apoio. Ou seja, a vítima normalmente é isolada de seus amigos e familiares, fazendo com que se sinta cada dia mais sozinha e inútil.

Outro fator que merece destaque como causa de desvalorização da violência psicológica na ótica do crime de *revenge porn* é o fato de que, na maioria dos casos, a vítima é tida como culpada pela situação, acarretando à ela todo o ônus, enquanto o agente agressor passa impune.

Fica evidente a narrativa, na medida em que analisamos a realidade, que a prática do *revenge porn* causa constrangimento em suas vítimas, expondo-as de forma vexatória perante terceiros, ao mesmo tempo em que faz com que estas mulheres sejam julgadas em diversos ambientes em que vivem. Exige-se que a mulher demonstre que seu comportamento não fez parte de um jogo de sedução e, caso a hipótese exista, pode até mesmo ensinar o afastamento do dolo por um erro de tipo, sendo notório que nesses casos de vingança pornográfica há uma inversão do ônus da prova.⁸⁶

Para Pierre Bourdieu trata-se de uma violência simbólica, na qual, em geral, não é evidenciada, porém é sutil, violenta e inerente ao sistema patriarcal.⁸⁷ Diante disso, afirma-se que o ato de expor, por si só, condiciona a mulher como culpada, pois vivemos em uma sociedade em que a fêmea sempre foi instruída em ser aquela com reputação ilibada, ao passo que, aquela que não se encaixasse no padrão estabelecido, era vista como um ser incontrolável predisposto ao mal – bruxa –, conforme salienta Soraia Mendes.⁸⁸

Ademais, consolidando o entendimento acima, Mendes, Ximenes e Chia entendem que “além do julgamento de ordem moral da mulher como vítima de crime contra a dignidade

⁸⁶ XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 130, p. 349-367, abr. 2017.

⁸⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. (livro eletrônico). *E-book*.

⁸⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica). p. 37.

sexual, verificamos a culpabilização da mulher não só por sua condição pessoal, como por seus atos na interação com o sujeito ativo”.⁸⁹

O ato de concordância não poderia ter o peso de atribuir à vítima toda a consequência, pois, sabe-se que o ato de permitir, muitas das vezes, pode significar um efeito advindo do medo ou receio da agressão, e o possível “sim” – como arguido em muitos casos – também pode não significar um consentimento voluntário, sendo preciso uma análise casuística do acontecimento afastada desses pré-conceitos machistas.⁹⁰

Destarte, diante do argumentado, torna-se indiscutível o sofrimento que o *revenge porn* traz as vítimas que sofrem com o ato da exposição e bem mais com os efeitos posteriores que a conduta acarreta, impactando de forma devastadora o psíquico da vítima.⁹¹

Um estudo realizado pela Interfaces Científicas aponta, como principais consequências do delito de vingança pornográfica, o suicídio, o abandono, a depressão, a agressão, dentre outros. Esses dados reafirma o posicionamento, ou seja, além da mulher sofrer com a exposição da conduta, ela ainda se torna responsável pelo acontecido.⁹²

Desse modo, é de suma importância a compreensão do potencial de lesividade que tais consequências causam na vida das vítimas, levando a crer que os danos são decorrentes de uma questão de gênero e patriarcado, embora seja almejado que tais atos não fossem mais tolerados, do mesmo modo como era de se esperar que o que compreendemos por consentimento não fosse mais pautado por “concepções subjetivas que se materializam através de expressões

⁸⁹ XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 130, p. 349-367, abr. 2017.

⁹⁰ XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 130, p. 349-367, abr. 2017.

⁹¹ SPÍNOLA, Luíza Moura Costa Justiça restaurativa em crimes de violação à intimidade cometidos pela internet. In: SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Ílson Dias dos. (coord.). **Justiça restaurativa: um sistema jurídico-penal mais humano e democrático**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2014. p. 255-271.

⁹² SOUZA, Luiza Catarina Sobreira de; SILVA, Robéria Coelho. “Pornografia de vingança”: uma análise acerca das consequências da violência psicológica para a intimidade da mulher. **Interfaces Científicas - Direito**, Aracaju, v. 8, n. 2, p. 103-116, 2020.

adjetivas relacionadas às vítimas tais como “má fama”, “desonestidade”, “promiscuidade”; ou até mesmo o comportamento no momento da violação”.⁹³

Conclui-se, portanto, que a legislação deve ser adequada a esta modalidade de agressão, bem como que haja um maior reconhecimento por toda a sociedade da seriedade da conduta, tornando público as possíveis consequências, tendo em vista a gravidade da situação, o que aumenta a probabilidade da eficácia do tratamento jurídico e denúncia dos casos.

4 LEGISLAÇÃO ATUAL

Não é de hoje a constante prática da vingança pornográfica e, conseqüentemente, no que se refere ao combate a este delito, alguns avanços foram alcançados ao longo dos anos visando controlar a prática reiterada da conduta, tendo em vista tantos casos que ficaram sem punição eficaz e condizente.

Um primeiro avanço legislativo ocorreu em 2008 com a aprovação da Lei nº 11.829, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente aprimorando o “combate à pornografia infantil e sua produção, venda e distribuição, assim como criminalizar a aquisição e a posse desse material”.⁹⁴ Isso porque muitos casos que ocorreram tinham como vítimas os menores de idade.

Em 2012 surge a Lei nº 12.737⁹⁵ conhecida como Lei Carolina Dieckmann, outro passo de grande valia para o combate ao *revenge porn*, acrescentando no Código Penal os arts. 154-A e 154-B. A atriz sofreu com a exposição de fotos íntimas após uma invasão em seu computador.

⁹³ XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 130, p. 349-367, abr. 2017.

⁹⁴ ROCHA, Raissa Pereira. **A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal: o papel da lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1793/1/Raissa%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

Passado algum tempo, é promulgada a Lei nº 12.965/2014⁹⁶ – Marco Civil da Internet. Essa lei veio para acompanhar a evolução dos crimes no meio cibernético, regulamentando sobre os provedores que hospedam esse tipo de conteúdo pornográfico.

Contudo, mesmo após esses avanços legislativos, a legislação, no que tange ao delito de *revenge porn*, continuava escassa, de modo que, “caso ocorresse tal crime, a tipificação aplicada aos casos concretos teriam, como parâmetro, o delito de injúria previsto no art. 140 do Código Penal, tal como o art. 141, inciso III, na forma majorada”.⁹⁷

O primeiro caso emblemático de exposição na internet – da Jornalista Rose Leonel – foi tipificado como injúria e difamação, pois, na época, não havia norma condizente com a situação. A vítima relata que teve suas fotos íntimas espalhadas, em milhares de sites de conteúdos pornográficos, pelo seu ex-namorado, como forma de retaliação. Na época, a jornalista perdeu seu emprego por conta da divulgação das imagens, além de ter tido depressão durante muito tempo, por conta da violência psicológica sofrida.⁹⁸ Após sofrer com os ataques oriundos da exposição indevida de material íntimo, a Jornalista criou *uma ONG para combater o crime na internet, chamada Marias da Internet*.⁹⁹

No caso da referida repórter, a justiça condenou o ex-parceiro a 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, porém, a pena foi substituída pela prestação de serviços comunitários e o pagamento à vítima no valor de R\$1,2 mil ao mês.¹⁰⁰

⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

⁹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma Criminal). Apelação Criminal 20130111515407. Penal e processual penal. Violência doméstica e familiar. Difamação e injúria. Preliminares de violação ao princípio da identidade física do juiz e cerceamento de defesa. Rejeição. [...] Relator: João Batista Teixeira. Brasília, DF. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 mar. 2016. p. 230. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?nxtpgm=tjhtml105&selecao=1&origem=inter&circun=1&cdnuproc=20130111515407>. Acesso em: 7 set. 2020.

⁹⁸ LEONEL, Rose. ‘Crime na internet é ferida aberta’, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex. Depoimento a Leandro Nomura. **Folha de S.Paulo**, 21 mai. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>.

⁹⁹ LEONEL, Rose. **Marias da Internet**. [2013]. Disponível em: <http://www.mariasdainternet.com.br/>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁰⁰ NOVAIS, Joyce Lobato; CANTUÁRIA, Isadora. Responsabilidade penal do agente diante da pornografia não consensual perante os crimes cibernéticos contra a mulher no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista**

Diante do caso narrado, nota-se que os efeitos deletérios causados às vítimas são menosprezados e desvalorizado perante o judiciário e sociedade, tido que não analisam, com seriedade, os impactos reais que a conduta causa às vítimas. Isto é, não examinam o estrago que a violência psicológica, oriunda do crime pode causar, pois se sabe que um delito como este traz sérios danos, como por exemplo: diminuição da autoestima, humilhação, isolamento, limitação de ir e vir, depressão e, em muitos casos, o desleixo, com tais sequelas, leva até o suicídio, como foi o caso da Júlia Rebeca dos Santos de 17 anos que foi encontrada morta em seu quarto, após ter sido vítima da pornografia de vingança”.¹⁰¹

Todavia, somente em 2018 que a conduta do *revenge porn* foi realmente tipificada na legislação por meio da Lei nº 13.718 – norma que trouxe grandes mudanças para o cenário atual da sociedade brasileira. A norma acrescentou o art. 218-C ao Código Penal, nos termos abaixo:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.¹⁰²

O dispositivo é semelhante à inovação trazida pela Lei nº 11.829/2008 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, a norma se destaca por trazer uma punibilidade mais ampla, uma vez que recria toda forma de registro audiovisual que contenham cenas de estupro ou apologia e indução ao estupro, bem como pune cenas de sexo, nudez e imagens pornográficas de pessoa que não consentiu com a exposição.

Científica Multidisciplinar do CEAP, Amapá, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/view/25/17>. Acesso em: 16 set. 2020

¹⁰¹ ROCHA, Raissa Pereira. **A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal: o papel da Lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1793/1/Raissa%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹⁰² BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

A relevância do tipo penal se destaca no sentido de que não existia, na esfera penal, nenhuma tipificação que pudesse indicar uma conduta que recriminasse a divulgação de imagens sem o consentimento da pessoa, visto que, a cada dia que se passa, torna-se uma ação cada vez mais comum.

Como argumentado anteriormente, antes dessa inovação legislativa, a conduta do *revenge porn* era julgado por analogia ao crime de injúria majorada, tipificação esta inadequada, dado que, a pena era branda e o agressor não tinha uma punição eficaz.

A pena do crime é de 1 a 5 anos de reclusão, se o fato não constituir crime mais grave.¹⁰³ O texto legal ainda prevê um “aumento de pena em dois terços se o crime for praticado por quem mantém ou tenha mantido relação íntima afetiva com a vítima; Há ainda a previsão de aumento de pena de metade a dois terços se do crime resultar gravidez”.¹⁰⁴

O ponto central em questão é que, no delito de *revenge porn*, não é necessário que haja uma violência sexual para o compartilhamento do conteúdo, basta haver o nexo causal entre a vítima, o agressor, a relação íntima de afeto e o intuito de expor a mulher à situação de humilhação – motivo por vingança – para restar configurado à conduta.

Na conduta, é importante discutir, também, sobre a voluntariedade do crime, bem como sua consumação. Em relação à voluntariedade, não se exige, no tipo, o elemento subjetivo específico, ou seja, finalidade de lucro nas condutas de expor – conhecido como extorsão.

O dolo é o que motiva a prática das ações, não havendo na vingança pornográfica a modalidade culposa. As condutas incriminadas se consumam quando é praticado alguns dos verbos do núcleo do tipo e, dificilmente, poderão configurar a forma tentada. Entretanto, na modalidade – trocar e distribuir – poderá demonstrar a ocorrência da figura tentada, embora seja difícil sua comprovação.¹⁰⁵

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

O aumento de pena previsto no § 1º é aplicável àquele que mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto e quando a ação é movida por desejos de humilhar ou se vingar da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar um caso de exposição pornográfica não consentida, inovou ao afirmar que não há como descaracterizar um material pornográfico apenas pela ausência de nudez total. O caso em questão se trata do Recurso Especial 1.735.712¹⁰⁶, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrigli. A demanda, portanto, consiste em determinar a responsabilidade dos provedores de aplicação de busca na internet com relação à vingança pornográfica.

No recurso em tela a vítima encontrava-se sumariamente vestida, mas em posições com extremo apelo sexual – configurando uma grave e nítida violência de gênero. Na causa, foi alegado que o rosto da recorrente não estava visível, contudo, a relatora do caso sustentou que o fato de não estar evidenciado é irrelevante para a configuração dos danos morais e consequentemente do *revenge porn*, dito que a conduta pode envolver situações distintas e não tão óbvias, mas que geram danos à personalidade da vítima. Além do mais, a mulher, vítima da conduta, sabe que sua intimidade foi infringida. Portanto, restou configurada a vingança pornográfica e o recurso conhecido e provido. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO.

1. Ação ajuizada em 17/07/2014, recurso especial interposto em 19/04/2017 e atribuído a este gabinete em 07/03/2018.

2. O propósito recursal consiste em determinar os limites da responsabilidade de provedores de aplicação de busca na Internet, com relação à divulgação não consentida de material íntimo, divulgado antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet.

3. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii)

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.735.712/SP. Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer e de indenização de danos morais. Retirada de conteúdo ilegal. Exposição pornográfica não consentida. Pornografia de vingança. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 mai. 2020.

após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, devem ser observadas suas disposições nos arts. 19 e 21. Precedentes.

4. A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis.

5. Não há como descaracterizar um material pornográfico apenas pela ausência de nudez total. Na hipótese, a recorrente encontra-se sumariamente vestida, em posições com forte apelo sexual.

6. O fato de o rosto da vítima não estar evidenciado nas fotos de maneira flagrante é irrelevante para a configuração dos danos morais na hipótese, uma vez que a mulher vítima da pornografia de vingança sabe que sua intimidade foi indevidamente desrespeitada e, igualmente, sua exposição não autorizada lhe é humilhante e viola flagrantemente seus direitos de personalidade.

7. O art. 21 do Marco Civil da Internet não abarca somente a nudez total e completa da vítima, tampouco os "atos sexuais" devem ser interpretados como somente aqueles que envolvam conjunção carnal. Isso porque o combate à exposição pornográfica não consentida – que é a finalidade deste dispositivo legal – pode envolver situações distintas e não tão óbvias, mas que geral igualmente dano à personalidade da vítima.

8. Recurso conhecido e provido.¹⁰⁷

Conclui-se, então, que após essas exposições indesejadas na era tecnológica, o legislativo começou a se preocupar com os crimes cibernéticos, inovando na legislação brasileira. Agora, por meio do referido julgado, pode-se considerar que o delito de vingança pornográfica abrange também fotos em que o rosto da vítima não está evidenciado, bem como imagens com a vítima sumariamente vestida, pois o fato da vítima estar em posições de grande apelo sexual já demonstra a violação da intimidade e, conseqüentemente, os efeitos deletérios oriundos da violência psicológica é perceptível.

5 CONCLUSÃO

No presente estudo, investigou-se a possível desvalorização da violência psicológica, sob a ótica do crime de *revenge porn* previsto no art. 218-C, § 1º, do Código Penal, delito este inovado no sistema de justiça criminal pela Lei nº 13.718/2018, que veio com o intuito de

¹⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.735.712/SP. Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer e de indenização de danos morais. Retirada de conteúdo ilegal. Exposição pornográfica não consentida. Pornografia de vingança. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1905903&num_registro=201800428994&data=20200527&formato=PDF. Acesso em: 27 mai.2020.

aprimorar a legislação brasileira devido ao grande alcance das inovações tecnológicas existentes atualmente.

Do exame empreendido, foi possível identificar importantes tópicos de intersecção entre a violência de gênero no Brasil e o delito de vingança pornográfica. Como sustentado durante a narrativa, o sistema patriarcal tornou-se a justificativa plausível para continuar apoiando e encorajando a perpetuação de violações como o *revenge porn* que deixam marcas tão sutis, mas com um grande potencial de lesividade.

Adicionalmente, verificou-se que a Lei Maria da Penha inovou ao trazer a violência psicológica como forma de agressão às mulheres. Nota-se que a preocupação em tipificar esta modalidade se fundamenta na medida em que se evidencia que a coerção psicológica está intrinsecamente ligada às demais formas elencadas pela Lei nº 11.340/2006, causando danos, muita das vezes, irreparáveis na saúde mental das vítimas, efeitos deletérios menosprezados e desmerecidos pelo sistema de justiça e sociedade brasileira.

Paralelamente, averiguou-se que o delito de vingança pornográfica é uma forma de violência de gênero mais comum nos dias atuais, pois a mulher sempre foi vista como um ser subalterno, devendo sempre obedecer às vontades do seu dono. Além do mais, a tecnologia contribui de forma significativa para que a conduta ganhe mais enfoque, de modo que, hoje em dia, é impossível andarmos sem ter aquela sensação de que estamos sendo vigiados.

Constatou-se que, o ato de expor mulheres por motivo de vingança nas redes sociais causa sérios danos psicológicos em suas vítimas, pois além de sofrer com a situação vexatória e humilhante, a mulher ainda sofre com os efeitos colaterais que a conduta acarreta. Um estudo apontou que, na maioria dos casos de vingança pornográfica, o suicídio é visto como primeira opção para mulheres se libertarem da sensação humilhante de ter tido sua vida totalmente exposta nas redes.

Diante disso, nota-se a necessidade da valorização da violência psicológica no delito de *revenge porn* e de suas possíveis consequências no íntimo de suas vítimas. Desse modo, como narrado anteriormente, em alguns casos, o agressor passa despercebido perante o judiciário e a mulher – vítima – recebe toda a responsabilidade da conduta. Portanto, situações como estas não podem mais serem toleradas no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. Violência psicológica é a mais recorrente entre as mulheres no estado, revela pesquisa NUDEM-CE. **Violência contra as Mulheres em Dados**, 2019. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/ce-violencia-psicologica-e-mais-recorrente-entre-as-mulheres-no-estado>. Acesso em: 19 out. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis: Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção pensamento criminológico, 15).

ARAÚJO, Bruna Conceição Ximenes de. “Pornografia da revanche”: violência de gênero e psicológica contra a mulher. **Lex: doutrinas**, 18 out. 2019. Disponível em: http://www.editoralex.com.br/doutrina_27894475_pornografia_da_revanche__violencia_de_genero_e_psicologica_contra_a_mulher.aspx. Acesso em: 12 out. 2020.

BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. **Tempos e memórias: movimento feminista no Brasil**. Brasília, DF: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/TemposeMemorias_MovimentoFeministaNoBrasil_2010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. *E-book*.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. v. 2. *E-book*.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Coleção saberes monográficos). *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. *E-book*.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. *E-book*.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro**. Brasília, DF: CNMP, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.735.712/SP. Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer e de indenização de danos morais. Retirada de conteúdo ilegal. Exposição pornográfica não consentida. Pornografia de vingança. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1905903&num_registro=201800428994&data=20200527&formato=PDF. Acesso em: 27 mai. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de (coord.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação penal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

CASTRO, Paula Drummond de; BERGAMINI, Cristiane. Violência psicológica tem difícil diagnóstico e causa danos graves. **ComCiência**, [s. l.], n. 192, 9 out. 2017. Disponível em: <https://www.comciencia.br/violencia-psicologica-causa-danos-graves-ainda-pouco-estudados>. Acesso em: 13 out. 2020.

CHAUÍ, Marilena. **Sobre a violência**. Organização: Ericka Marie Itokazu e Luciana Chauí-Berlinck. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. (Escritos de Marilena Chauí, v. 5). *E-book*.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

DAMITZ, Caroline Vasconcelos; FARIA, Josiane Petry. *Porn revenge: uma questão de gênero*. **Revista Estudos Legislativos**, Porto Alegre, v 11, n. 11, p. 73-88, 2017. Anual. Disponível em: http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/230. Acesso em: 10 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. *E-book*.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3. Turma Criminal). Apelação Criminal 20130111515407. Penal e processual penal. Violência doméstica e familiar. Difamação e injúria. Preliminares de violação ao princípio da identidade física do juiz e cerceamento de defesa. Rejeição. [...]. Relator: João Batista Teixeira. Brasília, DF. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 mar. 2016. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?nxtpgm=tjhtml105&selecao=1&origem=inter&circun=1&cdnuproc=20130111515407>. Acesso em: 7 set. 2020.

ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 35-59, 2002.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar**. Campinas: Servanda, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Aos 13 anos, lei Maria da Penha ainda enfrenta obstáculos à plena efetividade. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7019>. Acesso em: 19 out. 2020.

KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no cyberspaço**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.

LEONEL, Rose. ‘Crime na internet é ferida aberta’, diz mãe sobre fotos nuas vazadas pelo ex. Depoimento a Leandro Nomura. **Folha de S.Paulo**, 21 mai. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/minhahistoria/2017/05/1885458-crime-na-internet-e-ferida-aberta-diz-mae-sobre-fotos-nuas-vazadas-pelo-ex.shtml>.

LEONEL, Rose. **Marias da Internet**. [2013]. Disponível em: <http://www.mariasdainternet.com.br>. Acesso em: 19 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. *E-book*.

LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>. Acesso em: 21 set. 2020.

LOIS, Cecilia Caballero; BRANDÃO, Daniela da Rocha; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos I**. Organização: CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/278k6xco>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MELLO, Adriana Ramos de. **Lei Maria da Penha na prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. *E-book*.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: pesquisa acadêmica).

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. São Paulo: Atlas, 2020.

NOVAIS, Joyce Lobato; CANTUÁRIA, Isadora. Responsabilidade penal do agente diante da pornografia não consensual perante os crimes cibernéticos contra a mulher no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Científica Multidisciplinar do CEAP**, Amapá, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/view/25/17>. Acesso em: 16 set. 2020

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves *et al.* **Leis penais especiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Elementos do Direito, 18). *E-book*.

PAIXÃO, Rosa; LUNA, Maria José. Marcas (in) visíveis da violência psicológica contra a mulher: um estudo de caso. **Revista Diálogos**, [Garanhuns], v. 2, n. 19, p. 232-265, mar./abr. 2018. Disponível em: https://www.revistadiálogos.com.br/Diálogos_19/Dial_19_Paixao_Luna.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 407-428, jul./dez. 2015. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

PIMENTEL, Elaine; MENDES, Soraia da Rosa. A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 146, p. 305-328, ago. 2018.

PINHEIRO, Rossana Barros. **Tratamento da pornografia de vingança pelo judiciário maranhense**: avaliando a atual divisão de competências entre Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e Juizado Especial Criminal a partir do critério efetividade. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/2431/2/RossanaPinheiro.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

RIBEIRO, Raísa Duarte da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; COSTA, Rodrigo de Souza. **Pornografia e violência de gênero**: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 151, p. 417-456, jan. 2019.

ROCHA, Raissa Pereira. **A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal**: o papel da Lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1793/1/Raissa%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

ROSA, Mário. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p. 11-19, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/02.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: pesquisa DataSenado: junho/2017. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa DataSenado, jun. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 14 set. 2020.

SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: pesquisa DataSenado: dezembro/2019. Instituto de Pesquisa Data Senado, dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1>. Acesso em: 14 set. 2020.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicosocijurídica da pornografia de vingança à luz da lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p.

243-265, set./dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834>. Acesso em: 7 set. 2020.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v11n21/v11n21a09.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial: arts. 155 a 234-b do CP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3.

SOUZA, Luiza Catarina Sobreira de; SILVA, Robéria Coelho. “Pornografia de vingança”: uma análise acerca das consequências da violência psicológica para a intimidade da mulher. **Interfaces Científicas - Direito**, Aracaju, v. 8, n. 2, p. 103-116, 2020.

SPÍNOLA, Luíza Moura Costa Justiça restaurativa em crimes de violação à intimidade cometidos pela internet. In: SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Ílson Dias dos. (coord.). **Justiça restaurativa**: um sistema jurídico-penal mais humano e democrático. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2014. p. 255-271.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o código**: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>. Acesso em: 10 nov. 2020.

XIMENES, Julia Maurmann; MENDES, Soraia da Rosa; CHIA, Rodrigo. E quando a vítima é a mulher? uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 130, p. 349-367, abr. 2017.

ZAPATA, Fabriziane Stellet. “A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira”. **TJDFT: Entrevistas**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira>. Acesso em: 06 nov. 2020.

MAIS DO MESMO?

UMA PESQUISA COMPARATIVA ENTRE A TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO E OS EMBARGOS INFRINGENTES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Elizabethy Borges Silva Lira

RESUMO

O presente trabalho analisa a técnica de ampliação do colegiado no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (“TJDFT”) por meio de pesquisa quantitativa, com o intuito de verificar a eficiência da técnica de ampliação do colegiado, levando-se em consideração sua sistemática e seus objetivos, e contribuir para o debate acerca da efetividade das normas processuais que entraram em vigor com o Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/15”). Ao fim do trabalho, será possível concluir que a técnica de ampliação do colegiado colabora para um julgamento mais célere e em tempo razoável se comparada aos embargos infringentes.

MORE OF THE SAME?

A comparative research between the technique of expanding the collegiate and the Embargos Infringentes in the scope of Federal District and Territories Court of Justice

ABSTRACT

This paper analyzes the technique of expanding the collegiate in the scope of the Federal District and Territories Court of Justice (“TJDFT”) through quantitative research, in order to verify the efficiency of the collegiate expansion technique, and contributing to the debate about the effectiveness of the procedural rules of Civil

Procedure Code of 2015 (“CPC/15”). At the end of the paper, it will be possible to conclude that the technique of expanding the collegiate contributes to a faster and more reasonable judgment compared to the embargos infringentes.

PALAVRAS-CHAVES: Ampliação do colegiado. Art. 942. Código de Processo Civil. TJDF.

KEYWORDS: Technique of expanding the collegiate. Section 942. Civil Procedure Code of 2015. TJDF.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/15”), instituído pela Lei 13.105/15, trouxe várias inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas a técnica de ampliação do colegiado, que consiste na ampliação do órgão de segunda instância quando do julgamento da apelação, da ação rescisória e do agravo de instrumento — esse último quando interposto contra decisão parcial de mérito — se der de forma não unânime, conforme previsão do art. 942.

A inovação trazida pelo novo instituto, desde sua gestão legislativa, guardou relação com os extintos embargos infringentes¹, espécie recursal existente no código revogado cabível em face do acórdão não unânime que reformasse, em grau de apelação, a sentença de mérito ou quando julgasse procedente ação rescisória.

Mesmo após a edição do CPC/15, muito se discutiu sobre as semelhanças entre os institutos e a efetiva relevância da alteração normativa. Ou seja, a criação da técnica de ampliação, de fato, trazia novidades ou apenas atribuía uma nova face a um antigo recurso?²

Essa indagação foi suficiente para despertar os seguintes questionamentos³: a aplicação da técnica processual contribuiu para uma maior celeridade nos

¹ NÓBREGA, Guilherme Pupe da, BECKER, Rodrigo Frantz. O fim (?) dos embargos infringentes e a nova técnica de julgamento do artigo 942 do novo CPC. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/processo-e-procedimento/224193/o-fim-----dos-embargos-infringentes-e-a-nova-tecnica-de-julgamento-do-artigo-942-do-novo-cpc>. Acesso em 19 out. 2020.

² NÓBREGA, Guilherme Pupe da; BECKER, Rodrigo Frantz. Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos>. Acesso em: 17 out.2020.

³ PANTOJA, Fernanda Medina et al. **A ampliação da colegialidade em apelação (art. 942 do Código de Processo Civil) na experiência do TJRJ**. [Rio de Janeiro]: Jusbrasil, 2020. Disponível em:

julgamentos? Qual o índice de reversão dos julgamentos com base no voto divergente?

Nesse contexto, Fernanda Medida Pantoja⁴ realizou uma pesquisa sobre a possível diminuição do tempo de julgamento em 2ª instância em decorrência da ampliação do colegiado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (“TJRJ”).

Na mesma linha dos questionamentos de efetividade do instituto, Guilherme Pupe da Nóbrega elaborou uma pesquisa no âmbito do TJDF que teve como objetivo examinar qual o potencial da ampliação na reversão do entendimento da maioria até então formada na primeira etapa de julgamento⁵.

Ambos os estudos supracitados causaram a inquietude necessária para que o presente trabalho fosse iniciado.

Caberá aqui indagar e pesquisar, a partir de mudanças vivenciadas no CPC/15, se a aplicação da técnica de ampliação diminuiu o tempo para julgamento dos processos no tribunal e analisar o índice de reversão dos resultados de julgamento.

Ao longo do trabalho, será ilustrado o procedimento de julgamento de cada um dos institutos, inclusive de modo a demonstrar que os embargos infringentes, por se tratar de uma espécie recursal, seguiam diversas fases necessárias para seu julgamento (como abertura de prazo para contrarrazões, análise de admissibilidade, entre outras) que contribuíam para um maior tempo de processamento do feito.

Para tanto, o trabalho foi separado da seguinte maneira: o primeiro capítulo se destina a contextualizar a origem dos institutos e suas aplicações práticas utilizando como base os estudos realizados por meio de produções acadêmicas minuciosamente selecionadas.

O segundo capítulo, por sua vez, trará informações sobre a metodologia de pesquisa utilizada para a realização do estudo, permitindo a visualização das etapas percorridas para o levantamento de dados.

<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/815908355/a-ampliacao-da-colegialidade-em-apelacao-art-942-do-codigo-de-processo-civil-na-experiencia-do-tjrj>. Acesso em: 22 out. 2020.

⁴ Ibid.

⁵ NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O 942, mais de um ano depois. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI266601,11049-O+942+mais+de+um+ano+depois>. Acesso em: 13 set. 2020.

Na sequência, o terceiro capítulo tem como incumbência apresentar os dados levantados, inclusive mediante a utilização de gráficos para facilitar a visualização do cenário em que as informações estão inseridas.

Por fim, o quarto e último capítulo apresentará as percepções extraídas mediante a análise crítica de todos os dados coletados, inclusive permitindo concluir que, ao menos no âmbito do TJDF, a técnica de ampliação do colegiado contribuiu para uma redução no tempo de julgamento dos recursos em 2ª instância.

Poderá se concluir também que o índice de reversão dos julgamentos realizados com a aplicação da ampliação do colegiado teve uma redução em relação aos infringentes. Neste ponto, é possível inferir que a organização interna do tribunal tem um grande papel nesse resultado.

O tema possui relevância social e acadêmica. Isto é demonstrável a partir do interesse do jurisdicionado no procedimento célere para julgamento dos processos sujeitos à aplicação da técnica de ampliação do colegiado.

Apesar de o campo de pesquisa do trabalho se restringir somente a um tribunal dentre tantos outros, espera-se que seja possível uma singela contribuição do debate de eficiência e correta aplicação dos dispositivos, institutos e mecanismos previstos pelo CPC/15.

1. OS EMBARGOS INFRINGENTES E OS FUNDAMENTOS DO JULGAMENTO AMPLIADO

Antes de adentrar o conceito do instituto que encabeça esse trabalho, é importante discorrer sobre a sua origem no sistema processual civil brasileiro.

Os embargos infringentes constituíam uma espécie recursal prevista pelo art. 530 do Código de Processo Civil de 1973⁶ (“CPC/73”), cabível em face do acórdão não unânime que reformasse, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou quando julgasse procedente a ação rescisória.

Interposto o recurso, incumbia ao relator do acórdão recorrido realizar o juízo de admissibilidade, sendo cabível agravo regimental no prazo de 5 (cinco) dias em

⁶ Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

face da decisão que eventualmente inadmitisse os embargos, nos termos do art. 532⁷ do CPC/73. Noutro passo, sendo admitido os infringentes, o processamento se dava mediante a convocação de 2 (dois) ou mais magistrados para compor o quórum de julgamento⁸.

Na vigência do código revogado, os embargos infringentes tinham como finalidade garantir um equilíbrio entre as decisões proferidas em 1ª e 2ª instâncias, a ideia parecia ser a de que tenha havido desacordo entre o juízo *a quo* e o juízo *ad quem* no que diz respeito à lide⁹, e proporcionar um amplo debate sob a perspectiva do voto minoritário.

Importante registrar que eventual dissonância entre os votos e ausência de unanimidade era analisada em relação ao resultado, ou seja, a parte dispositiva do julgado, não havendo de se falar em cabimento de embargos infringentes quando o desacordo se pautava tão somente na fundamentação dos votos¹⁰.

Além disso, o dispositivo do art. 530 do CPC/73 expressamente restringia o cabimento dos infringentes ao utilizar a expressão “houver reformado” a sentença, de maneira que não se considerava mérito, para fins de cabimento do recurso, o acórdão em que a divergência residisse em questões acessórias, como as verbas sucumbenciais¹¹.

Durante o processo legislativo que levou à criação do CPC/15, foi bastante discutida a possibilidade da extinção de alguns recursos¹², dentre eles os embargos infringentes, esse posicionamento inclusive era pacífico no âmbito da Comissão de Juristas até a transformação no anteprojeto no PLS 166/2010¹³.

⁷ Art. 532. Da decisão que não admitir os embargos caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso.

⁸ Ressalvando-se a organização interna de cada tribunal, nos moldes de seu regimento interno.

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. [livro eletrônico]

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Patrícia de Oliveira e. **A técnica de julgamento do novo CPC: um aliado para a obtenção da celeridade processual?** in Revista CEJ, Brasília, n. 72, p. 7-16, maio/ago 2017. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.72.01.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

¹³ NÓBREGA, BECKER, 2015, *op. cit.*

À época de elaboração do código, defendia-se que essas escolhas legislativas resultariam em uma diminuição do volume de trabalho¹⁴.

No entanto, ao longo da tramitação do projeto na Câmara dos Deputados surgiu o debate ao redor da manutenção dos embargos infringentes, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro apresentou seu parecer no qual afirma ter havido "muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto", e que a justificativa seria a de que com o recurso "prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência"¹⁵.

Noutro passo, o relator do projeto na Câmara dos Deputados, Paulo Teixeira, apresentou uma solução intermediária entre a manutenção e extinção dos infringentes, que viria ser a técnica de ampliação do colegiado:

Assim, resolvi acolher uma sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum¹⁶.

Streck e Herzl¹⁷ acompanharam e relataram a tramitação da proposta legislativa do CPC/15. No desenvolvimento de seu texto, transcreveram um trecho do senador Vital do Rêgo, que se posicionou desfavorável à nova técnica processual. Veja-se:

Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos

¹⁴ STRECK, Lênio; HERZL, Ricardo Augusto. **O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra...** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>. Acesso em: 26 set. 2020.

¹⁵ Apud NÓBREGA; BECKER, 2015.

¹⁶ Parecer do Deputado Paulo Teixeira, p. 57, in Projetos de lei nºs 6.025, de 2005, e 8.046, de 2010. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407. Acesso em 19 nov. 2020.

¹⁷ STRECK; HERZLI, op. cit.

recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias.

E mais. Problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais surgiriam, dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos. Na prática, “poderia haver estímulo à alteração dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução no número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do Tribunal.

Cabe aqui apresentar os ensinamentos de Paulo Henrique dos Santos Lucon no tocante à afirmativa do senador Vital do Rego de que “certos tribunais não conseguiriam cumprir a norma com rapidez porque seus órgãos colegiados fracionados têm apenas três ou quatro julgadores”. Isso porque é facultado ao próprio tribunal dispor sobre as regras de organização judiciária em razão da sua autonomia, podendo, inclusive, promover reestruturações capazes de atender à nova técnica de julgamento¹⁸.

Sendo assim, ao final da tramitação legislativa, o senador Vital do Rêgo ficou vencido em seu posicionamento, tanto que na votação definitiva do projeto se manteve o dispositivo que exigia unanimidade nos julgamentos em apelação, rescisória e agravo de instrumento, sob pena de se aplicar a técnica de ampliação do colegiado¹⁹.

Assim, com a edição do CPC/15, Lei n. 13.105/15, foi inserida no ordenamento jurídico a técnica de ampliação do colegiado, que figura como um sucedâneo dos embargos infringentes. Trata-se de instituto jurídico com natureza de técnica processual, e não de um recurso, como sustentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁰:

Não se trata de novo recurso, nem tecnicamente de novo julgamento: o art. 942, CPC, constitui apenas um meio de provocar a ampliação do debate. A ampliação do debate não depende de requerimento de quaisquer das partes – o prosseguimento do julgamento deve se dar de ofício.

¹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade>. Acesso em: 23 set. 2020

¹⁹ NÓBREGA, BECKER, 2015, *op. cit.*

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. . 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. [livro eletrônico] p. 192.

A referida técnica processual está prevista no artigo 942 do CPC/15²¹ e consiste, basicamente, na convocação de novos julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial quando do julgamento não unânime da (i) apelação, (ii) ação rescisória – quando o resultado for a rescisão da sentença, e (iii) agravo de instrumento – quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Apesar de semelhantes, cumpre esclarecer que os embargos infringentes e a técnica de ampliação do colegiado não se confundem entre si, havendo diferenças conceituais e procedimentais.

Primeiramente, a distinção reside na natureza jurídica, visto que os extintos embargos infringentes se tratava de uma espécie recursal, que se alicerçava na voluntariedade das partes e na existência de uma decisão judicial recorrível.

A técnica de ampliação do colegiado, por sua vez, figura no sistema processual brasileiro como uma técnica de julgamento, afastando a exigência de voluntariedade das partes, e, inclusive, não havendo sequer a lavratura do acórdão passível de recurso, tendo em vista que o julgamento é, tão somente, suspenso até a convocação dos novos julgadores.

Há também uma diferença nodal no que se refere ao cabimento e aplicação dos referidos institutos. Isso porque os antigos embargos infringentes eram cabíveis somente contra acórdãos não unânicos que reformassem, em sede de apelação, a sentença de mérito, ou que houvessem julgado procedente ação rescisória. Ao passo em que a técnica de julgamento ampliado não se limita às questões de mérito²² e será

²¹ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

²² O art. 942/CPC não circunscreve a ampliação do julgamento apenas às questões de mérito. Qualquer julgamento não unânime – quer verse questões de direito material – quer verse questões de direito processual, pode ser subjetivamente ampliado. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO p.192).

aplicada sempre que o julgamento da apelação, da ação rescisória e do agravo de instrumento²³ for não unânime²⁴.

Superadas as distinções, passa-se a análise da aplicação do instituto nos tribunais.

Como demonstrado nos parágrafos anteriores, em muito se criticou a nova técnica no tocante à capacidade dos tribunais de organizar seus órgãos julgadores para comportar a ampliação do colegiado sem influenciar na sua capacidade de julgamento²⁵.

Nesse mesmo contexto, Alexandre Freitas Câmara²⁶ afirma ter conhecimento de tribunais em que a sessão se inicia com quatro julgadores e em caso de divergência entre os três magistrados da composição originária é colhido o voto do quarto componente, de maneira que a suspensão do julgamento e a convocação de novos magistrados só ocorre se este último não se filiar à maioria.

Isso porque no julgamento por turma de três magistrados, dois novos serão convocados para o prosseguimento do julgamento, em sessão que será designada para assegurar às partes o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores²⁷.

Cumprir registrar que a ausência da aplicação da técnica resulta em nulidade do julgado, nestes termos já decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

De fato, a inobservância da regra do § 3º do art. 941 do CPC/15 constitui vício de atividade ou erro de procedimento (*error in procedendo*), porquanto não diz respeito ao teor do julgamento em si, mas à condução do procedimento de lavratura e publicação do

²³ Nas duas últimas opções, observando os requisitos dos incisos I e II "I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

²⁴ Faz-se necessário registrar que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o REsp 1.733.820, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, estabeleceu que nos julgamentos de apelação, a ampliação do quórum de julgadores deve ser utilizada tanto nos casos em que há reforma da sentença quanto nos casos em que a sentença é mantida, desde que a decisão não seja unânime. De outro lado, o Ministro Raul Araújo apresentou voto divergente no sentido de que o julgamento ampliado se aplicaria somente quando implicasse na reforma da sentença.

²⁵ Vide o trecho do voto do senador Vital do Rego.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 3 v.

acórdão, já que este representa apenas a materialização do respectivo julgamento.²⁸

Em um primeiro momento, a percepção que se pode ter é de que a aplicação da técnica em todo e qualquer caso de julgamento não unânime de apelação atrasaria o andamento do feito²⁹.

No entanto, Fernanda Medina Pantoja³⁰ realizou uma pesquisa empírica no Tribunal do Rio de Janeiro, na qual se verificou que o tempo total de julgamento das apelações naquele tribunal foi reduzido em 1/3 em relação aos antigos embargos infringentes:

Da análise dos dados levantados, percebe-se, resumidamente, que, ainda que a técnica de ampliação da colegialidade seja impositiva em todo julgamento não unânime, e que a sua incidência tenha implicado em um aumento, do ano de 2015 para o ano de 2017, de 1.051 (mil e cinquenta e um) julgamentos com o quórum composto por 5 (cinco) magistrados, o tempo de duração das sessões, em dias, no ano de 2017, **representa 1/3 do tempo total despendido no processamento e julgamento dos embargos infringentes em 2015.**(g.n.)³¹

Ou seja, naquele tribunal a técnica se mostrou aplicável e inclusive capaz de produzir resultados que indicavam um julgamento mais célere em comparação aos infringentes. Daí uma, entre tantas, das inquietações que deram origem a essa pesquisa: esse cenário do TJRJ reflete a realidade de outros tribunais?

Assim, aflorou-se o questionamento sobre a contribuição da técnica de ampliação do colegiado no tocante a um julgamento mais célere, ou seja, a dispensa na intimação para contrarrazões, decisão de admissibilidade, eventual redistribuição, assim como ocorria nos embargos infringentes, propicia uma diminuição no tempo de julgamento ou não?

Para tanto, escolheu-se o TJDF para ser objeto de análise no tocante à aplicação da técnica de ampliação do colegiado no dia a dia do tribunal, sendo o principal objetivo construir uma base de dados que possibilitasse a visualização da

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1729143**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2019. Diário Eletrônico. Brasília.

²⁹ Essa preocupação inclusive foi apresentada pelo Ministro Raul Araújo em seu voto divergente quando do julgamento do Resp nº 1733820.

³⁰ PANTOJA, *op. cit.*

³¹ *Ibid.*, p. 18.

estrutura interna e rotina de julgamentos, bem como a contribuição da técnica para fins de concretizar o princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³².

2. METODOLOGIA DE PESQUISA UTILIZADA PARA O LEVANTAMENTO DE DADOS

Essa pesquisa foi realizada no âmbito do TJDFT com o objetivo central de comparar (i) a incidência dos embargos infringentes e da ampliação do colegiado, (ii) o tempo de processamento e julgamento, e (iii) o índice de reversão após a aplicação desses institutos.

Tendo em vista esse objetivo, foi elaborada uma base de dados a partir de dados objetivos coletados junto ao sistema do tribunal contendo informações suficientes para responder os questionamentos supramencionados.

O TJDFT foi escolhido em razão de alguns critérios: (i) a proximidade e familiaridade do Tribunal e seu sistema com o pesquisador, que foram de grande influência para essa delimitação, e (ii) a virtualização da maior parte dos processos em trâmite na segunda instância³³.

A pesquisa adotou o método quantitativo com o objetivo de extrair conclusões gerais a partir de uma base de dados empírica³⁴.

Como principal meio de pesquisa, utilizou-se a ferramenta de busca de jurisprudência do tribunal, o SISTJWEB³⁵, por meio da qual é possível delimitar os parâmetros desejados da consulta, tais como classe/espécie, data de julgamento etc.

Antes de iniciar a coleta de dados, fez-se necessário estabelecer um marco temporal de pesquisa. Assim, optou-se por examinar julgamentos realizados dentro

³² LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³³ Disponível em: <https://www.tjdf.tj.br/institucional/imprensa/noticias/2019/outubro/tjdf- chega-a-marca-de-80-dos-processos-digitalizados>. Acesso em 17 nov. 2020.

³⁴ Diferentemente da pesquisa qualitativa, os resultados da pesquisa quantitativa podem ser quantificados. Como as amostras geralmente são grandes e consideradas representativas da população, os resultados são tomados como se constituíssem um retrato real de toda a população alvo da pesquisa. A pesquisa quantitativa se centra na objetividade. (FONSECA, *apud* SILVEIRA, GERHARDT).

³⁵ Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.tj.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em 17 nov. 2020.

do período de 6 meses, sendo que a 1ª amostragem deveria corresponder à época de vigência do CPC/73 e a 2ª amostragem necessariamente deveria abarcar processos julgados após a vigência do CPC/15.

Logo após a constatação dessa necessidade de delimitação temporal, a escolha foi por analisar o último semestre “completo”³⁶ de julgamentos na vigência do CPC revogado, que correspondeu ao ano de 2015, e o semestre mais recente de julgamentos com sob a égide do CPC/15, que correspondeu ao ano de 2020.

Feitos esses recortes, o primeiro passo para testar a hipótese foi coletar as informações sobre os julgamentos de embargos infringentes realizados pelo TJDF. Para tanto, restringiu-se a classe processual para “embargos infringentes (CÍVEL)”, registrado no sistema interno sob o código 208, que retornou um total de 4561 acórdãos.

Na sequência, foi inserido o primeiro filtro, correspondente à limitação temporal, de maneira que se restringiu a busca para os processos julgados entre os dias 01 de julho de 2015 e 31 de dezembro de 2015, ou seja, o 2º semestre de 2015. O período foi escolhido por refletir o último semestre completo de vigência do CPC/73.

No segundo filtro, excluiu-se da consulta a base de dados referente aos acórdãos das Turmas Recursais, aos informativos de jurisprudência, aos relatórios de jurisprudência em temas, às decisões monocráticas, às decisões da presidência, às súmulas e aos acórdãos de incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Com o propósito de registrar todas as percepções da pesquisa, cumpre esclarecer que na análise dos julgados, verificou-se que a busca retornou também processos em fase de embargos de declaração julgados de forma unânime, mas que do julgamento principal houve a ampliação do colegiado, esses não foram incluídos na planilha de dados.

Também foram identificados processos os quais haviam retornado do Superior Tribunal de Justiça para um novo julgamento, esses acórdãos não foram considerados para fins dessa pesquisa.

Ao final, chegou-se ao total de 143 acórdãos de julgamentos de embargos infringentes. A partir desse resultado, iniciou-se a coleta de dados, consistente em (i) número do processo, (ii) número de registro do acórdão, (iii) data de oposição do

³⁶ Não se considerou o 1º semestre de 2016, quando iniciou a vigência do CPC/15.

recursos, (iv) data de julgamento, (v) data de publicação (vi) órgão julgador, (vii) relator, e, (viii) se o recurso foi acolhido para fazer prevalecer o voto vencido.

Posteriormente, colhidas informações sobre os extintos embargos infringentes, passou-se a analisar a incidência da técnica de ampliação do colegiado no TJDF. Para tanto, buscou-se no campo livre de pesquisa pelo termo “art. 942”, que retornou um total de 4253 acórdãos.

Assim como nos embargos infringentes, restringiu-se a base de dados apenas para “acórdãos”³⁷.

Na sequência, filtrou-se os acórdãos julgados no período compreendido entre no período de 01 de janeiro de 2020 e 30 de junho de 2020, correspondente ao 1º semestre de 2020.

Insta destacar que inicialmente havia a preocupação de que a suspensão dos julgamentos entre os dias 16 de março e 11 de maio de 2020, decorrente da pandemia mundial do novo coronavírus³⁸, tivesse reduzido significativamente o número de julgamentos, todavia, surpreendentemente, a busca realizada retornou 479 resultados³⁹.

Assim como nos dados colhidos dos embargos infringentes, a pesquisa retornou processos em fase de embargos de declaração nos quais quando do julgamento do mérito houve a ampliação do colegiado, esses processos não foram incluídos na planilha de dados.

Além disso, também não foram incluídos os processos que tramitavam em segredo de justiça e que pelo dispositivo do acórdão não era possível extrair se houve ou não reversão do resultado.

Ao final, chegou-se ao total de 383 acórdãos de julgamentos em que houve a ampliação do colegiado. A partir desse resultado, iniciou-se a coleta dos seguintes elementos: (i) número do processo, (ii) número de registro do acórdão, (iii) data de

³⁷ Excluíram-se os acórdãos das Turmas Recursais, os informativos de jurisprudência, os relatórios de jurisprudência em temas, as decisões monocráticas, as decisões da presidência, as súmulas e os acórdãos de incidentes de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

³⁸ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/marco/coronavirus-tjdft-suspende-audiencias-nao-urgentes-e-prazos-de-processos-fisicos>. Acesso em 17 nov. 2020.

³⁹ Após esse período de suspensão, as sessões passaram a ocorrer por videoconferência por meio da plataforma Cisco Webex, disponibilizada pelo CNJ. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/maio/tjdft-regulamenta-audiencias-e-sessoes-de-julgamento-por-videoconferencia>. Acesso em 17 nov. 2020

julgamento, (v) data de publicação (vi) órgão julgador, (vii) relator, e, (viii) se houve a reversão da decisão após a ampliação do colegiado.

Dessa forma, construiu-se uma base de dados sobre julgamentos de embargos infringentes e processos em que houve a ampliação do colegiado no TJDF, capaz de possibilitar uma discussão em torno da efetividade da técnica processual, como será abordado nos capítulos seguintes.

3. RESULTADOS OBTIDOS

Após as delimitações, foi possível construir uma base de informações composta por 143 acórdãos referentes a embargos infringentes julgados pelo TJDF no 2º semestre de 2015 e 383 acórdãos de processos julgados pelas turmas cíveis do TJDF no 1º semestre de 2020, os quais tiveram seus andamentos analisados minuciosamente, conforme consta nas tabelas que seguem juntas a esse trabalho (anexo 1 e 2).

Primeiramente, iniciou-se com a análise dos elementos oriundos dos embargos infringentes.

A primeira observação proveniente da pesquisa que merece destaque é que não foram localizados processos julgados pela 3ª Câmara Cível, de maneira que os acórdãos analisados correspondiam a julgamentos realizados pela 1ª e 2ª Câmaras Cíveis.

Contatou-se um total de 143 acórdãos referentes a embargos infringentes julgados pelo TJDF no 2º semestre de 2015. Desse total de processos, 70 acórdãos, que correspondem a 49% do volume total, foram julgados pela 1ª Câmara Cível, na medida que 73 acórdãos, correspondente a 51%, foram realizados pela 2ª Câmara Cível, conforme pode-se visualizar no gráfico abaixo:

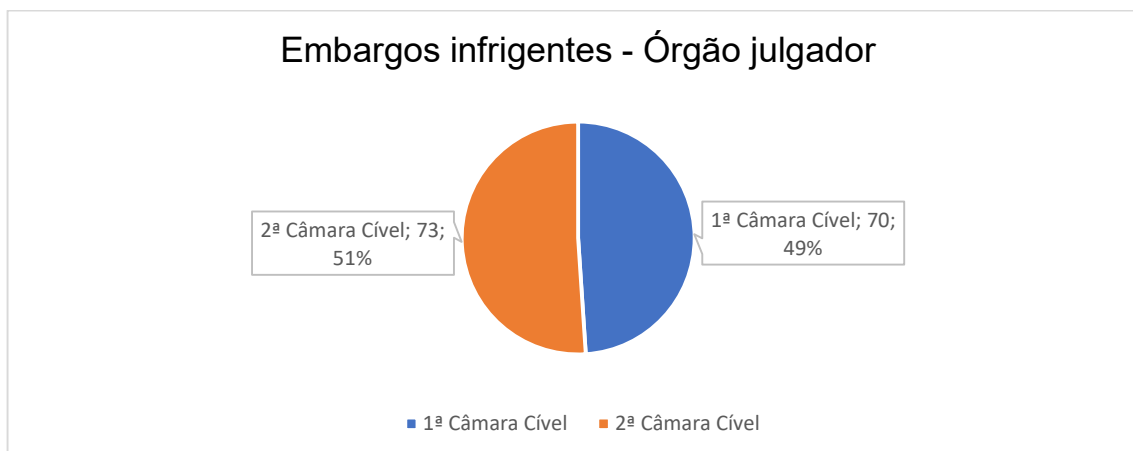


Gráfico 1 – Gráfico elaborado pela autora sobre o percentual de julgamentos dos embargos infringentes realizados pelas câmaras cíveis do TJDF (2020).

Ao contrário do que ocorre no julgamento ampliado, como será esclarecido no próximo capítulo, a quantidade de julgamentos realizados por cada órgão não guarda relação com a divergência, tendo em vista que os infringentes são opostos em face de acórdão julgado pelas turmas cíveis do tribunal e na sequência distribuídos às câmaras cíveis.

No entanto, outro dado que foi coletado diz respeito ao índice de reversão (geral e segregado por cada órgão) quando da análise do recurso. Ou seja, dentre os 143 julgamentos de infringentes realizados no período selecionado, quantos foram acolhidos ou parcialmente acolhidos para reformar a decisão recorrida e fazer prevalecer o voto minoritário.

Como exposto, o exame do índice de reversão se deu mediante a análise da parte dispositiva do julgado, na qual indica o acolhimento ou não do recurso.

Do total de processos analisados, em 72 acórdãos os infringentes foram acolhidos ou parcialmente acolhidos para fazer prevalecer o posicionamento manifestado no voto vencido, na mesma medida que em 71 dos julgados os infringentes não foram acolhidos. Dessa forma, pode-se fazer que havia reversão em 50,3% dos julgados, conforme se verifica no gráfico abaixo:

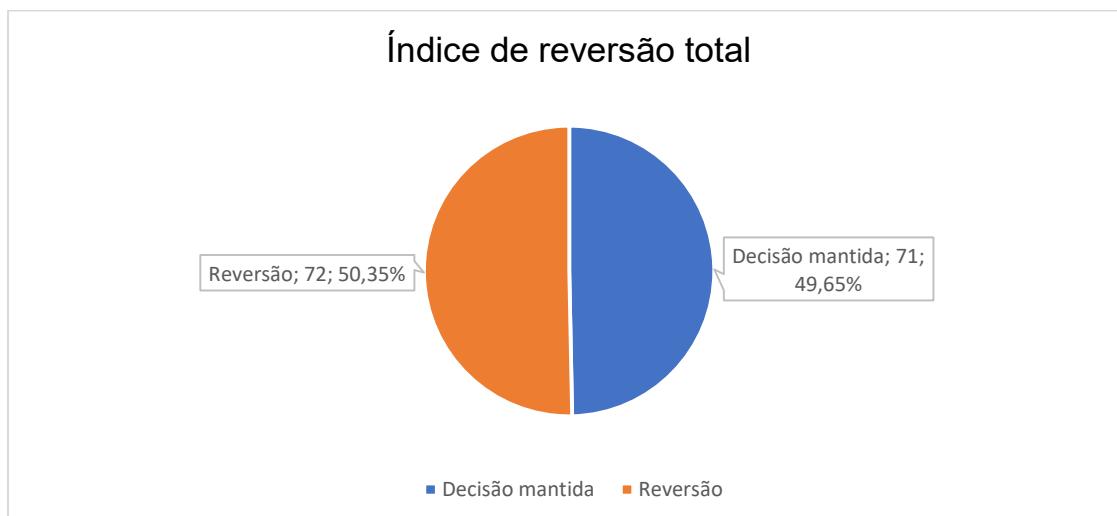


Gráfico 2 – Gráfico elaborado pela autora sobre o índice de acolhimento dos embargos infringentes pelas câmaras cíveis do TJDF (2020).

Paralelamente, os dados foram segregados entre os órgãos julgadores a fim de verificar quais estavam mais propensos ao acolhimento dos infringentes. Obteve-se o seguinte resultado: 33 infringentes foram acolhidos pela 1ª Câmara Cível, perfazendo um total de 45,83% de reversão, ao passo em que 39 recursos foram acolhidos pela 2ª Câmara Cível, que totaliza 54,17% no índice de reversão:

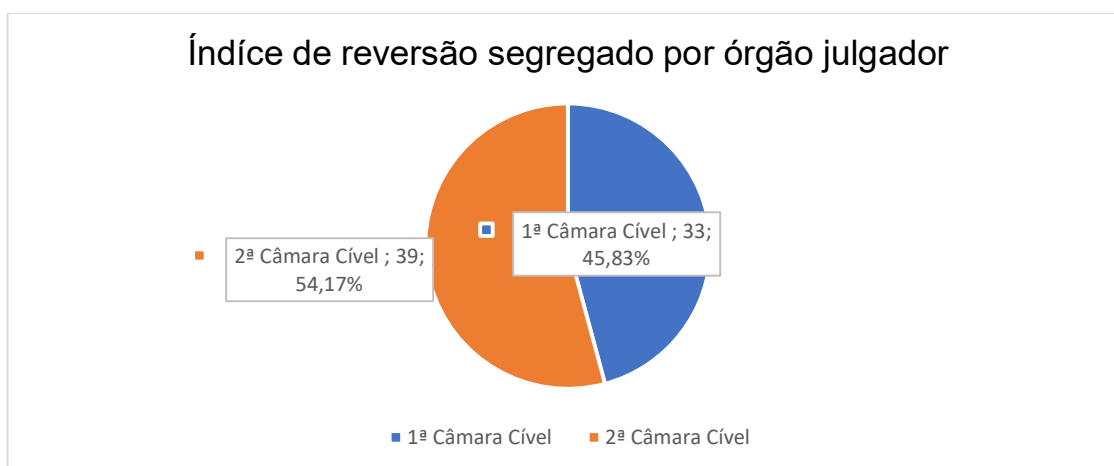


Gráfico 3 – Gráfico elaborado pela autora sobre o índice de modificação das decisões colegidas dos embargos infringentes no TJDF (2020).

Por fim, analisou-se o tempo despendido entre a oposição do recurso e seu efetivo julgamento, com o intuito de alcançar uma média de processamento do feito.

A variação foi calculada em meses, sendo que o prazo mínimo para julgamento foi de 3 meses⁴⁰:

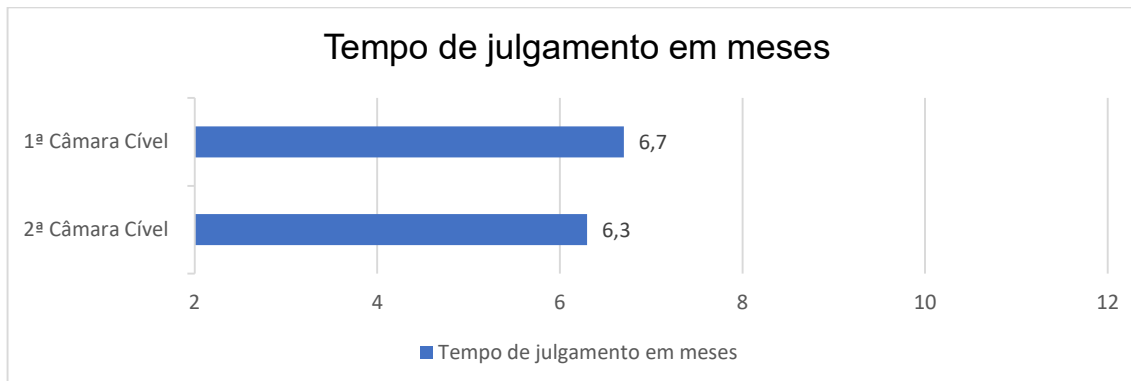


Gráfico 4 – Gráfico elaborada pela autora sobre o tempo de julgamento dos embargos infringentes pelas câmaras cíveis do TJDF (2020).

No contexto geral, verificou-se que, no 2º semestre de 2015, o tempo médio dispendido entre a oposição dos embargos infringentes era cerca de 6,4 meses. Ou seja, não era um procedimento célere, inclusive porque os infringentes obedeciam a um trâmite específico previsto no regimento interno do TJDF, que determinava a sua redistribuição a uma nova turma julgadora⁴¹.

No que diz respeito aos dados coletados sobre a ampliação do colegiado, verificou-se um total de 383 processos julgados no 1º semestre de 2020 pelas turmas cíveis do TJDF nos quais houve divergência e fez-se necessário o julgamento ampliado.

Para tanto, conforme foi detalhado no capítulo anterior, buscou-se no sistema de pesquisa no tribunal por acórdãos que fizessem menção ao art. 942 do CPC/15, que dispõe sobre a ampliação do colegiado.

A decisão da apelação ou do agravo de instrumento em 2ª instância deve ser realizada por órgão colegiado mediante o voto de três membros (art. 941, §2º do CPC/15⁴²). Em caso de julgamento não unânime, ou seja, uma decisão com dois votos

⁴⁰ Itens 6, 9, 30, 63, 75, 104, 107, 110, 113, 121 do anexo 1.

⁴¹ Art. 13. Compete às Câmaras Cíveis processar e julgar: I – os embargos infringentes e o conflito de competência, inclusive o oriundo de Vara da Infância e da Juventude;

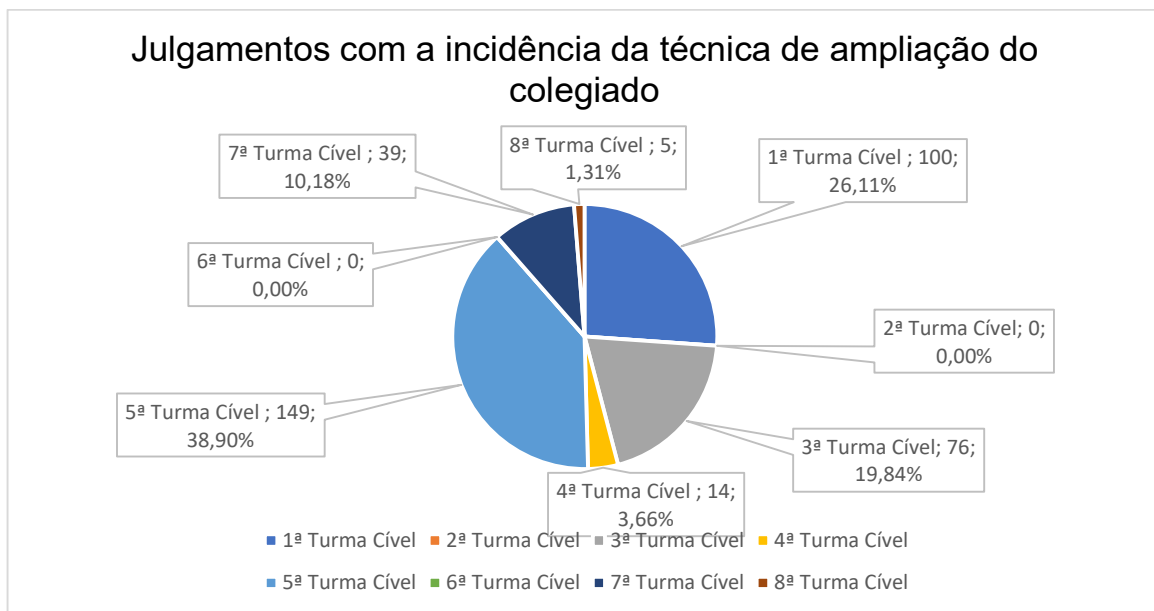
⁴² Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. [...] § 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.

vencedores e um voto vencido, não de ser convocados mais dois julgadores (art. 942)⁴³.

Nesse contexto, a quantidade de julgamentos realizados por cada órgão julgador mediante a convocação de novos magistrados tem relação com o índice de divergência entre seus componentes. Sendo assim, é interesse verificar em quais colegiados essa divergência tende a ocorrer com mais frequência.

Dito isso, fez-se o desmembramento do total de processos julgados com o quórum ampliado no tocante a cada órgão julgador do TJDF-T com base nos dados levantados nessa pesquisa. A 5ª turma cível foi o colegiado com o maior índice de incidência da técnica (38,90%), o cenário é o seguinte:

- 1ª Turma: 100 acórdãos (26,11%)
- 2ª Turma: 0 acórdãos (0%)
- 3ª Turma: 76 acórdãos (19,84%)
- 4ª Turma: 14 acórdãos (3,66%)
- 5ª Turma: 149 acórdãos (38,90%)
- 6ª Turma: 0 acórdãos (0%)
- 7ª Turma: 39 acórdãos (10,18%)
- 8ª Turma: 5 acórdãos (1,31%)



⁴³ DIDIER JUNIOR; CUNHA, *op. cit.*

Gráfico 5 – Gráfico elaborado pela autora sobre a quantidade de julgamentos realizados com a ampliação do colegiado no TJDF (2020).

Ato contínuo, buscou-se extrair dos dados o índice de reversão das decisões após a ampliação do colegiado, para tanto, foi necessário realizar uma análise qualitativa dos resultados de julgamento, visto que a maioria dos órgãos não incluem a informação sobre o placar de julgamento antes e depois da ampliação. Inclusive porque os votos podem ser alterados até o fim da sessão de julgamento, conforme preceitua o art. 942, §2º do CPC⁴⁴.

Entre todos os acórdãos, constatou-se um percentual de somente 20,1% de reversão das decisões após a ampliação do colegiado. Vale registrar que a 5ª Turma do tribunal foi a que mais teve julgamentos com quórum ampliado, todavia, a 1ª Turma Cível apresenta o maior índice de reversão, com 29 acórdãos. Veja-se:

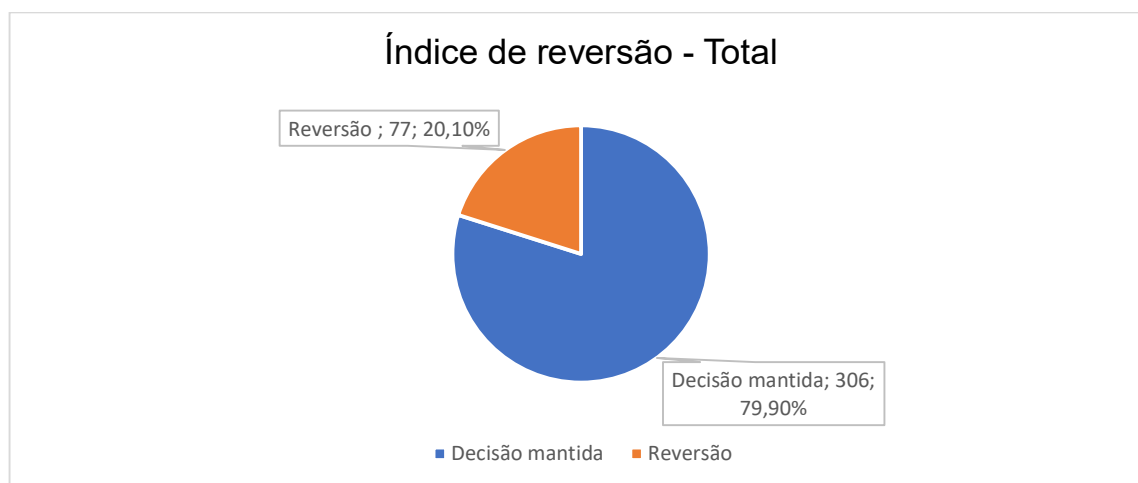


Gráfico 6 – Gráfico elaborado pela autora sobre o índice total de reversão das decisões após a ampliação do colegiado

⁴⁴Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. [...]

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

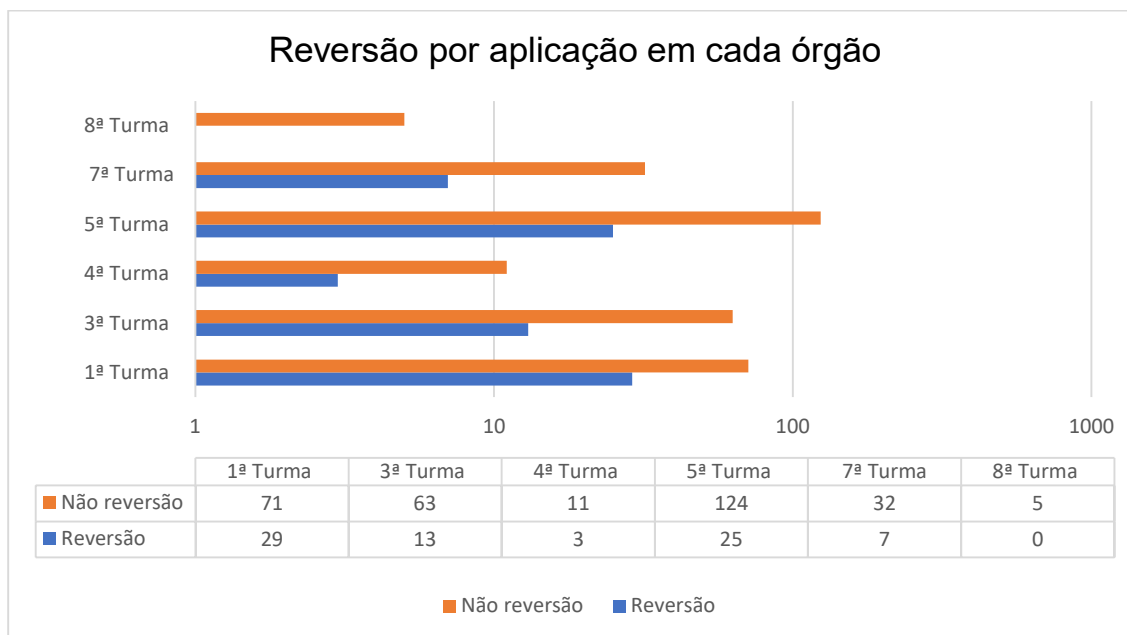


Gráfico 7 – Gráfico elaborado pela autora sobre o índice de modificação por órgão das decisões após a ampliação do colegiado no TJDFT (2020).

Vale registrar que nos 5 (cinco) julgamentos realizados pela 8ª Turma Cível do tribunal⁴⁵, foi possível constatar que o quórum, em regra, é de 4 (quatro) membros, de forma que só há ampliação do quórum se o 3º vogal não se filiar à maioria. Nestes casos, consta do acórdão de julgamento a seguinte observação: “Com esse quadro, não há necessidade de se aguardar o quarto vogal (quinto julgador), tendo em vista que o seu voto não será processualmente suficiente para inverter o resultado já consolidado pela maioria que se formou.”

Neste ponto, chama atenção o fato de o julgamento ocorrer com apenas a presença de 4 (quatro) membros julgadores, situação que não encontra previsão legal ou regimental. O art. 941, §2º do CPC/15 determina que o julgamento da apelação ou de agravo de instrumento será realizado por órgão colegiado mediante a colheita do voto de 3 (três) juízes, na mesma medida em que o art. 942 dispõe que nos casos onde não houver unanimidade da decisão serão convocados julgadores em número suficiente para garantir a inversão do resultado inicial.

No que se refere ao tempo de julgamento dos processos em que o julgamento não se dá de forma unânime, o art. 942 do CPC/15 dispõe que o julgamento terá

⁴⁵ Itens 379, 380, 381, 382 e 383 do anexo 2.

prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, por sua vez, o art. 119 do regimento interno do TJDF⁴⁶ dispõe que o julgamento terá prosseguimento na mesma sessão.

Diante desse cenário, a instauração do colegiado nesse tribunal tende a acontecer na mesma sessão em que o voto divergente é proferido, principalmente pela capacidade física do tribunal de alocar seus membros de 2ª instância em número suficiente para que haja a complementação do quórum.

Eventualmente, quando um dos membros do colegiado não comparece à sessão e não há possibilidade de substituição, o julgamento é suspenso, bem como é designada nova sessão de julgamento com a presença dos demais integrantes da Turma⁴⁷.

O tempo de conclusão dos julgamentos quando ocorre a ampliação do colegiado não foi objeto desse estudo, sendo suficiente para o objetivo aqui pretendido, obter um panorama no tocante ao tempo de junto dos embargos infringentes.

Por fim, entre as dificuldades encontradas ao longo da pesquisa, pode-se citar a ausência de um padrão na parte dispositiva do acórdão no que se refere ao panorama de julgamento antes e depois da ampliação do colegiado.

Explica-se: apenas a 1ª Turma Cível do TJDF⁴⁸ faz constar expressamente o resultado antes da incidência da técnica, intitulado como “resultado parcial”, bem como apresenta o resultado após a ampliação do quórum de julgamento, nomeado como “resultado final”, as demais turmas apenas apresentam o resultado final de julgamento.

Assim, quando a informação sobre o resultado “parcial” não está presente na parte dispositiva, faz-se necessário analisar o inteiro teor do acórdão para compreender o resultado dos votos proferidos antes da ampliação, o resultado final e,

⁴⁶ Art. 119. Quando o resultado da apelação não for unânime, o julgamento terá prosseguimento na mesma sessão, caso estejam presentes outros julgadores integrantes da Turma, em número suficiente para garantir a inversão do resultado inicial.

⁴⁷ § 1º Constatada a insuficiência de quórum, será designada nova sessão de julgamento com a presença dos demais integrantes da Turma, ou, se houver necessidade, mediante designação de novos julgadores, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões.

por fim, se houve alguma alteração no panorama inicial de julgamento que indique a ocorrência de reversão.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que nos embargos infringentes levavam, em média, 6,4 meses para entre a data de oposição do recurso e seu julgamento, além disso, havia um equilíbrio no índice de reversão dos julgados (50,3%). Na técnica de ampliação do colegiado, por sua vez, o índice de reversão cai para 20,1% dos julgados, na medida em que os julgamentos ocorrem na mesma sessão, podendo-se inferir que o tempo de julgamento diminuiu em 6,4 meses se comparada aos embargos infringentes.

4. PERCEPÇÕES SOBRE OS ACHADOS

Diante das informações coletadas, dois pontos merecem destaque, quais sejam (i) a disparidade no índice de reversão entre os institutos, e (ii) o tempo de julgamento dos embargos infringentes em relação à técnica de ampliação.

Preliminarmente, é importante entender a estrutura interna do tribunal aqui analisado.

Pois bem, na vigência do CPC/73, o art. 13 do regimento interno do TJDFT determinava que incumbia às câmaras cíveis processar e julgar os embargos infringentes opostos em face dos acórdãos julgados pelas turmas cíveis⁴⁸.

Dessa forma, as turmas cíveis eram competentes para o julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da reclamação⁴⁹, tendo em vista que quando do julgamento não unânime da apelação que reformasse a sentença, ou que julgasse procedente a ação rescisória, era cabível embargos infringentes.

O recurso deveria ser endereçado ao relator do acórdão divergente, que era competente para realizar o juízo de admissibilidade, nos termos do art. 531 do CPC/73. Além disso, “a abertura de vista para o embargado responder ao recurso antecede ao juízo de admissibilidade” e podia “ser feita automaticamente pela secretaria do tribunal após a entrada dos embargos, independentemente de despacho

⁴⁸ Art. 13. Compete às Câmaras Cíveis processar e julgar: I – os embargos infringentes e o conflito de competência, inclusive o oriundo de Vara da Infância e da Juventude;

⁴⁹ Art. 18. Compete às Turmas Cíveis: I - julgar a apelação, o agravo de instrumento e a reclamação relativa à decisão proferida por magistrado de Primeiro Grau;

do relator⁵⁰. Ao passo em que essa competência era modificada quando opostos embargos infringentes em face desses acórdãos, momento no qual era atribuída às câmaras cíveis a competência para julgamento do recurso.

À época, cada turma cível do TJDFT era composta de 4 (quatro) desembargadores, podendo reunir-se com a presença de no mínimo 3 (três) julgadores. Por sua vez, as câmaras cíveis eram compostas pelos membros das turmas cíveis⁵¹, perfazendo o total de 8 (oito) julgadores.

Além disso, a designação de relator para os embargos infringentes recaía sob o magistrado que não tivesse participado do julgamento anterior, nos termos do art. 534 do Código de Processo Civil de 1973⁵². Ou seja, além da mudança do relator do feito, havia também uma alteração primordial referente aos membros que compunham os órgãos julgadores.

Sendo assim, essa estrutura propiciava que os infringentes fossem julgados por um novo órgão julgador, garantindo um novo olhar ao processo, em especial na perspectiva do voto minoritário que ensejava a interposição de recurso.

Na vigência do CPC/15, o dispositivo que determinava a composição das turmas cíveis por 4 (quatro) julgadores se manteve inalterado, todavia, em uma pesquisa rápida perante o tribunal, é possível verificar que todas as 8 turmas cíveis são compostas por 5 membros⁵³.

No entanto, com a inserção da técnica de ampliação do colegiado no sistema processual, foi extinto do regimento interno o dispositivo que determinava a redistribuição dos infringentes às câmaras cíveis, haja vista não existir mais recurso que ensejasse a redistribuição do feito. Assim, o julgamento ampliado é realizado pelo mesmo órgão no qual se inaugurou a divergência, não havendo necessidade de designação de um novo relator para o processo.

O art. 119 do regimento interno do TJDFT dispõe que “quando o resultado da apelação não for unânime, o julgamento terá prosseguimento na mesma sessão, caso

⁵⁰ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *apud* TORRES; SILVA.

⁵¹ Art. 12. A Primeira Câmara Cível é composta pelos membros da Primeira e da Sexta Turma Cível; a Segunda Câmara Cível, pelos membros da Segunda e da Quarta Turma Cível; e a Terceira Câmara Cível, pelos membros da Terceira e da Quinta Turma Cível.

⁵² Art. 534. Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.

⁵³ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/composicao/2a-instancia/turmas-civeis>. Acesso em 17 de nov. 2020.

estejam presentes outros julgadores integrantes da Turma, em número suficiente para garantir a inversão do resultado inicial.”

Sendo assim, colhidos os votos e não havendo unanimidade, prossegue-se o julgamento, preferencialmente na mesma sessão, com mais outros julgadores. O julgamento não se encerrou e irá prosseguir com uma composição ampliada para a partir de então haver a proclamação do resultado do julgamento, com a lavratura de acórdão⁵⁴.

Tendo em vista essa estrutura interna do TJDFT para os julgamentos em 2ª instância, tem-se o seguinte cenário: sob a égide do CPC/73, os infringentes eram julgados por outro órgão julgador composto por membros que tinham o primeiro contato com o processo naquela oportunidade, principalmente com acesso aos fundamentos do voto vencido e manifestação das partes. Já na estrutura de julgamento ampliado, os mesmos julgadores que compunham o quórum antes da reversão permanecem no julgamento após a inauguração da divergência, não havendo a manifestação das partes e, em regra, o julgamento sendo concluído na mesma sessão.

Diante desse cenário e após a análise dos dados coletados, tem-se que os infringentes chegavam a um índice de reversão de 50,3%, ou seja, mais da metade dos recursos eram acolhidos e propiciavam uma alteração do resultado inicial com base no voto divergente apresentado. Já no que se refere à técnica de ampliação do colegiado, esse índice cai para 20,1% de reversão dos julgados, o que significa dizer que o índice é 30,2% menor do que os infringentes.

É de se observar que, muito embora tenha-se números menores de reversão no que se refere ao julgamento ampliado, as hipóteses de cabimento desse instituto são mais amplas, de modo que os resultados podem vir a ser diferentes caso seja restringida a pesquisa para os casos julgados sob a ótica da ampliação do colegiado, porém se limitando às hipóteses de cabimento dos embargos infringentes.

Então, pode-se inferir que, dentre outros fatores também relevantes, mas que não foram objeto desse trabalho, a redução significativa no índice de reversão entre os institutos pode guardar relação com a mudança da estrutura interna do TJDFT nos períodos analisados.

⁵⁴ DIDIER; CUNHA, *op. cit.*

O segundo ponto que merece destaque é o tempo de julgamento dos embargos infringentes. Como bem detalhado no capítulo anterior, a fase de pesquisa compreendeu diversas etapas, entre elas a coleta de dados referente ao tempo dispendido entre a oposição do recurso e seu efetivo julgamento.

A partir desses dados, obteve-se uma média de julgamento de 6,4 meses para o processamento dos embargos infringentes. Esse período compreende (i) a data de oposição do recurso, (ii) o prazo para contrarrazões por parte do embargado, (iii) a distribuição para novo órgão julgador, (iv) a inclusão em pauta, e, por fim, (v) o julgamento.

O menor intervalo de tempo identificado entre os processos analisados foi de 3 meses entre a data de oposição do recurso e seu julgamento⁵⁵, enquanto o maior tempo de julgamento foi de 21 meses⁵⁶.

À medida que, atualmente, a técnica de ampliação do colegiado afasta todas as etapas de processamento dos infringentes e possibilitando, inclusive, um julgamento a ser realizado na mesma sessão na qual se instaurou a divergência, como ocorre no TJDFT.

Esse novo panorama no sistema processual, com o julgamento ampliado, trouxe mais força à instrumentalidade do processo, que busca atingir uma rapidez nos julgamentos⁵⁷, assim ensina Humberto Theodoro Junior:

Além da fuga ao tecnicismo exagerado, bem como do empenho em reformas tendentes a eliminar entraves burocráticos dos procedimentos legais (que hoje, diga-se, a bem da verdade, são raros), a efetividade da prestação jurisdicional, dentro da duração razoável do processo e da observância de regras tendentes à celeridade procedimental, passa por programas de modernização da Justiça, de feitio bem mais simples.⁵⁸

Tem-se que é uma técnica simples de julgamento, que busca a obtenção de resultado, sem a necessidade de criar um recurso ou relação processual, nas palavras de TORRES e SILVA, “o código não mumifica o resultado”⁵⁹. No contexto do TJDFT, em órgãos julgadores com um número maior de julgadores suficiente para a inversão

⁵⁵ Itens 6, 9, 30, 63, 75, 104, 107 110, 113 e 121 do anexo 1.

⁵⁶ Item 120 do anexo 1.

⁵⁷ TORRES, SILVA, *op. cit.*

⁵⁸ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *apud* TORRES; SILVA.

⁵⁹ TORRES, SILVA, *op. cit.*

do resultado inicial, não havendo necessidade de designação de uma nova sessão de julgamento.

Além disso, há um aumento no nível da discussão em julgamento quando da ampliação do colegiado, “impulsionando a obtenção de um resultado acima de tudo, não ficando preso ao formalismo de um processo lento”⁶⁰, ou seja:

Com a priorização do mérito, será exaltado o prestígio à justiça da decisão e a possibilidade de reversão, e mais uma vez assegurada a manutenção da segurança jurídica, de forma que se não procrastine o processo⁶¹.

Nesse sentido, tem-se que a técnica de ampliação do colegiado prevista pelo CPC/15 é um meio de garantir resultados eficazes e estimular a solução de mérito do processo, proporcionando uma maior discussão sobre o processo em um tempo razoável, como um instrumento de concretização do princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶².

CONCLUSÃO

Tem-se que a efetividade deseja à técnica, ao menos no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios atingiu o seu potencial pretendido, haja vista que reduziu e simplificou o tempo de processamento e julgamento em 2ª instância.

O trabalho se iniciou com uma breve e necessária contextualização sobre o surgimento da técnica de ampliação do colegiado como um sucedâneo dos embargos infringentes, espécie recursal que foi extinta do sistema processual civil brasileiro.

Buscou-se estabelecer parâmetros para diferenciação entre os institutos, ao mesmo tempo que se demonstrou a existência de similitudes.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para testar a hipótese, foi realizado um estudo quantitativo junto à base de dados do tribunal com a finalidade de levantar informações suficientes que demonstrassem um panorama geral de julgamento em diferentes épocas e sob a vigência de normas processuais distintas. A pesquisa se pautou em dados obtidos mediante a utilização de critérios objetivos de pesquisa.

Verificou-se que os embargos infringentes tinham um índice de reversão de 50,3% do total de julgados pela 1ª e 2ª câmara cíveis do TJDF no 2º semestre de 2015, havendo, inclusive, um equilíbrio no índice de reversão quando analisados os resultados de cada órgão julgador.

No que se refere à técnica de ampliação do colegiado, o índice de reversão dos julgamentos ampliados realizados pelas turmas cíveis do tribunal no 1º semestre de 2020 foi de apenas 20,1% do total de processos analisados, ou seja, 30,2% a menos do que nos infringentes.

Diante desses dados, inferiu-se que a diferença no índice de reversão dos institutos pode guardar relação com a estrutura interna do tribunal, não se afastando outras hipóteses que possam ser verificadas futuramente.

Também, ao final da pesquisa, é possível verificar que a nova técnica de julgamento processual reduziu em 6,4 meses o julgamento dos feitos em 2ª instância, atingindo o objetivo principal de redução do tempo de julgamento e concretização do princípio da razoável duração do processo.

O estudo dos dados realizado se faz imperioso para que seja possível identificar eventuais lacunas procedimentais na nova técnica, bem como aquecer os debates sobre a efetividade do instituto e sua aplicação prática.

Espera-se que o presente estudo tenha sido suficiente para aquecer o debate da efetividade de institutos como a técnica de ampliação do colegiado, podendo o TJDF, inclusive, servir de modelo para impulsionar possíveis melhoras no processamento da técnica de ampliação do colegiado em outros tribunais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **“Ampliar a colegialidade: valeu a pena?”**. Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis e assuntos afins, v. 13, coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. **O artigo 942 do CPC (técnica de ampliação do colegiado) em xequê.** 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-artigo-942-do-cpc-tecnica-de-ampliacao-do-colegiado-em-xequê-01022018>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Portaria GPR nº 1107, de 15 de setembro de 2009. Regimento interno do TJDF. **Diário de Justiça Eletrônico**, DF, 18 set. 2009. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gpr/2009/01107.html>. Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL. Portaria GPR nº 354, DE 16 de março de 2016. Regimento interno do TJDF. **Diário de Justiça Eletrônico**, DF, 30 mar. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/regimentos/regimento-interno-do-tjdft>. Acesso em 17 de nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1729143**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2019. Diário Eletrônico.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº 1733820**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2018. Diário Eletrônico.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em 17 nov. 2020.

_____. **Coronavírus: TJDF suspende audiências não urgentes e prazos de processos físicos.** 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/marco/coronavirus-tjdft-suspende-audiencias-nao-urgentes-e-prazos-de-processos-fisicos>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 3 v.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise TOLFO. **Métodos de pesquisa**. 1. ed. Rio Grande do Sul, 2009.

GRANADO, Daniel Willian. **Recurso de apelação no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade>. Acesso em: 23 set. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código De Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. [livro eletrônico]

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **O 942, mais de um ano depois**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI266601,11049-O+942+mais+de+um+ano+depois>. Acesso em: 13 set. 2020.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da; BECKER, Rodrigo Frantz. **Artigo 942 do novo CPC pode massacrar a divergência nos julgamentos**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/artigo-942-cpc-massacrar-divergencia-julgamentos>. Acesso em: 17 out.2020.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da, BECKER, Rodrigo Frantz. **O fim (?) dos embargos infringentes e a nova técnica de julgamento do artigo 942 do novo CPC**. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/processo-e-procedimento/224193/o-fim-----dos-embargos-infringentes-e-a-nova-tecnica-de-julgamento-do-artigo-942-do-novo-cpc>. Acesso em 19 out. 2020.

PANTOJA, Fernanda Medina et al. **A ampliação da colegialidade em apelação (art. 942 do Código de Processo Civil) na experiência do TJRJ**. [Rio de Janeiro]: Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/815908355/a-ampliacao-da-colegialidade-em-apelacao-art-942-do-codigo-de-processo-civil-na-experiencia-do-tjrj>. Acesso em: 22 out. 2020.

STRECK, Lênio; HERZL, Ricardo Augusto. **O que é isto - Os novos embargos infringentes? Uma mão dá e a outra...** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>. Acesso em: 26 set. 2020.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Patrícia de Oliveira e. **A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO NOVO CPC: um aliado para a obtenção da celeridade processual?**, in Revista CEJ, Brasília, n. 72, p. 7-16, maio/ago 2017. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.72.01.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

A GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO MENSAL EM CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTE: UM ESTUDO DE CASO EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Isabelle Assunção Silva

SUMÁRIO: Introdução; 1. Trabalho, salário e sua garantia como direito fundamental; 2. O trabalho e a proteção ao salário em âmbito internacional; 3. Contrato de trabalho intermitente, sua origem, caracterização e utilização atual; 4. A garantia do salário mínimo mensal em contratos de trabalho intermitente a partir de um estudo de caso. Considerações finais.

RESUMO

Este artigo almejou investigar e compreender o elemento salarial dentro da nova figura contratual do trabalho intermitente trazida pela Lei nº 13.467/2017, vulgarmente conhecida como Reforma Trabalhista. De início, realizou-se um estudo bibliográfico sobre o trabalho, o salário e a contratação intermitente. Logo após, apresentou-se o viés internacional do tema. Ao final, analisou-se um caso concreto com o fim de refletir se o trabalhador contratado em regime intermitente teria direito ao *quantum* total do salário mínimo mensal fixado em lei, tendo em vista as prescrições dos incisos IV e VII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Constatou-se que, de fato, a garantia constitucional expressa deveria ser preservada na modalidade contratual em exame.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Intermitente; Salário Mínimo; Garantia Constitucional.

THE GUARANTEE OF THE MONTHLY MINIMUM WAGE IN INTERMITTENT EMPLOYMENT CONTRACTS: A CASE STUDY IN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

This article aimed to investigate and understand the salary element within the new contractual figure of intermittent work brought by Law 13.467/2017, commonly known as Labor Reform. In the beginning, a bibliographic study on work, wages and intermittent hiring was carried out. Soon after, the international bias of the theme was presented. At the end, a specific case was analyzed in order to reflect on whether the worker hired on an intermittent basis would be entitled to the total quantum of the minimum monthly wage established by law, in view of the provisions of items IV and VII of article 7 of the 1988 Federal Constitution. It was found that, in fact, the express constitutional guarantee should be preserved in the contractual modality under examination.

KEYWORDS: Intermittent Contract; Minimum Wage; Constitutional Guarantee.

INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) experimentou várias alterações ao longo de sua vigência; contudo, foi com a Reforma de 2017 que houve as maiores mudanças, tendo em vista seu objetivo principal¹ de aumentar o número de empregos e a formalização contratual dos vínculos no Brasil. A justificativa utilizada para a realização dessas modificações foi a rigidez da CLT, a qual estaria inviabilizando investimentos que levariam à conquista de mais empregos.²

Neste espírito foram concebidas novas formas de contratação, entre elas o contrato de trabalho intermitente, previsto especificamente no §3º do artigo 443 e artigo 452-A, e de forma indireta em outros dispositivos, por exemplo, os artigos 611-A e 611-B que versam sobre o princípio da primazia da negociação coletiva, inclusive em relação ao contrato intermitente, observadas as vedações quanto ao objeto dessas negociações, todos da CLT. Essa inovação legal trouxe grande flexibilidade para o ordenamento trabalhista, pois tornou possível a contratação formal de empregado, por tempo indeterminado, mas sem lhe garantir todos os direitos trabalhistas comuns às formas de contratação já existentes. À vista disso, é imprescindível explorar a temática com foco nos direitos e regras contratuais imperativas que foram flexibilizadas.

A temática tem impacto direto na vida profissional, social e econômica de diversos trabalhadores brasileiros, tendo em vista que se pretende analisar neste artigo um ponto crucial dentro da recém-instituída forma de contrato trabalhista, quer dizer, o elemento da onerosidade contratual ou o complexo de parcelas econômicas retributivas do ofício.

O salário é, socialmente, um elemento de grande valia para o trabalhador visando atender ao coletivo de necessidades pessoais e familiares essenciais à saúde e à vida digna. Tem um enorme peso no orçamento das famílias brasileiras, pois, em regra, os trabalhadores sobrevivem através e apenas dele, comprovando sua importância para as condições de vida da

¹ BRASIL. Senado Federal. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de lei nº 6.787, de 2016.** Brasília, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

² Após um ano da Reforma (2019), IBGE informou que a taxa média de desemprego foi de 11,9%, enquanto que a de informalidade atingiu 41,1% da população ocupada, sendo a maior taxa desde 2016. Ainda relatou que o número de trabalhadores sem carteira e por conta própria foi recorde; do aumento de 1,8 milhão das ocupações em 2019, 446 mil eram ocupações informais, 958 mil eram ocupações de trabalhadores por conta própria, desses 586 mil sem CNPJ (G1: **Desemprego fica em 11% em dezembro, mas ainda atinge 11,6 milhões, diz IBGE.** Brasília, 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/31/desemprego-fica-em-11percent-em-dezembro-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2020).

população. Nos contratos intermitentes tal direito é um dos que foram flexibilizados³ com o fim de possibilitar a ampliação do número de empregos e a formalização dos vínculos. Isso porque o *caput* do artigo 452-A afirma que somente o valor da hora do intermitente não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento. Portanto, a lei não garante, em termos literais, o direito ao salário mínimo mensal, mas tão somente as horas efetivamente trabalhadas.

Assim, entende-se o tema como de relevante interesse jurídico e social por ainda existir dúvidas sobre suas disposições e aplicação. Nesse contexto, este artigo pretende analisar se o trabalhador contratado pelo regime intermitente deve ter a garantia do salário mínimo mensal preservada.

A hipótese de pesquisa é, *prima facie*, a preservação da garantia constitucional expressa no artigo 7º, incisos IV e VII, também ao trabalhador intermitente, assegurando-lhe a quantidade total do salário mínimo mensal legalmente previsto. Isso porque os intermitentes são empregados como os demais, são regidos pela CLT e, principalmente, protegidos pelas disposições trabalhistas da Carta Constitucional e pelos direitos estabelecidos em instrumentos normativos internacionais. Assim, deve prevalecer a legislação mais favorável ao contratado em concordância com o sistema principiológico de proteção ao trabalhador, bem como é necessário o uso da técnica judicial da interpretação conforme a Constituição, especialmente de acordo com os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – e ainda seria possível a realização de controle de convencionalidade pelo Estado-Juiz.

O primeiro tópico deste estudo pretende demonstrar a importância do trabalho e do salário para o desenvolvimento social e profissional dos trabalhadores, revisitar-se-á também a doutrina sobre o direito fundamental social ao salário mínimo. Em seguida, no segundo tópico, pretende-se examinar as proteções dadas pelos instrumentos internacionais ao trabalho e ao salário.

No terceiro tópico, explorar-se-á o contrato intermitente, sua caracterização e utilização no mundo atual à luz da doutrina moderna. No último tópico, será analisado um caso concreto com o propósito de perquirir se a garantia constitucional supracitada deve prevalecer nos

³ “À onda de redução de direitos trabalhistas apelidou-se, eufemisticamente, flexibilização, que abalou a efetividade dos princípios da irrenunciabilidade e da irredutibilidade. Pela utilização de palavras mais dóceis para uma mesma situação procurou-se (e tem-se conseguido) burlar a regra fundamental do direito do trabalho de perseguição da melhoria progressiva da condição econômica e social do trabalhador” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A supersubordinação**: invertendo a lógica do jogo. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008. p. 161).

contratos de trabalho intermitente em obediência à previsão dos incisos IV e VII do artigo 7º da Carta Magna.

Para a elaboração do presente artigo, utilizar-se-á a abordagem dogmático-instrumental, visto que se pretende analisar a doutrina mais recente quanto à temática, bem como as normas legais introduzidas pela Reforma Trabalhista e a jurisprudência trabalhista. Como técnica de pesquisa, foi realizado um estudo de caso visando extrair o entendimento jurisprudencial e verificar a dinâmica do próprio contrato intermitente, a fim de produzir dados qualitativos que serão empregados para a confirmação ou negação da hipótese levantada para a pesquisa.

1. TRABALHO, SALÁRIO E SUA GARANTIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O labor humano existe desde os primórdios da sociedade. É um dos responsáveis pelo desenvolvimento das civilizações para uma era de direitos. Entretanto, o labor nem sempre foi voluntário e contraprestativo. A própria palavra “trabalho” foi “originada de *tripalium*, instrumento composto de três paus (estacas) usado para torturar escravos. Dessa concepção passou-se, por assimilação, à palavra *tripaliare*, que designa toda e qualquer atividade humana, manual, técnica ou intelectual.”⁴

O labor escravocrata deu origem ao trabalho subordinado. Contudo, naquele não existia a reciprocidade de obrigações, o escravo era somente uma posse do seu senhor. Para tal nomenclatura insta ressaltar ainda a importância das demais formas de mão de obra utilizadas na Antiguidade por meio, por exemplo, dos servos e artesãos. Consoante entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, é através do progresso dos modos de produção de bens e de serviço que se compreende a biografia do trabalho, ressaltando que, na visão clássica, os dois tipos centrais são: o trabalho prestado por conta própria e o por conta alheia – isto é, autônomo e subordinado.⁵

O afloramento da relação de emprego (empregado e empregador) se deu com a quebra do sistema feudal durante o período da Idade Moderna. Foi assim que se tornou uma categoria jurídica e socioeconômica. Contudo, somente no decorrer da Revolução Industrial é que a relação empregatícia tomou força e passou a ser o modelo basilar de vinculação do trabalhador livre aos empregadores. A partir desse marco, tal relação de subordinação se transformou na

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

principal forma de contratação “no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea”.⁶

Na visão de Robert Castel, previamente à Revolução Industrial, havia duas modalidades essenciais da organização do trabalho: o trabalho regulado e o forçado. Essas modalidades eram exercidas através da coação cuja tenacidade justifica o porquê da criação de obstáculos para o trabalho "livre" erguer seu respectivo espaço.⁷

A ideia de uma parcela contraprestativa decorrente do trabalho, contemporaneamente chamada de salário, surge historicamente no momento em que o homem conquista o poder de dispor livremente de sua força de trabalho, colocando-a à disposição de terceiros. Somente, então, na sociedade pré-industrial, surgiu o conceito de assalariado.

[...] na sociedade pré-industrial, a *vagabundagem representa a essência negativa do assalariado*. Sua figura extrema permite evidenciar as características estruturais da condição, ou melhor, da não-condição salarial de então. O vagabundo é um assalariado "puro", no sentido de que, falando de modo absoluto, só possuía a força de seus braços. É a mão-de-obra em estado bruto. Mas é-lhe impossível entrar numa relação salarial para vendê-la. Sob a forma da vagabundagem, a condição de assalariado, poder-se-ia dizer, "chega ao fundo", é o grau zero da condição salarial: um estado impossível (mas que, entretanto, existiu em carne e osso para centenas de milhares de exemplares), que condena à exclusão social. Porém, este caso limite sublinha traços que, na época, a maioria das situações salariais partilhou. Mesmo quando não estão reduzidos à tal posição de *outcast*, os assalariados ocupam quase sempre posições frágeis e incertas: semicondição de assalariado, condição de assalariado fracionada, condição clandestina de assalariado, condição desprezada de assalariado [...].⁸

Preliminarmente, entende-se que o salário era literalmente a compensação dada ao trabalhador pela venda de sua força de trabalho a um comprador. Aliás, percebe-se que a expressão assalariado se manifestou, *prima facie*, com um viés negativo, uma posição social inferior a praticamente todas as demais, sendo até mesmo considerado como vagabundagem, pois esse sujeito não tinha nada a oferecer além do trabalho braçal.

Nesse sentido, Robert Castel ainda afirma que o assalariamento, em qualquer proporção, demonstrava normalmente uma degradação social mesmo se tratando de pessoas já miseráveis como o arrendatário e o artesão que locavam certa fração do seu dia a um terceiro mais afortunado, talvez permanecendo assalariados para sempre. É preciso partir de tais situações –

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 99.

⁷ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 170.

⁸ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 149.

posição inferior do assalariado – para indicar a vereda que tal condição necessita atravessar com o fim de suplantar essas enormes desvantagens.⁹ Estes assalariados, urbanos e rurais, “vivem exclusivamente da remuneração de sua força de trabalho, são assalariados. Mas o salário quase se reduz às prestações retiradas em gêneros sobre a lavoura, ao alimento à mesa comum e ao pouso no estábulo, mais um minúsculo pecúlio”.¹⁰

Fica evidente que, desde seu advento, o salário já tinha um caráter alimentar para o obreiro e sua família; isto é, ele era considerado como o principal e, muitas vezes, o único meio de sustento do trabalhador. Nesse sentido, afirma Mauricio Godinho Delgado que “o caráter alimentar do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a perspectiva do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades essenciais da pessoa humana e de sua família.”¹¹

A visão negativa da condição de assalariado, como o último ou único recurso para própria sobrevivência, como escória social, perdurou durante muito tempo ao redor do mundo.¹² Deve-se entender que nesta época (primeiras concentrações industriais) as condições de trabalho eram as piores, a situação dos operários era de tão extrema necessidade que se sujeitavam às tais ofertas de emprego para subsistirem, mas sempre desejando e procurando uma saída desse estado de abandono¹³. Robert Castel afirma que esse panorama se transformou no decorrer dos anos, quando a condição de assalariado evoluiu, tornando-se necessária e incontrolável, devendo o trabalho livre tornar-se a regra no estatuto da condição de assalariado.¹⁴

⁹ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 148.

¹⁰ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 201.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 875.

¹² “Tentar reconstituir o que podia ser a condição de assalariado nesse tipo de sociedade é, pois, referir-se a um conjunto de situações que têm em comum uma certa indignidade. Ser assalariado não conota somente a miséria material, situações de pobreza ou próximas da pobreza mas, também, estados de dependência que implicam uma espécie de subcidadania ou de infracidadania em função dos critérios que, para a época, asseguram um lugar reconhecido no conjunto social. Realmente, é assim porque, em todos esses tipos de condição de assalariado, trata-se de pessoas “de estado vil” ou de condição simples que só têm para trocar uma capacidade de trabalho manual e, amiúde, sob formas subqualificadas. Porém, justamente, o estado de assalariado quase não pode propor modelo mais prestigioso do que o oferecido por esta parte da população que constitui o “povo” e é obrigada a trabalhar com seus braços para viver e para sobreviver. Os serviços que têm uma dignidade social - e que se multiplicam e se diversificam à medida que o Estado se estrutura e que as profissões “liberais”, magistrados, médicos etc., se desenvolvem - não relevam da condição de assalariado.” (CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 204).

¹³ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 206.

¹⁴ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 209.

A modernidade liberal fez com que houvesse uma mudança no *status quo* da sociedade daquele período. Isso ocorreu por conta da metamorfose da ideia de trabalho, não sendo mais considerada somente como uma obrigação religiosa, moral ou econômica, mas como manancial de toda riqueza gerada. Para desempenhar tal fim social de forma proveitosa, o conceito precisava ser reformulado harmonicamente aos princípios da nova economia política.¹⁵

Nesse sentido, o labor, qualquer que fosse, dava sentido à vida do trabalhador e, ademais, era uma questão de sobrevivência, porquanto era por meio deste que o obreiro conquistava seu lugar na sociedade. Ficou claro que “o fato de que a riqueza seja produzida pelo trabalho e maximizada pela liberdade do trabalho é suscetível de acarretar uma profunda mudança de atitude em relação à massa, geralmente miserável e desprezada, que constitui a força de trabalho de uma nação”¹⁶.

Evolui-se, então, para o pensamento de que o Estado deveria investir ao máximo na capacidade de trabalho instigando seu florescimento na população trabalhadora,¹⁷ pois certamente geraria riquezas, desenvolvimento social, cultural e econômico para o país. O que tornaria possível sair da era do trabalho forçado para a era do assalariamento.

Observa-se que somente depois da Revolução Industrial, a condição de assalariado evoluiu para uma relação salarial (visão mais liberal), na qual o salário não seria somente a retribuição de um serviço, mas asseguraria direitos e acesso a subvenções trabalhistas por doenças, acidentes, aposentadoria. Tudo isso proporcionaria a participação ampla dos trabalhadores ao consumo, habitação, instrução e lazer.¹⁸ A partir desse momento, o assalariado começa a ocupar um real espaço dentro da sociedade, pois a retribuição financeira torna possível sua subsistência, mas também a aquisição de bens – mesmo que de massa, inclusive a moradia, direito fundamental ainda não assegurado, causando até mesmo ambição nas demais classes sociais.

Ao relatar a situação dos operários franceses pós-industrialização, Robert Castel afirma que “a sociedade salarial parece arrebatada por um irresistível movimento de promoção:

¹⁵ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 213.

¹⁶ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 236.

¹⁷ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 236.

¹⁸ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 416.

acumulação de bens e de riquezas, criação de novas posições e de oportunidade inéditas, ampliação dos direitos e das garantias, multiplicação das seguridades e das proteções.”¹⁹

Para se notar a grande evolução que os trabalhadores conquistaram, devem ser compreendidas as características e os principais elementos da relação salarial do início da industrialização. A remuneração dos operários industriais era próxima de uma renda mínima, garantindo somente a reprodução do trabalhador e da sua família, não permitindo a experiência do consumo por si só. Além disso, existia a carência de garantias legais trabalhistas, sendo a relação tida como contrato de aluguel de serviço regido pela lei civil.²⁰

Nesse diapasão, estava cognoscível a necessidade do estabelecimento de um sistema protetivo ao trabalhador, que lhe garantisse uma remuneração suficiente para sua sobrevivência e evolução social. A modernidade trouxe consigo várias mudanças ao sistema trabalhista, inclusive no tocante à contraprestação recebida pelo trabalhador. A origem do salário percorreu a História Antiga, na qual os soldados e domésticos romanos recebiam porções de sal como forma de pagamento por seus serviços.

A expressão somente passou a designar realmente a remuneração em torno do século XIV²¹. Entretanto, foi, no século XX, que o conceito de salário evoluiu de simples componente do custo final de produção dos empregadores para uma forma de retribuição e meio de subsistência do trabalhador e da sua família; até mesmo como instrumento de socialização e enaltecimento do trabalhador pelo labor prestado. Esse progresso se deu em razão do advento do Tratado de Versalhes.²²

No Brasil, o salário passou a ser discutido em âmbito estatal por volta da década de 30, mais especificamente como a possibilidade de instituição do salário mínimo. A Constituição Brasileira de 1934 o incorporou em seu artigo 121. Porém, não foi dada concretude ao preceito constitucional²³. A Lei nº 185, de 1936, reiterou a garantia trabalhista e instituiu as Comissões

¹⁹ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 417.

²⁰ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 419.

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

²² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

²³ “Artigo 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador.” (BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 abr. 2020).

de Salário Mínimo competentes para estudar as singularidades e necessidades correntes da vida do trabalhador de cada região do país com o fim de fixar a cifra dos Salários Mínimos Regionais. As Cartas Constitucionais seguintes também trataram do tema de forma genérica, deixando as particularizações para as leis infraconstitucionais. No entanto, a Constituição de 1946²⁴ introduziu o conceito de família às necessidades que deveriam ser satisfeitas pela contraprestação.²⁵

O Decreto-Lei nº 2.162, de 1940, fixou os primeiros níveis do salário mínimo brasileiro em todo o território nacional. A fixação de tal parâmetro foi, pela visão dos trabalhadores, muito significativa, simbolizando “uma proteção contra uma possível superexploração por parte dos empregadores”.²⁶ A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 conceituou devidamente o salário mínimo e previu como deve ser realizada a remuneração dos empregados.

27

Foi nesta trajetória que a onerosidade passou a ser considerada como um dos elementos fático-jurídicos presente em todos os contratos de trabalho, a qual se manifesta no momento em que o trabalhador recebe o complexo de parcelas econômicas de natureza retributiva pela prestação de serviço, apelidado de salário ou remuneração. Tais parcelas denotam a existência de uma relação de cunho laboral que se concretizou com o propósito oneroso do empregado, isto é, a intenção de perceber retribuição financeira em troca do seu tempo e força de trabalho.

28

Com tal discernimento, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que a Consolidação construiu para a palavra *salário* um tipo legal específico. Ele seria o conjunto de parcelas contra

²⁴ “Artigo 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I — salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família [...]” (BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 abr. 2020).

²⁵ DIAS, Claudio Henrique Ribeiro; OLIVEIRA, Guilherme Roumillac de. **A Garantia Constitucional do Salário Mínimo**. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (coord.). Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana: homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2015. p. 41-50.

²⁶ SABOIA, João. **Salário mínimo no Brasil: A experiência brasileira**. Rua Nova Iorque, 306, Porto Alegre, Rio Grande do Sul: L&PM Editore Ltda, 1985. p. 7-10.

²⁷ “Artigo 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. [...] Artigo 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 abr. 2020).

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

prestativas devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego (arts. 457, *caput*, e 76, CLT).²⁹ Nota-se o termo “remuneração” utilizado para incluir “no conjunto do salário contratual, as *gorjetas* recebidas pelo trabalhador (que são pagas, como se sabe, por terceiros)”.³⁰

O salário possui relevantes características dadas pela doutrina as quais convém relatar. A principal delas já foi citada, o caráter alimentar, que é compreendido como a função social do salário, porquanto atende a um universo de necessidades pessoais e familiares do assalariado. Em segundo lugar, ressalta-se o caráter forfetário, que ilustra a obrigação absoluta do empregador em adimplir com o salário mensal do empregado independentemente dos riscos do empreendimento.³¹

Em ato contínuo, a indisponibilidade salarial se conforma na impossibilidade de o empregado renunciar ou fazer acordos lesivos, no que tange ao seu salário. Já a irredutibilidade está associada à ideia de que a contraprestação não pode ser suprimida ou reduzida (unilateralmente ou bilateralmente), é indisponível. Por fim, resta enaltecer a periodicidade, sendo o salário uma obrigação de trato sucessivo; a continuidade, pois é prestação pecuniária que se renova a cada período (semanal, quinzenal, mensal); e a pós-numeração, já que o salário é recebido após a efetiva prestação do serviço.³² Nesta direção, Mauricio Godinho Delgado ensina que:

O caráter alimentar do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a perspectiva do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades essenciais da pessoa humana e de sua família. A Constituição da República, a propósito, arrola tais necessidades imprescindíveis quando se reporta ao salário mínimo: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, IV, CF); várias dessas necessidades, a propósito, são também tidas, pela mesma CF/88, como direitos sociais fundamentais (art. 6º). Aliás, por isso mesmo é que a CF assegura a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7º, VII; grifos acrescidos).³³

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

³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

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

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 875.

Era imprescindível a elevação dos direitos dos trabalhadores “urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”³⁴ ao patamar de direitos fundamentais e a criação de uma teia protetiva trabalhista, tendo em vista a assimetria e desequilíbrio de poderes existentes nesta relação. Destarte, tais direitos, inclusive a garantia remuneratória, foram reconhecidos como direitos humanos e fundamentais por vários países ao redor do mundo.

A Carta Magna de 1988 tem como núcleo três pilares essenciais: “a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República; a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana”³⁵, os quais firmaram o novo constitucionalismo. Nessa senda, o constituinte elencou os direitos trabalhistas no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – e criou os princípios constitucionais do trabalho, tornando-se evidente a fundamentabilidade de tais preceitos, os quais devem servir de base para todo o ordenamento infraconstitucional em âmbito trabalhista.

É importante ressaltar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet ao destacar que, desde a Constituição de 1934, as posições jurídicas relacionadas diretamente ao direito do trabalho são intituladas de direitos fundamentais sociais, “já que nesta esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma forma particularmente aguda, de modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nesta seara [...]”.³⁶

O Estatuto Político de 1934 assegurou o “**salário mínimo**, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador” (art. 121, b). A de 1937 dispôs da mesma forma (art. 137, b). A de 1946 referiu “necessidades normais do trabalhador e de sua família” (art. 157, I), no que foi repetida pela de 1967 (art. 165, I). Mas esta última deu hierarquia constitucional ao salário família (art. 165, II); e, realmente, é através dessa prestação que se deve atender ao salário mínimo de alcance familiar [...].³⁷

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam que, por permitirem sua oposição em face de terceiros (públicos e privados) – os quais serão obrigados a observar e preservar o núcleo essencial de cada direito – e por constituírem a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são simultaneamente direitos

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A matriz da constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região Curitiba, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018. p. 7.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

³⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 38.

subjetivos e elemento essencial à ordem constitucional objetiva. Além disso, tais direitos englobam tanto uma ordem de proteção quanto uma de não intervenção, aduzindo um impedimento ao excesso e a uma salvaguarda insuficiente.³⁸

Ingo Wolfgang Sarlet se refere ao trabalho como um direito social fundamentado no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, almejando garantir condições de acesso a um trabalho digno e proteger o trabalhador dentro da relação empregatícia – ofício exercido pelo rol de direitos elencados no artigo 7º e seguintes da Carta Magna. Além disso, ele elenca duas faces do direito ao trabalho, a individual já citada e a coletiva por meio da promoção de políticas pública de criação de postos empregatícios.³⁹

O dispositivo constitucional estabelece finalidades, tarefas ou imposições a serem realizadas pelo Estado para que este fomenta a atividade digna dos trabalhadores em âmbito nacional, protegendo-os da discricionariedade dos empregadores. O trabalhador se encaixa perfeitamente no perfil de hipossuficiência (informacional, jurídica, social, técnica e econômica), o que resulta na disparidade de poderes na relação empregatícia. Assim, o constituinte sabiamente classificou topograficamente os direitos constitucionais trabalhistas como direitos fundamentais sociais.

A Constituição trouxe uma série diversificada de normas relacionadas aos direitos fundamentais sociais do trabalhador, que regulam as bases da relação contratual empregatícia e formam o estatuto básico do vínculo empregatício que deve ser observado ao máximo possível em cada um dos contratos a serem celebrados. Compreende-se que o constituinte pretendeu fixar limites ao poder de conformação do parlamentar e dos contraentes.⁴⁰

A suprema prerrogativa em âmbito salarial obtida pela classe trabalhadora foi o direito ao salário mínimo prevista no inciso IV artigo 7º da Constituição Federal, pois se observa que “o Constituinte efetivamente teve a intenção de conceder aos trabalhadores o direito fundamental ao salário mínimo, mas não a qualquer salário, e sim, ao salário fixado pela lei”⁴¹ que deve ser unificado em âmbito nacional e apto a satisfazer as necessidades mais básicas e essenciais do trabalhador e de sua família, sendo vedada sua vinculação para qualquer

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Série IDP. Livro Eletrônico.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Série IDP. Livro Eletrônico.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

fim e obrigatória a realização de reajustes periódicos para que seja conservado o poder aquisitivo do assalariado.⁴²

A fixação de níveis mínimos de salário, seja por lei ou ato governamental, seja por órgão com representação de empresários e de trabalhadores, constitui característica marcante da intervenção do Estado nas relações contratuais de trabalho. O salário mínimo corresponde, assim, ao patamar abaixo do qual não pode prevalecer a vontade dos contratantes, sendo nula de pleno direito qualquer estipulação em contrário, mesmo advindo de instrumento de negociação coletiva. A flexibilização admitida para algumas hipóteses encontra barreira intransponível no valor do salário mínimo.⁴³

O patamar remuneratório mínimo previsto no texto constitucional também é assegurado ao trabalhador que percebe remuneração variável (inciso VII, artigo 7º, CF). Assim, aos empregados que recebem por comissão, percentagem, unidade de produção, é assegurada a percepção de salário nunca inferior ao mínimo. A previsão serve para garantir a sobrevivência do trabalhador e da sua família, podendo-se inferir que o trabalhador horista estaria também abarcado por tal proteção.

A previsão constitucional do salário mínimo, direito fundamental social, é norma diretamente aplicável e plenamente eficaz, tornando-se causa limitadora ao Poder Legiferante. Ingo Wolfgang Sarlet compartilha desse pensamento, ao afirmar que “a garantia de condições materiais mínimas à vida digna atua como limite à atividade legislativa conformadora, vedando, inclusive, medidas normativas aquém desta fronteira”⁴⁴. Tal garantia existe com o fim de se assegurar o mínimo existencial necessário à sobrevivência digna, além de fomentar o cumprimento da função social dos direitos constitucionais em âmbito particular. Arnaldo Sussekkind esclarece que a legislação nacional teve por fim proteger de forma especial e imperativa o salário do empregado, garantindo o seu efetivo pagamento nos devidos termos legais; isto é, “de forma inalterável, irredutível, integral e intangível, no modo, na época, no prazo e no lugar devidos”.⁴⁵

A Carta Constitucional avocou a centralidade do ordenamento jurídico nacional, fazendo incidir suas determinações nos mais variados domínios (irradiação de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como a trabalhista), servindo de referência interpretativa e guia para a criação e aplicação das leis infraconstitucionais. Ressalta-se que,

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

⁴³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 172.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

⁴⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 186.

além de ser uma garantia constitucional, o salário também é protegido a partir de normas e compromissos internacionais.

2. O TRABALHO E A PROTEÇÃO AO SALÁRIO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

A ideia de uma nova ordem internacional baseada no direito e na justiça foi constituída a partir dos grandes conflitos sociais, como a Segunda Guerra Mundial. Nesta época, o homem não era considerado como sujeito de direitos, e as classes trabalhadoras europeias eram extremamente exploradas sob o fundamento da liberdade contratual⁴⁶, além das diversas atrocidades realizadas pelos nazistas em nome de sua ideologia racial.

Nessa senda, foi proclamada a Declaração de Filadélfia em 1944, que buscava tornar a justiça social a base da nova ordem com finalidade universal. O texto trouxe princípios fundamentais forjados na difícil experiência histórica que deveriam servir de inspiração para todos os povos do mundo⁴⁷. Tal documento deu início a uma cadeia de movimentos internacionais como o acordo de *Bretton Woods*, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e a instituição da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴⁸.

Fundar novamente uma ordem internacional civilizada exigiria, então, submeter todos os Estados ao respeito de direitos e liberdades universalmente reconhecidos, e a lançar as bases normativas de um ideal de justiça comum “a todos os povos do mundo”. Na competição entre os Estados, tratava-se de substituir uma colaboração que visava à realização de um interesse geral, e que transcendia seus interesses particulares. A Declaração de Filadélfia, assim como os textos adotados em seu rastro, exprimem essa vontade de realocar a força a serviço do Direito e de estabelecer os princípios comuns a toda espécie de ordem jurídica. É por esse motivo que a existência de um “regime de Direito” aparece na Declaração Universal de 1948 como uma condição essencial “para que o homem não seja forçado, em último recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”.⁴⁹

Em âmbito trabalhista, a principal diretriz firmada pelos princípios fundamentais da Declaração de Filadélfia era a de que “o trabalho não é uma mercadoria”, o que fortalecia a imprescindibilidade da criação de um sistema de proteção ao trabalhador e a asserção do direito ao trabalho digno como regras basilares e superiores à vontade de mercado.⁵⁰ Assim, criou-se

⁴⁶ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. p. 9-11.

⁴⁷ Nomeada formalmente como Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho.

⁴⁸ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. p. 9.

⁴⁹ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. p. 18.

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 69.

uma cooperação entre as nações com o fim de assegurar uma melhoria na condição operária da época através do rompimento da concepção de homem como capital humano a serviço da economia⁵¹.

Ressalta-se que o trabalho em si é entendido por vários diplomas internacionais na qualidade de Direito Humano (Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵², Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵³). Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ensinam que a partir da Carta Internacional de Direitos Humanos constitui-se uma gama de normas dirigidas “à afirmação do direito fundamental ao trabalho digno e à proteção dos sujeitos trabalhadores. Este conjunto de diplomas internacionais, por ser umbilicalmente vinculado aos direitos humanos dos trabalhadores, possibilita a referência a uma Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas”⁵⁴.

Outros diplomas internacionais foram instrumentos de grande importância para afirmar os direitos dos trabalhadores nas relações laborais e, principalmente, o direito ao trabalho digno. A Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento de 1998, feita pela OIT e integrante da Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas, determinou os direitos humanos que são básicos aos trabalhadores, como os direitos à liberdade de associação e à negociação coletiva; o direito à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; o direito à efetiva abolição do trabalho infantil e o direito à eliminação

⁵¹ SUPLOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. p. 23.

⁵² “Artigo 23. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.” (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020).

⁵³ A primeira parte do artigo 6º do Pacto reconhece que toda pessoa possui o direito de ganhar a vida através de um trabalho livre e escolhido por ela mesma. O artigo 7º traz a garantia às condições de trabalho justas e favoráveis (seguras e higiênicas) que assegurem uma remuneração que proporcione o mínimo aos obreiros; um salário equitativo para os trabalhadores que exercem a mesma atividade, inclusive as mulheres; além de uma existência digna; direito à promoção e, por fim, a previsão do descanso, lazer, limitação de horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, além da remuneração dos feriados trabalhados (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020).

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017. p. 68.

da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação (temas tratados em diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT).⁵⁵

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que também integra a Carta supracitada, tem perfeita harmonia com os princípios sociais trabalhistas valorados pela OIT. O grande intuito das Convenções e Recomendações da OIT aos entes soberanos era evitar que o trabalho humano fosse mercantilizado, como já fora anos atrás.⁵⁶

Segundo Eneida Melo Correia de Araújo, a OIT tem como objetivos: “a preservação e ampliação da proteção social aos trabalhadores, o respeito aos direitos no trabalho, a promoção do emprego e o fortalecimento do diálogo social”⁵⁷. Ainda afirma que para isso é imprescindível tornar efetivo o engajamento estabelecido por muitas nações – entre elas o Brasil – diante do órgão internacional, com a finalidade de conceder trabalho digno a todos.⁵⁸

Todos esses documentos de cunho internacional e nacional concretizam a missão memoriosa dos Organismos Internacionais, como a OIT, de possibilitar a todos trabalhadores a chance de ter um trabalho produtivo, livre, com qualidade, igualdade, segurança e dignidade permitindo o desenvolvimento pessoal, social e profissional, mas, principalmente, conferindo segurança, inclusive econômica, como afirmado pela Declaração de Filadélfia.

Existe vasta produção normativa quanto à contraprestação pecuniária mínima do trabalhador, semelhante ao salário mínimo nacional. A própria Constituição da OIT reconhece a necessidade de melhoria das condições de trabalho, que implique situações de miséria e privações, entre as quais é imprescindível haver “a garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes”. A Organização ainda assumiu o compromisso de auxiliar os países na execução de programas que objetivassem adotar legislação referente às

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017. p. 70.

⁵⁶ “Sob o ponto de vista jurídico, a desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno. Entende-se que a dignidade no trabalho somente é concretizada pela proteção normativa e mais precisamente por meio da afirmação de direitos fundamentais trabalhistas. Nesse contexto, o Direito do Trabalho assume papel de destaque, pois a essência de sua direção normativa, desde a sua origem até a atualidade, é explicitada no sentido de “desmercantilizar, ao máximo, o trabalho nos marcos da sociedade capitalista”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 3990-35.2011.5.02.0421**. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. 3ª Turma. Data de publicação: 25 de jun. 2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=3990&digitoTst=35&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0421>. Acesso: 10 ago. 2020).

⁵⁷ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 349 e 350.

⁵⁸ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 349 e 350.

condições básicas de trabalho, como as relativas às remunerações e aos horários, além de assegurar um salário vital aos assalariados.⁵⁹

A Convenção nº 26 da OIT, de 1928, versa sobre os Métodos de Fixação de Salários Mínimos, visando principalmente à adoção de medidas necessárias pelos países ratificadores para publicizar as quantias mínimas de salário em vigor, as quais não poderiam ser inferiores aos mínimos aplicáveis. A proteção ao salário foi efetivamente abordada pela Convenção nº 95, de 1949, que o conceituou como remuneração ou ganhos advindos de um contrato de aluguel de serviços (escrito ou verbal) devido por acordo ou lei. Ainda dispõe sobre como, quando e de que forma a parcela deve ser paga e fixa vedações e limites, almejando assegurar a integralidade, a indisponibilidade e a irredutibilidade do salário do trabalhador.⁶⁰

O principal foco da Convenção nº 131, de 1970, sobre Fixação de Salários Mínimos, Especialmente nos Países em Desenvolvimento, é assegurar a não percepção de salários excessivamente baixos, considerando as necessidades específicas desses países.⁶¹

Existem ainda diversas convenções referentes ao salário⁶², as três supracitadas foram ratificadas pelo Brasil e são de grande importância à presente temática. Vê-se fortemente a preocupação do organismo internacional em criar um sistema protetivo ao trabalhador, especialmente quanto ao salário, parcela alimentar central do orçamento dos trabalhadores. Almejava-se incentivar às nações mundiais estabelecer uma quantia mínima mensal ao assalariado, a qual deveria ser suficiente para realizar as necessidades básicas do trabalhador e

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (**Declaração de Filadélfia**). 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

⁶⁰ Herminegilda Leite Machado resume bem as disposições ao afirmar que: “a proteção ao salário está na previsão do pagamento de uma quantia suficiente à manutenção do trabalhador e sua família, como contraprestação ao serviço executado, em moeda corrente, com proibição de descontos não autorizados em lei ou instrumentos normativos da categoria (convenção e/ou acordo coletivo de trabalho) e em intervalos regulares, o que, no sistema nacional, fixou-se de forma mensal e com possibilidades de antecipação quinzenal ou mensal, além da impenhorabilidade e o privilégio de recebimento dos salários antes dos demais credores da empresa, quando esta estiver em processo de falência ou de recuperação judicial.” (MACHADO, Herminegilda Leite. **Convenção nº 95 da OIT – Proteção ao salário**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. v. 8. n. 81, p. 178-185, ago. 2019. p. 184 e 185).

⁶¹ A Convenção almeja o estabelecimento de um sistema de salários mínimos protetor do assalariado com condições laborais precárias; prevê a força normativa desses salários, além de proibir a sua diminuição; por fim, manifesta a necessidade de instituição de formas de reajuste periódico.

⁶² Convenção nº 94, de 1949, sobre Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos; Convenção nº 99, de 1951, sobre Métodos de Fixação do Salário Mínimo na Agricultura; Convenção nº 100, de 1951, sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor; Convenção nº 109, revista em 1958, sobre os Salários, a Duração do Trabalho a Bordo e as Lotações; Convenção nº 110, de 1958, sobre as Condições de Emprego dos Trabalhadores em Fazendas; e Convenção nº 189, de 2011, sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos.

sua família. Esse *quantum* deveria ser observado em todos os contratos trabalhistas. No entanto, isso não ocorre no regime de trabalho intermitente.

A dignidade humana é afirmada internacionalmente como direito humano fundamental. Segundo os ensinamentos de Alain Supiot, ela leva à rejeição de sistemas que se importam somente com as necessidades de segurança em detrimento da liberdade e vice-versa. O que deve acontecer é a subordinação da ordem econômica à justiça social⁶³, a qual também deve ser o objetivo central de qualquer política nacional ou internacional tornando “a economia e a finança em meios a serviço dos homens”⁶⁴.

O processo de internalização dos direitos humanos resultou nos conhecidos direitos fundamentais constitucionais. A Constituição de 1988 teve o zelo de evidenciar a essencialidade dos direitos fundamentais da pessoa humana reproduzindo internamente a estrutura de proteção aos Direitos Humanos.⁶⁵

[...] os direitos individuais e sociais trabalhistas, na qualidade de Direitos Humanos sociais, econômicos e culturais, acham-se também encorajados pela proteção mais ampla do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado ao longo do século XX, com forte ênfase a partir dos desdobramentos jurídicos e institucionais decorrentes das barbáries cometidas no contexto precedente à Segunda Guerra Mundial e durante o seu desenrolar.⁶⁶

Nesse sentido, o trabalho é um valor basilar do Estado Democrático de Direito (inciso IV, artigo 1º, da Constituição Federal/88) e também um direito fundamental social (artigo 6º, CF/88)⁶⁷; já o salário mínimo, considerando o direito convencional, foi topograficamente inserido no rol dos direitos dos trabalhadores (inciso IV, artigo 7º, CF/88), sendo também considerado como direito fundamental social.

Valerio de Oliveira Mazzuoli ressalta que a Carta de 1988 trouxe uma cláusula aberta (§2º do artigo 5º, CF/88) que permite auferir *status* materialmente constitucional às normas internacionais de direitos humanos ratificadas; ou seja, serviriam de “fonte do sistema

⁶³ “Artigo II, a. Todos os seres humanos, quaisquer que sejam sua raça, sua crença ou seu sexo, têm direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na liberdade e na dignidade, na segurança econômica e com chances iguais.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração de Filadélfia**. 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 07 out. 2020).

⁶⁴ SUPLOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. p. 22-23.

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 33.

⁶⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 185.

⁶⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

constitucional de proteção de direitos”.⁶⁸ No entanto, prevalece, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o status de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos não ratificados pelo rito especial do §3º, artigo 5º da CF/88. Essas normas servem de norte para as demais leis internas, tendo um espaço especial no ordenamento, todavia, não podem afrontar a supremacia da Constituição.⁶⁹

A Emenda Constitucional nº 45/2004 adicionou o §3º ao artigo 5º da Carta Política de 88, o qual prenuncia procedimento especial de aprovação aos tratados e convenções supranacionais que versem sobre direitos humanos. Se respeitado tal procedimento (dois turnos em cada casa parlamentar, aprovada por três quintos dos membros), confere-se *status* de emenda constitucional ao documento que passa a integrar formalmente a CF/88.⁷⁰ Embora, para Valerio de Oliveira Mazzuoli, tal procedimento sirva somente para atribuir os efeitos formais das emendas constitucionais aos instrumentos internacionais de direitos humanos, visto que eles já têm *status* de norma materialmente constitucional em razão do §2º do artigo 5º da CF/88.⁷¹

As Convenções da OIT são normas de direitos humanos e possuem a natureza de tratados internacionais; todavia, não passaram pelo procedimento especial supracitado, por isso tem *status* supralegal, devendo ser observadas na edição das leis ordinárias, como a CLT⁷². Nesse contexto é imperioso lembrar a possibilidade da realização de controle de convencionalidade tendo como parâmetro as normas convencionais como as citadas neste estudo.⁷³ Segundo Theanna de Alencar Borges, tal forma de controle ganhou realce com a

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo §3º do artigo 5º da Constituição e sua eficácia**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. p. 95.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Série IDP. Livro Eletrônico.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 43, p. 73-95, jul./dez. 2013. p. 83.

⁷² Em resumo, os instrumentos normativos internacionais foram materialmente divididos em: tratativas de direitos humanos e de outros assuntos. Assim, os tratados e convenções que cuidarem de assuntos diversos são incorporados ao ordenamento jurídico no mesmo patamar de leis ordinárias. No entanto, os que tratarem de direitos humanos são internalizados de duas maneiras: com *status* de norma constitucional ou norma supralegal.

⁷³ O Supremo Tribunal Federal apreciou a validade de norma estadual em cotejo com uma Convenção da OIT (nº 162) quando julgou a ADI n. 3.937 que tratava da proibição do amianto. Não foi declarada a inconvencionalidade da lei estadual, no entanto, houve a análise de compatibilidade entre a norma nacional e a supranacional. Na verdade, o controle de convencionalidade ainda é um pouco utilizado no judiciário brasileiro, tendo poucas decisões nesse sentido.

Reforma Trabalhista, na medida em que flexibilizou várias garantias e direitos do trabalhador e remodelou vários institutos.⁷⁴

3. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE, SUA ORIGEM, CARACTERIZAÇÃO E UTILIZAÇÃO ATUAL

Existem diversas espécies semelhantes ao contrato intermitente brasileiro no direito internacional, as quais surgiram desde o século XX. Elas, umas mais que as outras, tiveram influência sobre o modelo criado pelo legislador brasileiro.

Paulo Roberto Fernandes, em seu estudo comparado sobre o tema, ensina que o direito alemão já utilizava semelhante forma de contratação em 1985, na qual se tinha a especificação da carga horária a ser cumprida (ou, se ausente, dez horas semanais e três diárias) e a convocação do trabalhador era feita com antecedência de quatro dias.⁷⁵

Formas semelhantes à supracitada se manifestaram nos demais países europeus, a exemplo, de Portugal, da França, do Reino Unido e da Itália.

Em Portugal, a contratação semelhante à intermitente tem requisitos: a descontinuidade ou intensidade variada na atividade exercida pela empresa contratante e a necessidade da forma escrita. Existem dois tipos, o “Alternado” e o “À chamada”.⁷⁶ Naquele “há uma previsibilidade por parte do empregador, em face da natureza de suas atividades empresariais”⁷⁷, o que permite o estabelecimento da duração do serviço, que pode ser contínuo ou intercalado. Além disso, é proibida a celebração por período menor a seis meses por ano e deve haver trabalho efetivo por pelo menos quatro meses consecutivos⁷⁸, gerando maior segurança ao trabalhador em razão da maior probabilidade de convocação e remuneração. Na contratação “À chamada”, existe uma

⁷⁴ BORGES, Theanna de Alencar. **O controle de convencionalidade das Convenções da OIT como meio de impulsionar o trabalho decente**. In: ARAÚJO, James Magno de (org.). Trabalho e humanidade: em homenagem ao Centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região. São Paulo: LTr, 2019. p. 164-180.

⁷⁵ FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias. Últimas, 24 abr. 2017. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁷⁶ FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias. Últimas, 24 abr. 2017.

⁷⁷ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 367.

⁷⁸ FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado**. Colunas. Legislação. Notícias. Últimas, 24 abr. 2017.

compensação retributiva mínima (norma coletiva fixará ou será de 20% da contraprestação recebida durante o serviço⁷⁹) paga aos trabalhadores durante os períodos de inatividade.⁸⁰

A compensação mínima ao trabalhador nos períodos de inatividade coaduna-se com a natureza retributiva do salário. Isso porque o contrato de trabalho é considerado sinalagmático em seu conjunto e não analisando parcela por parcela.⁸¹

O contrato intermitente francês é semelhante, pois permite a contratação de “intermitentes” para os empregos permanentes de natureza alternada – períodos trabalhados e inativos. Em regra, a contratação deve ser necessariamente autorizada por meio de norma coletiva, a qual pode prever um valor mínimo a ser pago nos períodos de inatividade. “Trata-se, portanto, da indenização por disponibilidade que, no direito francês, não decorre diretamente da legislação heterônoma, como ocorre em Portugal e na Itália”⁸².

Lorena de Mello Rezende Colnago afirma que o Contrato Zero Hora britânico coloca o trabalhador em posição de extrema vulnerabilidade, pois estará à disposição total do empregador esperando a convocação. É também considerado como instável, posto que o empregado pode ficar grandes períodos sem ser convocado e, conseqüentemente, sem remuneração⁸³. Não há qualquer tipo de garantia de que o serviço será necessário, gerando insegurança financeira para o trabalhador, que acaba tendo que celebrar mais de um contrato para atingir mensalmente o patamar salarial necessário. Inexiste previsão de quantidade mínima de horas trabalhadas por mês, ao contrário de outros modelos. Compartilha desse pensamento Pedro Guimarães Vieira ao explicar que tal contrato:

[...] assemelha-se ao contrato de trabalho intermitente do Direito brasileiro. A aproximação dos institutos decorre do fato de que, em nenhum deles, exige-se uma maior previsibilidade quanto à duração da atividade, à jornada de trabalho e aos horários de início e término. Inexiste, ademais, em ambos os

⁷⁹ As normas do contrato de trabalho intermitente – suas duas espécies – estão muito bem detalhadas nos artigos 157 a 160 do Código do Trabalho Português de 2009.

⁸⁰ VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente**: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019. p. 258.

⁸¹ VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente**: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019. p. 259.

⁸² VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente**: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019. p. 264.

⁸³ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo. **Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 8, n. 74, p. 27-35, dez. 2018/jan. 2019.

ordenamentos jurídicos, a exigência de um período mínimo em que o trabalho deverá ser prestado, como ocorre em Portugal e na Itália.⁸⁴

Na Itália, a modalidade foi introduzida por meio de Decreto-Legislativo em 2003, “consiste na prestação de serviços em caráter descontínuo ou intermitente por períodos predeterminados, na forma estabelecida por norma coletiva, sendo assegurados aos trabalhadores intermitentes os mesmos direitos dos demais trabalhadores”⁸⁵ sendo utilizada especialmente nos departamentos de diversão, turismo e serviços em locais abertos ao público⁸⁶ e foi criada especialmente para os obreiros jovens e idosos.⁸⁷ O grande diferencial do formato italiano é possibilidade de o trabalhador auferir compensação pelo tempo à disposição do empregador, caso se comprometa em responder ao chamado no máximo em um dia⁸⁸.

Eliana dos Santos Alves Nogueira declara que o modelo italiano é a fonte de inspiração do legislador reformista, todavia, naquele há maior detalhamento, pois se preocupou em antever limitações e proibições ao uso de tal forma contratual⁸⁹. Também se atentou aos efeitos de tal contratação sobre outras normas, como as previdenciárias.⁹⁰

Na fenda das múltiplas facetas que uma relação de trabalho pode se tomar, a partir da reforma trabalhista, inaugurou-se a possibilidade de contratação via trabalho intermitente, contrato atípico, obrigatoriamente firmado por escrito e por tempo indeterminado – tendo em

⁸⁴ VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente**: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019. p. 266.

⁸⁵ VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente**: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019. p. 261.

⁸⁶ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente**: um novo contrato? Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 366 e 367.

⁸⁷ A Lei *Biaggi* que institui tal modalidade, igualmente ao Brasil, tinha a meta de elevar a quantidade de empregos formais no território, sendo assim, serviria bem aos jovens e obreiros mais velhos – sendo este os trabalhadores que podem laborar nesta modalidade (ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente**: um novo contrato? Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 366).

⁸⁸ Ademais, cada empregador só poderá contratar um mesmo trabalhador por esta via por quatrocentos dias a cada três anos civis, senão, o contrato é considerado à regra: por prazo indeterminado e tempo integral. É proibido fazer uso desse modelo em algumas situações como na substituição de grevistas ou dispensados em massa. (ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente**: um novo contrato? Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 367).

⁸⁹ O contrato não deve ser utilizado em substituição à trabalhador permanente, sendo proibido o uso por empresas que tenham realizado dispensa em massa recentemente. (NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira**: contraponto com o modelo italiano. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 51, p. 127-148, 2017. p. 144).

⁹⁰ NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira**: contraponto com o modelo italiano. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 51, p. 127-148, 2017. p. 144.

vista que essa é a regra geral do direito trabalhista⁹¹, e não existe ainda previsão legal específica permitindo a celebração de trabalho intermitente por tempo determinado.

Contudo, antes da Lei nº 13.467, houve uma primeira manifestação de algo semelhante ao regime intermitente, a jornada móvel e variável utilizada pela Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Mc Donald's). A dinâmica contratual era bem parecida com a previsão legal reformista, pois existia um limite de jornada de trabalho (até 44 horas semanais e 8 diárias); somente se pagavam as horas efetivamente trabalhadas (horista) e os empregados eram convocados para prestar serviço nos horários de pico, ficando à disposição do empregador nos demais sem receber por essas horas à disposição. Alegou-se que o modelo contratual transferia o risco do negócio ao trabalhador, afrontava diretamente o princípio da proteção e não assegurava o pagamento do salário mínimo mensal.

Em 2011, a Oitava Turma do TST, julgando recurso na mesma ação, declarou que não havia vedação expressa ao uso de tal jornada (mesmo sendo prejudicial ao trabalhador). No entanto, determinou que a empresa substituisse o modelo por jornada fixa garantindo o valor do salário mínimo inobstante a quantidade de horas trabalhadas. A SDI-1, ao julgar os embargos de declaração do requerido, concluiu que o pagamento proporcional às horas trabalhadas tendo por base o salário mínimo ou o teto salarial da categoria era lícito e possível, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 358.⁹² Conquanto, antes desse julgamento, havia sido celebrado Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público da 6ª Região, no qual a empresa se comprometera a não mais utilizar a jornada móvel.⁹³

A legislação brasileira, conforme aduzido anteriormente, teve influências externas na criação do modelo previsto na CLT. O § 3º do artigo 443 e, especialmente, o artigo 452-A e seus parágrafos, informam ao empregador a nova possibilidade de contrato individual que, ao que parece, pode ser utilizado em quase qualquer tipo de atividade, salvo na contratação de aeronautas. O prestador de serviços intermitente é subordinado, porém, não é uma relação de trabalho contínua, porque há períodos alternados de inatividade, os quais – em regra – não serão

⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-E-ED-RR nº 9891900-16.2005.5.09.0004**. Relator: Min. João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Embargado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Data de publicação: 6 mai. 2016. Disponível em: http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/17626469. Acesso: 15 ago. 2020.

⁹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). **Ação Civil Pública nº 0001040-74.2012.5.06.0011**. Autor: Ministério Público do Trabalho da 6ª Região. Réu: Arcos Dourados. Data de publicação: 22 mar. 2013. Disponível em: https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2013/mar/vara_11_acordo_mcdonalds. Acesso em: 09 nov. 2020.

remunerados.⁹⁴ Na visão de Sérgio Pinto Martins, essa modalidade foi criada para corrigir a ausência de previsão legal que justificasse a contratação de trabalhadores adicionais em determinados períodos em que existe maior demanda na atividade prestada pelo empregador, como nos feriados e finais de ano⁹⁵.

Os dispositivos celetistas antevêm certos requisitos indispensáveis à celebração deste contrato. O primeiro é a forma escrita, é um contrato solene atípico; o segundo é a obrigatoriedade em prever especificamente o valor horário da remuneração do obreiro, o qual não poderá ser menor que o valor hora do salário mínimo vigente ou àquele devido aos outros empregados do estabelecimento que realizem a mesma função.⁹⁶

O empregador deve convocar o trabalhador com antecedência de, no mínimo, três dias corridos. Recebida a convocação, o empregado terá um dia útil para aceitá-la ou recusá-la. Pela literalidade do § 2º do artigo 452-A, entende-se que a aquiescência deve ser necessariamente expressa, enquanto a recusa pode ser tácita, caso o trabalhador não responda ao chamado (silêncio), o que não será considerado como insubordinação e nem servir de justificativa para a resolução do contrato⁹⁷.

Caso haja o descumprimento do acordado por qualquer das partes após o aceite à oferta de trabalho, a CLT prediz uma multa pecuniária de cinquenta por cento da remuneração que seria devida, sendo possível haver a compensação em substituição à multa.⁹⁸

Ao interpretar o §5º do artigo 452-A, Aloysio Correa da Veiga⁹⁹ reconhece que a celebração do contrato intermitente não tem como requisito a exclusividade, por isso, o trabalhador estará livre para realizar serviços autônomos e celebrar outros contratos trabalhistas – caso seja possível pelas conjunturas formais das demais contratações – e, consequentemente,

⁹⁴ “O interessante dessa lei é a previsão necessária de um contrato escrito entre as partes e a dação ao empregado de direitos inerentes a um contrato de trabalho a prazo indeterminado (férias com 1/3, 13º salário, adicionais e repouso semanal remunerado), sendo a distinção realizada na quantidade de dias em que o trabalhador se ativa na empresa, além da ausência de previsão legal de pagamento de horas extras”. (COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo. **Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v. 8, n. 74, p. 27-35, dez. 2018/jan. 2019).

⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 87-88.

⁹⁶ “Artigo 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**).

⁹⁷ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Armadilhas da Reforma Trabalhista para o Empresariado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. Livro Eletrônico.

⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

⁹⁹ VEIGA, Aloysio Correa da. **Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n 74, p. 15-26, dez. 2018/jan. 2019. p. 17.

o período de inatividade não é considerado tempo à disposição de nenhum dos empregadores intermitentes.¹⁰⁰

Eliana dos Santos Alves Nogueira presta valiosa lição ao afirmar que a criação desse regime contratual permite a utilização descontínua do tempo de trabalho do intermitente, o que tem efeito direto sobre a sua remuneração e profissionalização. Além disso, o empregado “passa a viver em uma espécie de espera permanente para prestação do trabalho (e se vê tolhido da ampla liberdade pessoal em face desta mesma expectativa), o que é plenamente justificável em razão da necessidade de auferir ganhos suficientes para sustento próprio e de sua família”.¹⁰¹ Aloysio Correa da Veiga alerta que é necessário assegurar que tal modalidade não leve à precarização das relações trabalhistas e gere a espera infundável por convocação.¹⁰²

Carlos Henrique Bezerra Leite, ao considerar que o período de inatividade não é reconhecido como tempo à disposição e que o obreiro pode oferecer seus serviços a outros empregadores, leciona a existência de direito subjetivo ao gozo de férias após doze meses da celebração do contrato, período em que o empregador que as concedeu está impedido de fazer novas convocações¹⁰³. No entanto, a lei nada declara sobre a impossibilidade de o trabalhador ser convocado pelos demais empregadores.¹⁰⁴

Quanto à própria remuneração, o preceito celetista assegura ao obreiro o pagamento imediato da remuneração que não será inferior ao valor horário do salário mínimo vigente ou ao valor recebido pelos demais empregados que exerçam o mesmo ofício; férias proporcionais com o terço constitucional; décimo terceiro salário proporcional; repouso semanal remunerado e adicionais legais (como hora extra, adicional noturno etc.). Tais verbas devem ser pagas

¹⁰⁰ Amauri Cesar Alves classifica a modalidade como um modelo contratual bilateral, não eventual, de prestação descontínua, que é “comum e corriqueiro para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês” (ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019. p. 70).

¹⁰¹ NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira**: contraponto com o modelo italiano. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 51, p. 127-148, 2017. p. 129-130.

¹⁰² VEIGA, Aloysio Correa da. **Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 15-26, dez. 2018/jan. 2019. p. 25.

¹⁰³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.

¹⁰⁴ O direito constitucional às férias anuais remuneradas foi garantido ao intermitente, contudo, o seu pagamento será realizado imediatamente ao final de cada convocação em proporção correspondente ao período trabalhado. Consequentemente, o trabalhador não receberá nenhuma pecúnia do empregador no início do período concessivo, contrariando o disposto no artigo 145 da CLT. Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante lecionam que “o pagamento teria ocorrido, de forma proporcional, a cada período de convocação. Em outras palavras, o empregado gozará de férias, contudo, sem ter valores para que possa usufruir, de forma efetiva, do período de descanso” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019).

mediante recibo de pagamento com discriminação exata dos valores, vide os §6º e 7º, artigo 452-A da CLT.¹⁰⁵

A contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço são realizados na forma da lei pelo empregador, com base nos valores pagos mensalmente ao trabalhador. Nesse sentido, Marlos Augusto Melek ensina que na realidade o contrato será registrado uma só vez na CTPS do empregado, devendo a empresa, a cada convocação, armazenar os documentos comprobatórios da prestação do serviço e recolher o FGTS e o INSS proporcional para “a contagem de tempo de serviço e cobertura previdenciária. Cada convocação deve conter a data, horário de entrada e saída, tarefas/função e o valor da remuneração”¹⁰⁶.

O empregado intermitente pode simultaneamente estar registrado em diversas empresas, mas se mesmo assim não atingir o mínimo de recolhimento previdenciário no mês, foi permitido o recolhimento da diferença para que naquele mês seja contado como mês de competência trabalhado para todos os fins previdenciários¹⁰⁷.

A Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 349/2018 esclarece expressamente que o tempo de inatividade não é remunerado, e quem deve fazer o recolhimento previdenciário complementar é o trabalhador¹⁰⁸.

Arnaldo Sussekkind afirma que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais do trabalhador e da sua família relativas às diversas vertentes sociais, inclusive a previdência social¹⁰⁹. No entanto, parece ser impossível ao trabalhador, que nem ao menos auferiu o salário mínimo mensal, conseguir complementar a quantia faltante não recolhida pelo empregador ao INSS almejando que o mês seja considerado como trabalhado para os fins previdenciários.

Por fim, Georzenor de Sousa Franco Filho ensina que, caso haja a extinção do contrato intermitente, as verbas rescisórias e o aviso prévio serão conjecturados a partir da média dos salários recebidos durante o labor levando-se em consideração somente os meses de efetivo

¹⁰⁵ Na visão de Maurício Godinho Delgado esse rol de parcelas é somente exemplificativo. Assim, pode haver a adição de outras verbas previstas em instrumentos coletivos de trabalho, ele faz uso do Vale Transporte como exemplo, pois tal direito será assegurado em todas as convocações do intermitente – caso aceita – mesmo não havendo efetiva prestação de serviço (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019).

¹⁰⁶ MELEK, Marlos Augusto. **Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 74-77, dez. 2018/jan. 2019. p. 76.

¹⁰⁷ MELEK, Marlos Augusto. **Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 74-77, dez. 2018/jan. 2019. p. 76.

¹⁰⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho. **Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁰⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 38.

trabalho¹¹⁰. Assim, segundo essa sistemática, todas as parcelas poderiam ser calculadas sobre valores de salário inferiores ao mínimo. Entretanto, seria isso constitucional?¹¹¹

A esperança dos reformistas e o fundamento político-legislativo para alterações na legislação celetista, inclusive a adoção dessa forma atípica de contratação, era o aumento do número de vínculos formais, a diminuição do quantitativo de desempregados e do custo social dos empregadores.¹¹² Assim, a partir de 11 de novembro de 2017 já era possível que os empregadores contratassem intermitentes ao redor do país.

De acordo com o Ministério do Trabalho, nos últimos dois meses de 2017, registraram-se mais de 5 mil vínculos de trabalho em regime de intermitência, sendo os setores de comércio e serviço os que mais utilizaram essa modalidade.¹¹³

Em 2018, foram celebrados 87 mil contratos intermitentes e mais da metade deles durou até o final do ano. No entanto, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) afirma que diversos desses contratos passaram boa parte do tempo engavetado, especialmente no comércio varejista. Do total dos contratos, 11% não resultaram em renda para o trabalhador. Ademais, ressaltou-se que os vínculos ativos tiveram duração de cinco meses, mas somente três foram de efetivo serviço. Por fim, a remuneração mensal média paga neste ano foi de R\$763 – aproximadamente 80% do salário mínimo –, levando-se em conta também os meses inativos.¹¹⁴

Em setembro de 2019, houve a admissão de mais de 12 mil trabalhadores intermitentes e o desligamento de mais da metade desse número. Em pesquisa, o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) aponta que em torno de 57 trabalhadores tinham mais de uma admissão intermitente no mês de agosto/2019 e que mais de 2 mil estabelecimentos faziam uso dessa modalidade de contratação.¹¹⁵ Em boletim, o Dieese estimou que, em

¹¹⁰ FILHO, Georgenor de Sousa Franco. **Trabalho Intermitente (entre idas e vindas)**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 46-40, dez. 2018/jan. 2019. p. 40.

¹¹¹ Com o intuito regulamentar os dispositivos concernentes à Lei 13.467/2017, inclusive através da inclusão de vários dispositivos quanto ao trabalho intermitente, o Poder Executivo editou a Medida Provisória (MP) 808/2017 com vigência desde a data de publicação (14/11/2017) até 22/04/2018. No entanto, a medida perdeu sua validade e deixou de ter eficácia por não ser submetida ao Congresso Nacional para aprovação. A MP inseriu oito parágrafos e três incisos ao artigo 452 e oito novos artigos (artigo 452-B a 452-H e 911-A).

¹¹² ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 349 e 350.

¹¹³ G1: **Governo registra criação de 5,6 mil vínculos de trabalho intermitente em 2017**. Brasília, 26 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-registra-criacao-de-56-mil-vinculos-de-trabalho-intermitente-em-2017.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹¹⁴ DIEESE. Boletim emprego em pauta. **Contratos intermitentes na gaveta**. 14 jan. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta14.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

¹¹⁵ CAGED. **Nível de emprego formal – setembro/2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/10/brasil-criou-mais-de-157-mil-empregos-formais-em-setembro>. Acesso em: 13 set. 2020.

novembro do mesmo ano, havia um total de 138 mil contratos intermitentes celebrados. Os setores que mais contrataram via regime intermitente foram os de serviços, comércio, indústria de transformação.¹¹⁶

Entre os meses de janeiro a junho de 2020, houve a admissão de mais de 72 mil intermitentes, mas 51 mil foram desligados. O número de trabalhadores com mais de uma contratação intermitente aumentou exponencialmente para 1.702 trabalhadores, e o número de estabelecimento com admissão foi maior que 10 mil.¹¹⁷

Em estudo sobre os efeitos econômicos da Reforma Trabalhista, Marilane Oliveira Teixeira concluiu que, após um ano e meio de vigência da nova lei, não houve a esperada recuperação na economia, a qual ainda segue paralisada e sem indícios de melhora. Enfatiza ainda que os investimentos almejados não se tornaram realidade, a atividade produtiva continuava morosa e, principalmente, o desemprego alto e a informalidade cresceram novamente logo após uma temporada em decaimento. Em suma, os resultados contrariam as expectativas dos reformistas.¹¹⁸

A esse respeito, José Dari Krein e Roberto Vêras de Oliveira¹¹⁹ afirmam que, baseado em dados oficiais (CAGED e PNADC¹²⁰), as condições contratuais trabalhistas não melhoraram, ao revés, a desestruturação deste mercado continua desde a crise de 2015, gerando uma progressiva precariedade. Além disso, dois anos após a efetivação dos novos dispositivos celetistas, seus efeitos não foram os difundidos pelos seus idealistas quanto ao crescimento da formalização dos vínculos trabalhistas, à criação de novas vagas de emprego e à dinâmica econômica. Na realidade, os autores têm uma visão negativa para os próximos anos quanto à temática e, de forma genérica, entenderam que o novo diploma trouxe efeitos desfavoráveis ao trabalhador, aumentando sua insegurança e vulnerabilidade.¹²¹

¹¹⁶ DIEESE. Boletim emprego em pauta. **Contratos intermitentes na gaveta**. 14 jan. 2020.

¹¹⁷ CAGED. **Estatísticas mensais do emprego formal**. Disponível em: http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jun2020/2-apresentacao.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

¹¹⁸ TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Os efeitos econômicos da Reforma Trabalhista**. In: KREIN, José Dari et al. (org.). Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. p. 54-80.

¹¹⁹ KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. **Para além do discurso: impactos efetivos da reforma nas formas de contratação**. In: KREIN, José Dari et al. (org.). Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. p 81-125.

¹²⁰ Os autores fizeram uso de dados disponibilizados pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) e pela Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar Contínua (PNADC).

¹²¹ “No caso, por exemplo, do trabalho intermitente, passados cerca de um ano e meio de sua implementação (novembro de 2017 a junho de 2019), o número de admitidos formais chegou, segundo o CAGED, a apenas 137.105, correspondendo a 0,55% de todos os admitidos. Contudo, considerando o saldo total contabilizado no referido período (admitidos menos desligados), a participação do trabalho intermitente ganha muita relevância, representando 19,8% (90.054 trabalhadores intermitentes em um total relativamente baixo, de 454.680, resultante da altíssima rotatividade). Note-se, ainda, que os contratos nessa modalidade não significam garantia de trabalho nem de renda, e que uma pessoa pode ter firmado mais de um contrato desse tipo, de modo que efetivamente os números podem representar menos do que aparentemente sugerem. Se ficarmos tão somente nos números, já é

Vê-se que houve progressiva adesão à modalidade contratual em voga nos anos seguintes à Reforma. Os números indicam que parte destes empregados ficaram vários meses inativos esperando a convocação do empregador, sendo assim, caso não houvesse outra fonte de renda, não tiveram contraprestação mensal mesmo possuindo vínculo trabalhista formal.

Além disso, os dados fornecidos pelo Dieese, quanto à média salarial desses trabalhadores no ano de 2018, é indício de que o referido regime não foi idealizado com a finalidade de garantir mensalmente o salário mínimo fixado em lei, pois somente as horas efetivas trabalhadas foram remuneradas.

Os números e as conclusões supracitadas demonstram que os resultados almejados pelos idealizadores da reforma trabalhista ainda não foram alcançados e que a única assertiva no momento é: existem diversos contratos intermitentes sendo celebrados a cada ano; todavia, parcela desses ou serão “engavetados” – permanecerão inativos por vários meses – ou provavelmente não alcançarão a contraprestação mínima mensal prevista em lei.

As novas formas contratuais criadas pela Reforma Trabalhista flexibilizaram, reduziram ou limitaram alguns direitos do trabalhador. No que concerne ao contrato de trabalho intermitente, foi demonstrado que a lei considerou como intermitente a prestação de serviços com subordinação, mas sem continuidade, tendo em vista a alternância de períodos de serviços e de inatividade, os quais poderão ser de horas, dias ou meses, não sendo considerado tempo à disposição do empregador, cujos pagamentos ao trabalhador consequentemente não serão efetivados. Assim, o tempo de efetivo serviço será pago considerando apenas o valor-horário do salário mínimo e não o *quantum* mensal total fixado por lei.

Essa quantia mínima mensal, conforme já aqui sustentado, constitui um direito fundamental social do trabalhador, que deveria ser garantido a todos os que almejassem à melhoria de sua condição de vida. Deste modo, à luz da Constituição de 1988, indaga-se se é possível existir uma relação de emprego prevista em norma infraconstitucional em que não é garantida a percepção mensal do salário mínimo.

Esse questionamento é feito em razão de o intermitente ser um empregado como qualquer outro, que é protegido pelas disposições da Carta Magna e, especificamente, pela legislação trabalhista, devendo prevalecer a norma mais favorável a este trabalhador, consoante

suficiente para que sejam problematizadas as promessas que justificaram a aprovação da Reforma. Contudo, pelas características descritas acima, mesmo na hipótese de vir a ocorrer uma expressiva adesão a tal modalidade de contrato, há que se ter grande atenção à qualidade do emprego que dela deriva.” (KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. **Para além do discurso:** impactos efetivos da reforma nas formas de contratação. In: KREIN, José Dari et al (org.). Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. p 90).

determina o feixe dos princípios trabalhistas¹²². Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado afirmam que:

em conformidade com o Direito do Trabalho, quer por preceitos da CLT (art. 78, *caput* e parágrafo único), quer por preceito constitucional (art. 7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal - ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respectivo contrato de trabalho.¹²³

Subsequentemente, é importante explorar como tem sido a dinâmica salarial do empregado intermitente. Dessa forma, propõe-se realizar um estudo de caso que tem por objetivo, segundo Roberto Freitas e Thalita Moraes, “que o pesquisador adquira compreensão mais acurada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência de determinado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação”¹²⁴. A utilização dessa técnica possibilitará a exploração detalhada das decisões proferidas no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao analisar caso concreto de trabalho intermitente.

4. A GARANTIA DO SALÁRIO MÍNIMO MENSAL EM CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTE A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO

Foi escolhida uma reclamação trabalhista que demonstra claramente a precariedade do vínculo de emprego de trabalho intermitente¹²⁵, pois a trabalhadora possuía um vínculo formal de trabalho. Todavia, não recebeu contraprestação alguma, provando a insegurança de tal vínculo. Essa situação é tida como ilegal à relação contratual de emprego, principalmente porque o salário tem nítida natureza alimentar para o empregado.

O caso analisado diz respeito a uma contratação intermitente realizada pela sociedade Magazine Luiza para o preenchimento da função de gerente de loja. A autora afirma ter sido contratada a título de experiência na forma de trabalhadora horista, porém, por não constar prazo determinado, peticionou pela desconsideração da experiência, o reconhecimento e a rescisão do contrato de trabalho indeterminado, além da condenação ao recolhimento total do

¹²² O §8º do artigo 19 da Constituição da OIT traz a regra da primazia da norma mais favorável ao trabalhador quando ocorrer um conflito de normas, sendo assim, quando houver um conflito entre normas, deve prevalecer a que for mais benéfica ao trabalhador.

¹²³ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 155.

¹²⁴ FREITAS, Roberto Filho; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Universitas Jus, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 2.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Reclamação Trabalhista nº 0010201-41.2019.503.0078**. Autor: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Réu: Magazine Luiza S/A. Data de publicação: 12 abr. 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010201-41.2019.5.03.0078>. Acesso em: 24 set. 2020.

FGTS e ao pagamento do aviso prévio. A empresa ré afirmou que celebrou contrato na modalidade intermitente.

O juízo da primeira instância esclareceu que no pacto escrito havia a menção ao valor do salário-hora e o aviso de que o período de inatividade seria desconsiderado como tempo à disposição da empresa ré, assim a autora estaria livre para firmar contratos simultâneos. Em razão da não impugnação específica pela reclamante ao contrato apresentado em juízo, deduziu-se que se tinha ciência inequívoca dos termos contratuais.

Em sentença, afirmou-se que por meio da nova modalidade os celebrantes firmam contrato sem a garantia de salário ou horas de trabalho, existindo imprevisibilidade e incerteza quanto à necessidade real da prestação. Além disso, aludiu que os períodos de inatividade laboral não são considerados como tempo à disposição do empregador; por conseguinte, o trabalhador poderá celebrar vários pactos laborais paralelos, permitindo-se a “promiscuidade contratual”¹²⁶.

Nessa relação empregatícia concreta, não houve nenhuma convocação da reclamante para a prestação de serviços à reclamada, justificando-se tal situação em razão do poder diretivo do empregador. Os pleitos de pagamento da contraprestação devida e recolhimento de FGTS não lograram êxito, pois não houve prestação de serviço; portanto, também não era devida nenhuma contraprestação, tampouco recolhimento do FGTS.

Quanto ao pagamento do aviso prévio, este não era necessário porque “se não houve prestação de serviços, inexistem valores recebidos, não se cogitando, pois, em pagamento de indenização do aviso prévio, de acordo com a regulamentação do artigo 5º da Portaria do MTE n. 349/2018 (...)”¹²⁷. Ademais, foi a reclamante que pediu demissão; de toda forma, a requerida indenização não seria devida, segundo a sentença.

A reclamante ainda requereu indenização por danos morais e a condenação da empregadora ao adimplemento dos valores dos saldos negativos e da taxa de encerramento da conta salário aberta em virtude do contrato celebrado, pois a ré gerou falsa expectativa através da promessa de trabalho que não se cumpriu, violando os princípios da proteção¹²⁸ e da

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Reclamação Trabalhista nº 0010201-41.2019.503.0078**. Autor: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Réu: Magazine Luiza S/A. Data de publicação: 12 abr. 2019.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Reclamação Trabalhista nº 0010201-41.2019.503.0078**. Autor: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Réu: Magazine Luiza S/A. Data de publicação: 12 abr. 2019.

¹²⁸ “O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade. Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, que vem sendo afetado pela tese de

dignidade humana. Tal pleito foi indeferido porque a autora poderia ter solucionado a situação bancária antes e não se desincumbiu do ônus probatório da questão. Quanto à expectativa aduzida pela reclamante, é característica marcante desse formato contratual, assim a empresa não agirá ilicitamente. Por fim, conclui-se pela legitimidade do vínculo contratual, no qual não era devida qualquer contraprestação em razão da ausência de atividade laboral.

Em sede recursal, a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região negou provimento ao recurso ordinário, confirmando a sentença recorrida, especialmente porque o contrato, em tese, fazia menção expressa à contratação via regime intermitente. O trânsito em julgado ocorreu dia 29 de junho de 2020.¹²⁹

A relação empregatícia trazida pela Lei nº 13.467 criou um contrato trabalhista sem salário mensal, seja porque o empregado não foi convocado (como na situação em exame), seja porque o foi poucas vezes durante o mês, resultando numa remuneração aquém do salário mínimo vigente, pois somente as horas efetivamente trabalhadas serão pagas. No caso em tela, nota-se que tanto o juízo *a quo* quanto o *ad quem* entenderam como lícita a referida contratação, mesmo não garantindo a pecúnia contraprestativa e o recolhimento do FGTS à trabalhadora – direitos constitucionais trabalhistas.

Tal forma contratual, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, “inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho”¹³⁰. Ainda assegura que tem como escopo principal o distanciamento ou limitação das garantias legais quanto à jornada de trabalho e ao salário, resultando numa imensa insegurança ao trabalhador.¹³¹

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT) já se posicionaram contrários ao trabalho intermitente, deixando claro que um dos fatores de sua extrema precariedade é a ausência de uma remuneração mínima, conforme

flexibilização [...]” (SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 69).

¹²⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010201- 41.2019.503.0078**. Recorrente: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Recorrido: Magazine Luiza S/A; Relator: Desembargador Danilo Faria de C. Faria, 3ª Turma. Data de publicação: 07 jun. 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010201-41.2019.5.03.0078>. Acesso em: 24 set. 2020.

¹³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 672.

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

demonstra a posição tomada na segunda jornada de direito material e processual do trabalho.

132

Todavia, vale mencionar que a Orientação Jurisprudencial (OJ) 358 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, divulgada em 2016, declarou ser lícito o pagamento proporcional do piso salarial ou do salário mínimo tendo por base o tempo efetivamente trabalhado, desde que a jornada seja reduzida (inferior a 8 horas diárias e 44 semanais)¹³³. Porém já se entende que o TST vem mitigando tal entendimento se não houver prévia estipulação da carga horária semanal e dos horários de entrada e saída.¹³⁴

A OJ 358 ainda afirma que, na administração direta, autárquica e fundacional, é inválida a percepção de remuneração aquém do salário mínimo, mesmo em jornadas reduzidas. Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ensinam que o direito ao salário mínimo vinha sendo reconhecido por diversos julgados do Supremo em relação aos servidores celetistas da Administração Pública, no entanto, o TST ainda não tinha ampliada a garantia constitucional expressa ao restante dos empregados, provavelmente porque a percepção de remuneração menor que o mínimo legal era uma situação excepcional. Contudo, na quadra atual, é imprescindível “o racional ajuste interpretativo, em face do efeito generalista intentado pela nova regra da Lei da Reforma Trabalhista”.¹³⁵

Para Thereza Nahas, será assegurado ao empregado intermitente todos os direitos legais (CLT) e constitucionais; todavia, por conta da inconstância na prestação laboral – o que gera

¹³² “A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no artigo 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.” (ANAMATRA. **Enunciado 8.2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 16 out. 2020).

¹³³ “A Turma não reconheceu a procedência do pedido de pagamento de diferenças salariais, em razão de o piso salarial da categoria ser pago proporcionalmente à jornada de trabalho reduzida. Concluiu a Turma que, quando a Constituição Federal trata do salário dos incisos IV e V do artigo 7º, está se referindo a valor salarial para remunerar a jornada prevista no inciso XIII do mesmo dispositivo. Ora, tal como colocado no Acórdão da Turma, não se pode entender que está violado o inciso IV do artigo 7º, que cuida da fixação do Salário Mínimo, sem vinculá-lo à jornada; nem mesmo pode-se ter por ferido o inciso V do mesmo dispositivo constitucional, que trata de piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. O inciso XIII até mesmo serviu de fundamento para a decisão. Assim, também não foi literalmente ferido.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ERR nº 691989-81.2000.5.02.5555**. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Antônio Carlos Leite de Almeida. Embargado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Data de publicação: 10 set. 2004. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3784540.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 09 nov. 2020).

¹³⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A matriz da constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região Curitiba, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018. p. 156.

efeito direito sobre o salário mensal – é um dos modelos contratuais mais precários, tendo em vista a insegurança gerada, especialmente em razão da remuneração variável. Conquanto, afirma que é um modelo contratual conveniente a algumas profissões que dependem de picos de movimento para haver serviço, como os garçons, camareiros e pessoal que trabalha em eventos. Além disso, pode gerar uma elevação na quantidade de postos de trabalho nos centros urbanos, mas estes serão precários e vulneráveis.¹³⁶

Nesse sentido, entende Eneida Melo Correia de Araújo ao estabelecer que, mesmo diante dos fortes desequilíbrios políticos, econômicos e sociais causados pela espécie contratual em exame, ela serve ao ideal de conferir “melhores resultados, agilidade, simplicidade, maior rendimento e competitividade no mercado”. Ressaltando que pode incentivar o ingresso de trabalhadores desempregados na ordem jurídica e a formalização de vínculos desprovidos de proteção trabalhista e previdenciária.¹³⁷

É importante revisitar a relação contratual analisada neste tópico, na qual a trabalhadora foi contratada sob o regime de intermitência, mas não houve nenhuma convocação para a prestação de serviço. Assim, existia um vínculo trabalhista formal em vigor sem a percepção de salário e sem o recolhimento da contribuição social (FGTS), evidenciando a precariedade e vulnerabilidade de tal posto de trabalho. Segundo os dados quantitativos aqui apresentados, houve grande adesão à modalidade contratual. Todavia, isso resultou em empregos destituídos de direitos trabalhistas essenciais, como os supracitados, e trabalhadores falsamente inseridos no mercado de trabalho.¹³⁸

O contrato intermitente é considerado como prejudicial ao empregado em virtude da instabilidade econômica causada pela não percepção de ao menos um salário mínimo e a ausência de uma jornada mínima de trabalho, o que auxiliam a posição vulnerável deste trabalhador no mercado de trabalho.¹³⁹

¹³⁶ NAHAS, Thereza. **O novo direito do trabalho**: institutos fundamentais - impactos da reforma. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. Livro Eletrônico.

¹³⁷ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente**: um novo contrato? Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018. p. 358.

¹³⁸ Ao analisar os termos da nova legislação, João Bosco Pinto Lara conclui que os direitos fundamentais seguem assegurados tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional e a flexibilização introduzida pela Lei n. 13.467/2017 é benéfica, inadiável e essencial, buscando ganho na produtividade e na competitividade, garantindo a isonomia real dos trabalhadores e o aumento de opções de postos de trabalho (LARA, João Bosco Pinto. **A Reforma Trabalhista e a segurança jurídica**: análise crítica. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, p. 97-141, nov. 2017. p. 133-134). Segundo todos os dados expostos neste trabalho, através desta modalidade enganosamente inseriu-se grande número de pessoas no mercado de trabalho em vínculos empregatícios precários, sem garantias de direitos básicos, o que não gera nenhum benefício real ao trabalhador, que precisará manter vários empregos para promover sua subsistência.

¹³⁹ SILVA, Leda Maria Messias da; ALVÃO, Leandra Cauneto. **A escravidão legalizada**: contrato intermitente e as novas regras que vulnerabilizam a relação de emprego e afrontam os direitos da personalidade. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 41-53, dez. 2018/jan. 2019. p. 50.

Nessa senda, a modalidade é forma de reduzir o custo do trabalho em prejuízo à classe trabalhadora e ao desarrimo da Constituição Federal, além de ser um contrato de salário zero ou contrato zero hora, pois o trabalhador pode ficar grandes períodos sem perceber remuneração, aguardando convocação. O desejo do legislador era remunerar tão somente o trabalho efetivo em detrimento das horas à disposição do empregador, além de ser uma tentativa de se partilhar o risco do empreendimento com os vulneráveis.¹⁴⁰

Em contraponto, deve-se considerar o argumento de Ilse Marcelina Bernardi Lora ao analisar a flexibilização de direitos trazida pela reforma trabalhista:

Nesta inquietante quadra, diante do iminente risco de desarticulação dos direitos sociais dos trabalhadores penosamente conquistados, faz-se absolutamente indispensável a efetiva compreensão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, de seu caráter vinculativo e da consequente proibição do retrocesso social, instrumentos relevantes para orientar a adequada interpretação e aplicação das novas normas, de forma a assegurar a necessária modernização das relações trabalhistas sem prejuízo a qualquer das partes envolvidas.¹⁴¹

Em mesmo tom, José Felipe Ledur afirma que os direitos fundamentais do artigo 7º configuram concretizações dos princípios constitucionais e modelam a base jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva dos direitos trabalhistas e a previsão celetista do contrato intermitente deve ser sujeita ao exame de constitucionalidade.¹⁴²

Danilo Gaspar destaca que, no contrato intermitente, existe claro refreamento aos direitos trabalhistas básicos previstos no artigo 7º da CF/88, pois se houver grandes períodos de inatividade (não convocação), estar-se-á diante de um contrato de não trabalho em contraponto à dignidade do trabalhador e o acesso verdadeiro aos direitos sociais, inviabilizando a participação do empregado na circulação de riquezas. Por estas razões, tal modalidade deve ser usada e interpretada restritivamente.¹⁴³

¹⁴⁰ ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019. p. 62.

¹⁴¹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A Reforma Trabalhista à Luz dos Direitos Fundamentais** - Análise da lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 67, p. 105-118, abr. 2018. p. 108.

¹⁴² LEDUR, José Felipe. **Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a reforma trabalhista**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017. p. 62/70.

¹⁴³ GASPAR, Danilo. **A (im)possibilidade do trabalho por mais de dois dias por semana do trabalhador intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Bahia, ano VIII, n. 11, p. 140-151, jun. 2019. p. 148.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros alegam a inconstitucionalidade¹⁴⁴ da modalidade, em razão do cálculo da remuneração ser feito levando-se em conta somente as horas efetivamente trabalhadas. Visto que não há fixação prévia da jornada e do quantitativo de horas a serem trabalhadas e o salário percebido pelo trabalhador possivelmente não garantirá a subsistência do empregado nem o acesso a direitos sociais.¹⁴⁵ Tal previsão ainda visa transferir ao trabalhador – parte hipossuficiente da relação empregatícia – os riscos da atividade econômica, sendo esse um ônus do empregador segundo o princípio da alteridade¹⁴⁶ e o artigo 2º da CLT. Afirmam ainda que:

Extraí-se do art. 3º da CLT que retribuição constitui pressuposto do contrato de trabalho, de modo que, sem retribuição, não há contrato de trabalho nem atividade laboral em sentido jurídico. A retribuição está pressuposta na relação de emprego, estando assegurado o direito a uma remuneração mínima.¹⁴⁷

Apoiando a suposição de inconstitucionalidade, Ricardo Legis Laraia sustenta que o trabalho intermitente não respeita preceitos constitucionais como o da dignidade humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, pois “submete o trabalhador à condição remuneratória degradante e concede a seu empregador vantagem indevida sobre os demais empreendedores, promovendo *dumping social*”, pois o salário do intermitente é estabelecido unilateralmente pelo empregador resultando muito provavelmente em um somatório mensal inferior ao salário mínimo legal e ao menor salário da contribuição previdenciária, o que evidentemente desrespeita a regra constitucional do inciso IV do artigo 7º, CF/88. Assim, não há como se conjecturar um contrato trabalhista em que não se observa a garantia do salário mínimo, porque a Carta Magna necessita ser interpretada e observada em sua máxima eficácia, devendo ser considerada em face de normas infraconstitucionais, como a CLT.¹⁴⁸

Tendo em vista a problemática, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado fazem uma interessante interpretação quanto à previsão salarial do intermitente ao afirmarem

¹⁴⁴ Existem quatro Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (5806, 5826, 5829 e 5950) tratando da suposta inconstitucionalidade do contrato intermitente em razão de diversas violações aos dispositivos constitucionais, inclusive à garantia do salário mínimo.

¹⁴⁵ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro Eletrônico.

¹⁴⁶ Segundo Mauricio Godinho Delgado, a alteridade “distingue o empregador no contexto da relação de emprego (isto é, o fato de assumir, necessariamente, os riscos do empreendimento e do próprio trabalho prestado – artigo 2º, caput, CLT)” (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 875-876).

¹⁴⁷ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro Eletrônico.

¹⁴⁸ LARAIA, Ricardo Legis. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **CLT interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. São Paulo: Manole, 2014. p. 362.

que se trata de salário por unidade de obra ou de salário-tarefa¹⁴⁹, estando em conformidade com o direito trabalhista e constitucional, porquanto é sabido que aos empregados que percebam remuneração variável é assegurado o salário mensal nunca inferior ao mínimo legal (inciso VII do artigo 7º, CF/88). Assim, não se deve considerar o artigo 452-A da CLT em sua literalidade, pois resultaria na criação de um contrato de trabalho sem salário ou com remunerações ocasionais. Ainda advertem que a modalidade contratual poderá resultar no rebaixamento do valor trabalho na economia e sociedade.¹⁵⁰

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante ainda ressaltam que a norma legal do regime intermitente (artigo 452-A, CLT) autoriza a instituição da jornada de trabalho móvel, flexível, com salário variável, assim deve ser sujeita ao controle de convencionalidade e à interpretação conforme a Constituição (conforme os direitos fundamentais do trabalhador), tendo em vista os diversos instrumentos normativos internacionais e nacionais que almejam assegurar uma retribuição mínima, o trabalho decente. Especialmente porque o salário não é uma mera mercadoria, mas sim fonte única de renda do assalariado.¹⁵¹

Em vista de todo o repertório de normas internacionais protetivas ao salário, inclusive em relação à necessidade de pagamento regular (inciso I do artigo 12, da Convenção nº 95 da OIT), entende-se possível o controle de convencionalidade (inclusive o difuso, realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário) das leis ordinárias internas, em cotejo às convenções internacionais ratificadas que tratam da proteção aos direitos trabalhistas. Valerio de Oliveira Mazzuoli afirma que havendo conflito entre essas normas convencionais trabalhistas e as leis nacionais, aplicar-se-á a norma mais favorável ao trabalhador em consideração ao princípio *pro homine*, pois resulta numa decisão mais justa. Ainda ressalta o proeminente doutrinador que é permitido e aconselhável que o Estado-Juiz invalide norma interna incompatível com

¹⁴⁹ “O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais urna modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo convocação feita por esse empregador.” (DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 154-157).

¹⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 154-157.

¹⁵¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro Eletrônico.

convenção da OIT ratificada pelo país, segundo entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁵²

O número de contratos intermitentes celebrados pelo país, a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, foi crescente¹⁵³. Entretanto, grande parte desses trabalhadores ficou meses inativo e sem remuneração nenhuma, ou foi convocada poucas vezes, resultando em um salário menor que o mínimo, conforme informa o boletim do Dieese¹⁵⁴. Tais assertivas se concretizam no contrato intermitente celebrado pela Magazine Luiza S/A examinado neste tópico, pois não houve pagamento algum durante o período de vigência do contrato. Nada obstante, o juiz de 1ª instância e o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região consideram que as partes contratantes sabiam que, em tal modalidade contratual, não há a garantia de salário ou horas de trabalho. Ademais, afirmaram que os períodos de inatividade realmente não são considerados como tempo à disposição do empregador. Outrossim, indeferiram os pedidos da autora, em razão de não ter havido nenhuma convocação para a prestação de serviço. Isto posto, não era devida nenhuma verba remuneratória¹⁵⁵.

Nesse sentido, as assertivas de que a contratação intermitente é benéfica se mostram descoladas da realidade, conforme evidenciam os dados expostos no tópico anterior, especialmente porque muitos contratos tendem a ficar “engavetados” na maior parte do período de vigência, e quando o trabalhador é convocado, ele somente perceberá remuneração pelas horas efetivamente trabalhadas o que lhe gerará um salário abaixo do mínimo garantido constitucionalmente. Considera-se tais opiniões se amparam numa realidade distorcida, principalmente após ter-se verificado no caso concreto, como pano de fundo, que por meio dessa modalidade criou-se uma relação de emprego sem salário e sem outros direitos trabalhistas.

¹⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 43, p. 73-95, jul./dez. 2013. p. 84 e 86.

¹⁵³ “Desde a entrada em vigor da nova lei trabalhista, em novembro de 2017, até setembro deste ano, foram criadas 185,5 mil vagas na modalidade de trabalho intermitente, segundo dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) do Ministério da Economia. O número de postos gerados representa 64,7% do total de vagas criadas no mesmo período no país (286,5 mil). Cerca de 70% dessas vagas foram abertas nos setores de comércio e serviços. [...] Ainda assim, até agora, as contratações na modalidade estão bem abaixo da expectativa divulgada pelo governo na época da criação do trabalho intermitente, de criar 2 milhões de empregos em 3 anos, ou 55 mil vagas por mês.” (G1: **Reforma trabalhista completa 3 anos; veja os principais efeitos**. Brasília, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/11/11/reforma-trabalhista-completa-3-anos-veja-os-principais-efeitos.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2020).

¹⁵⁴ O valor médio da remuneração mensal paga no ano de 2018 foi de R\$763 – aproximadamente 80% do salário mínimo vigente – levando em conta também os meses inativos (DIEESE. Boletim emprego em pauta. **Contratos intermitentes na gaveta**. 14 jan. 2020).

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010201- 41.2019.503.0078**. Recorrente: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Recorrido: Magazine Luiza S/A; Relator: Desembargador Danilo Faria de C. Faria, 3ª Turma. Data de publicação: 07 jun. 2019.

Por fim, ressalta-se que as decisões judiciais proferidas no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região não fizeram referência algum às garantias do trabalhador previstas na Constituição, nas Convenções da OIT ou nos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, deixando claro que não foram levadas em consideração para a declaração de legitimidade do vínculo contratual celebrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho e o salário tiveram um importante papel na formação da sociedade contemporânea, pois são fonte de riqueza e desenvolvimento econômico e social. Haja vista serem tão caros ao social, foram positivados internamente como direitos sociais fundamentais e externamente como direito humanos, devendo sempre servir de guia para a criação, interpretação e aplicação do Direito interno.

O contrato intermitente foi novidade introduzida pela Lei nº 13.467, tendo suas bases inspiradas no Direito internacional. A Reforma trouxe uma gama de novidades à legislação celetista, porém, também flexibilizou diversos direitos e preceitos básicos trabalhista, como a noção de tempo à disposição do empregador e a garantia do salário mínimo, não prestando a devida observância às bases fundantes desse ramo do Direito, como o princípio da proteção e o da alteridade, além de reforçar a posição vulnerável do trabalhador em face do empregador e do mercado de trabalho.

O artigo 452-A da CLT estruturou a dinâmica dessa relação contratual, declarando claramente a intenção do legislador em afastar a garantia constitucional do salário mínimo mensal ao empregado intermitente, pois somente serão pagas as horas efetivamente trabalhadas, tendo por base o valor horário do salário mínimo ou o devido aos demais trabalhadores que exerçam a mesma função. A legislação nem ao menos garantiu uma remuneração mínima para os períodos de inatividade ou de pouca convocação, o que gera uma situação de extrema insegurança para o assalariado que depende, em regra, unicamente dos rendimentos de seu trabalho para sua sobrevivência.

A preocupação, quando se trata das formas contratuais trabalhistas, é evitar a precarização na contratação empregatícia e também que o trabalhador seja tratado somente como uma mercadoria, haja vista ser a parte mais fraca da relação. No entanto, dados os termos deste contrato, não restam dúvidas sobre os efeitos prejudiciais que causa ao trabalhador.

A modalidade vem ganhando espaço nas empresas, visto que deu maior poder ao empregador, que fica livre para convocar o trabalhador somente nos momentos de necessidade, resultando em um menor custo de produção e maior lucro. Em contrapartida, demonstrou-se

que os objetivos os quais incentivaram a flexibilização da legislação e concepção da nova forma contratual restaram frustrados, porquanto mesmo tendo grande adesão, o vínculo formal é celebrado sem a garantia de trabalho ou de salário, tendo em vista que dependem unicamente da vontade do empregador.

Não se pretendia aqui esgotar o tema em todos os seus possíveis aspectos, visto que a problemática pode ser analisada com base em diferentes critérios. Almejava-se tão somente verificar a dinâmica salarial dentro da contratação intermitente, tendo em vista a literalidade do dispositivo (artigo 452-A) em contraponto à garantia constitucional do salário mínimo mensal. Por meio da análise do caso, foi possível vislumbrar a situação até então incomum criada pela modalidade, que é a existência de um contrato trabalhista sem salário e sem outras garantias, como o recolhimento integral do FGTS.

Contudo, verificou-se que o recebimento do salário mínimo mensal é requisito basilar para a manutenção da vida digna do trabalhador e da sua família, tendo sido objeto de proteção em diversos instrumentos normativos. Assim, por ser esse um trabalhador como qualquer outro, e por ter naturalmente remuneração variável, dever-lhe-ia assegurado o *quantum* total do salário mínimo mensal fixado em lei, consoante intelecção dos incisos IV e VII do artigo 7º da Constituição Federal. Ressaltou-se ainda como problema significativo do trabalho intermitente, não apenas a questão do direito ao salário mínimo, mas também a da falta de previsibilidade e periodicidade desta parcela contraprestativa, conforme previsto na Convenção nº 95 da OIT.

Nesse sentido, os verbetes que incluíram a modalidade na CLT devem ser lidos da forma mais favorável ao assalariado, podendo fazer uso da interpretação conforme a Constituição, para compatibilizar a norma celetista ao ordenamento constitucional. Além disso, tendo por parâmetro os instrumentos internacionais supracitados, torna-se possível a realização do controle de convencionalidade pelos aplicadores do Direito, a fim de harmonizar a legislação interna e produzir decisões mais efetivamente adequadas aos casos concretos demandados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho Intermitente e os desafios da conceituação jurídica**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019.

ANAMATRA. **Enunciado 8.2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 16 out. 2020.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. *LexMagister*, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018.

BORGES, Theanna de Alencar. **O controle de convencionalidade das Convenções da OIT como meio de impulsionar o trabalho decente.** In: ARAÚJO, James Magno de (org.). Trabalho e humanidade: em homenagem ao Centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região, São Paulo: LTr, 2019. p. 164-180.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de lei nº 6.787, de 2016.** 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

CAGED. **Estatísticas mensais do emprego formal.** Disponível em: http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jun2020/2-apresentacao.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

CAGED. **Nível de emprego formal – setembro/2019.** Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/10/brasil-criou-mais-de-157-mil-empregos-formais-em-setembro>. Acesso em: 13 set. 2020.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário.** 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. Tradução de Iraci D. Poleti.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo. **Trabalho Intermitente.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 27-35, dez. 2018/jan. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho:** obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A matriz da constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

DIAS, Claudio Henrique Ribeiro; OLIVEIRA, Guilherme Roumillac de. **A Garantia Constitucional do Salário Mínimo.** In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (coord.). Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana: homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2015. p. 41-50.

DIEESE. Boletim emprego em pauta. **Contratos intermitentes na gaveta.** 14 jan. 2020. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2020/boletimEmpregoEmPauta14.html>. Acesso em 13 set. 2020.

FERNANDES, Paulo Roberto. **A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (reforma trabalhista) à luz do direito comparado.** Colunas. Legislação. Notícias. Últimas, 24 abr. 2017. Disponível em: <http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de->

trabalho-intermittente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/. Acesso em: 13 out. 2020.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. **Trabalho Intermittente (entre idas e vindas)**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 46-40, dez. 2018/jan. 2019.

FREITAS, Roberto Filho; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Universitas Jus, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

G1: **Desemprego fica em 11% em dezembro, mas ainda atinge 11,6 milhões, diz IBG**. Brasília, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/01/31/desemprego-fica-em-11percent-em-dezembro-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 29 set. 2020

G1: **Governo registra criação de 5,6 mil vínculos de trabalho intermitente em 2017**. Brasília, 26 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-registra-criacao-de-56-mil-vinculos-de-trabalho-intermittente-em-2017.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2020.

G1: **Reforma trabalhista completa 3 anos; veja os principais efeitos**. Brasília, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/11/11/reforma-trabalhista-completa-3-anos-veja-os-principais-efeitos.ghtml>. Acesso em: 11 nov. 2020

GASPAR, Danilo. **A (im)possibilidade do trabalho por mais de dois dias por semana do trabalhador intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Bahia, ano VIII, n. 11, p. 140-151, jun. 2019.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Armadilhas da Reforma Trabalhista para o Empresariado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro Eletrônico.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. **Para além do discurso: impactos efetivos da reforma nas formas de contratação**. In: KREIN, José Dari et al (org.). Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

LARA, João Bosco Pinto. **A Reforma Trabalhista e a segurança jurídica: análise crítica**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, p. 97-141, nov. 2017.

LARAIA, Ricardo Legis. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); ZAINAGHI, Domingos Sávio (coord.). **CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10. ed. São Paulo: Manole, 2014.

LEDUR, José Felipe. **Barreiras constitucionais à erosão dos direitos dos trabalhadores e a reforma trabalhista**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, v. 21, n. 2, p. 53-78, 2017.

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

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **A Reforma Trabalhista à Luz dos Direitos Fundamentais** - Análise da lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 67, p. 105-118, abr. 2018.

MACHADO, Herminegilda Leite. **Convenção nº 95 da OIT – Proteção ao salário**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. v. 8. n. 81, p. 178-185, ago. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 43, p. 73-95, jul./dez. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O novo §3º do artigo 5º da Constituição e sua eficácia**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 74-77, dez. 2018/jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Série IDP. Livro Eletrônico.

NAHAS, Thereza. **O novo direito do trabalho: institutos fundamentais - impactos da reforma**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. Livro Eletrônico.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 51, p. 127-148, 2017.

SABOIA, João. **Salário mínimo no Brasil: A experiência brasileira**. Rua Nova Iorque, 306, Porto Alegre, Rio Grande do Sul: L&PM Editore Ltda, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Livro Eletrônico.

SILVA, Leda Maria Messias da; ALVÃO, Leandra Cauneto. **A escravidão legalizada: contrato intermitente e as novas regras que vulnerabilizam a relação de emprego e afrontam os direitos da personalidade**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 41-53, dez. 2018/jan. 2019.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A supersubordinação: invertendo a lógica do jogo**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Os efeitos econômicos da Reforma Trabalhista**. In: KREIN, José Dari et al (org.). Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019. p. 54-80.

VEIGA, Aloysio Correa da. **Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n 74, p. 15-26, dez. 2018/jan. 2019.

VIEIRA, Pedro Guimarães. **Trabalho Intermitente: A ruptura de paradigmas do Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, v. 22, n. 31, p. 253-288, 2019.

Jurisprudência:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Reclamação Trabalhista nº 0010201-41.2019.503.0078**. Autor: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Réu: Magazine Luiza S/A. Data de publicação: 12 abr. 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010201-41.2019.5.03.0078>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010201-41.2019.503.0078**. Recorrente: Flávia Lúcia Furtado de Oliveira. Recorrido: Magazine Luiza S/A; Relator: Desembargador Danilo Faria de C. Faria, 3ª Turma. Data de publicação: 07 jun. 2019. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010201-41.2019.5.03.0078>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6ª Região). **Ação Civil Pública nº 0001040-74.2012.5.06.0011**. Autor: Ministério Público do Trabalho da 6ª Região. Réu: Arcos Dourados. Data de publicação: 22 mar. 2013. Disponível em: https://www.trt6.jus.br/portal/noticias/2013/mar/vara_11_acordo_mcdonalds. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ED-E-ED-RR nº 9891900-16.2005.5.09.0004**. Relator: Min. João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Embargado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Data de publicação: 6 mai. 2016. Disponível em: http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/17626469. Acesso: 15 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ERR nº 691989-81.2000.5.02.5555**. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Antônio Carlos Leite de Almeida. Embargado: Arcos Dourados Comércio de Alimentos LTDA. Data de publicação: 10 set. 2004. Disponível em: http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph_brs?s1=3784540.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1. Acesso em: 09 nov. 2020

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 3990-35.2011.5.02.0421**. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. 3ª Turma. Data de publicação: 25 de jun. 2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=3990&digitoTst=35&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0421>. Acesso: 10 ago. 2020.

Legislação:

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Portaria n. 349, de 23 de maio de 2018**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html. Acesso em: 19 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo** (Declaração de Filadélfia). 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 07 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração de Filadélfia**. 1946. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020.

O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DO PODER PUNITIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Júlia Venzi Gonçalves Guimarães

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves notas sobre o direito administrativo sancionador, o controle externo e o poder punitivo do Tribunal de Contas da União; 1.1 O direito administrativo sancionador; 1.2 O controle externo e o poder punitivo do TCU; 2 O entendimento do Supremo Tribunal Federal; 2.1 A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica; 2.2 A (im)prescritibilidade do ressarcimento ao erário; 3 Considerações críticas à luz dos julgamentos selecionados; Considerações finais.

RESUMO

O presente artigo buscou compreender qual é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do poder sancionador exercido pelo Tribunal de Contas da União, com base em duas discussões que permeiam as esferas doutrinária e jurisdicional há alguns anos. Para melhor compreensão, antes da análise das decisões proferidas pelo Supremo, revisitou-se bibliografia sobre o direito administrativo sancionador, o controle externo e o poder punitivo da Corte de Contas. Após a análise dos julgados, concluiu-se que a Suprema Corte possui tendência em afastar o exercício do controle externo do Tribunal de Contas da jurisdição comum, mas sem impor limites específicos para o exercício do poder punitivo.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União; Poder punitivo; Direito administrativo sancionador; Controle externo.

THE SUPREME FEDERAL COURT'S UNDERSTANDING IS IN REGARDS TO THE SANCTIONING POWER EXERCISED BY THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS

ABSTRACT

This article sought to understand what the Supreme Federal Court's understanding is in regards to the sanctioning power exercised by the Federal Court of Accounts, based on two discussions that have permeated the doctrinal and jurisprudential sphere for some years. For better understanding, before analysing the decisions made by the Supreme Court, a bibliography on administrative sanctioning law, external control and the punitive power of the Court of Accounts was explored. After an analysis of the decisions, it is believed that the Supreme Court has a tendency to remove the exercise of external control by the Court of Accounts from common jurisdiction, but without imposing specific limits on the exercise of punitive power.

Keywords: Federal Court of Accounts; Punitive power; Administrative sanctioning law; External control.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui competência relevante e significativa para o Estado Democrático de Direito brasileiro, pois detém a atribuição de resguardar a base de toda a estrutura da ordem, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/88). Tal previsão, constante de seu art. 102, *caput*, permite análises e julgamentos de inúmeras temáticas, com o objetivo de manter sempre a observância ao texto constitucional.

De acordo com a disposição do inciso I, alínea *d*, do supramencionado artigo, o Supremo é o órgão competente para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança impetrados contra atos do Tribunal de Contas da União (TCU). Assim, uma das análises que a Suprema Corte realiza adentra o âmbito das possibilidades e dos limites do controle externo, exercido pelo referido Tribunal.

O art. 71, também da Constituição, determina as diretrizes de funcionamento e competências do exercício do controle externo, e, como consequência de sua competência fiscalizatória, atribui ao TCU o exercício de amplo poder punitivo, o que gera diversas discussões a respeito da constitucionalidade e dos limites na imposição de algumas sanções decorrentes dos processos administrativos julgados pela Corte de Contas.

Nesse contexto, o presente artigo buscará compreender qual a limitação que o Poder Judiciário – mais especificamente, a Suprema Corte – dá ao poder sancionador do Tribunal de Contas da União.

Independentemente do fato do TCU não possuir jurisdição – tal como definida pela Teoria Geral do Processo –, a hipótese é que o STF costumava buscar aproximar o poder punitivo do Tribunal da jurisdição comum, haja vista a abertura que permitia ao órgão controlador de aplicar institutos sancionadores próprios do Judiciário, mas, hoje, a partir das decisões recentemente proferidas, já há indícios de que tal entendimento esteja sofrendo mudanças.

Para formar o panorama sobre o qual será desenvolvida a discussão, o primeiro capítulo da presente pesquisa apresentará revisão bibliográfica sobre os temas que cercam o debate: o direito administrativo sancionador, as atribuições do controle externo e o poder punitivo do Tribunal de Contas.

Em sequência, o segundo capítulo trará duas das discussões mais emblemáticas cravadas no âmbito da Suprema Corte, que também permeiam a esfera doutrinária e rodeiam a competência do TCU no exercício do poder sancionador. A primeira delas trata da constitucionalidade da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica de empresa que tenha firmado contrato com a Administração Pública e seja acusada de irregularidades, enquanto a segunda trata da (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de condenações impostas pela Corte de Contas.

A escolha de tais temáticas se deu devido ao expressivo resultado prático que geram aos fiscalizados. No caso da aplicação do instituto da desconsideração, as discussões se prolongam no Supremo há anos, o que requer imediata fixação de tese estável. Na questão da (im)prescritibilidade do ressarcimento, a despeito de já haver decisão pacífica, ressalta-se que a pesquisa mantém sua utilidade, por buscar entender as razões da mudança dos posicionamentos até então adotados pelo STF, sendo oportuno para orientar a formulação de respostas a eventuais questionamentos que futuramente se oponham ao exercício do poder punitivo pelos tribunais de contas.

Por último, o terceiro capítulo apresentará considerações e análises críticas sobre o delineamento geral do poder punitivo do Tribunal de Contas da União à luz dos julgamentos selecionados destrinchados no capítulo anterior.

1 BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, O CONTROLE EXTERNO E O PODER PUNITIVO DO TCU

O Tribunal de Contas da União exerce o seu poder punitivo – com respaldo normativo advindo principalmente das disposições dos incisos do art. 71, da Constituição Federal¹ – como consequência do exercício do controle externo no âmbito do direito administrativo sancionador.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 5 out. 1988, Seção 1, p. 1. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/15636884>.

1.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Historicamente, os sistemas sancionadores costumam oscilar entre a inserção de ilícitos no direito penal e no direito administrativo sancionador. Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia² leciona que a classificação das condutas humanas e a respectiva inserção no âmbito dos ilícitos penais e administrativos implica inúmeras dificuldades, principalmente para limitar os elementos identificadores das consequentes sanções de tais ilícitos.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho³ adverte que as sanções administrativas possuem configuração muito próxima das sanções de natureza penal, em regime jurídico semelhante, senão idêntico.

Leciona Fábio Medina Osório⁴ que a premissa fundamental para delinear o âmbito de aplicação do direito administrativo sancionador é, precisamente, conceituar sanção administrativa. Esta, segundo ele, consiste

[...] em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.⁵

Em entendimento divergente, Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ indica que o intuito da sanção administrativa não é o de causar aflição, pois a finalidade do Direito é “unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto”. Assim, o objetivo da sanção seria o de apenas desestimular a conduta censurada, com caráter educativo.

² GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 773-793, dez. 2014, p. 776.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador** [livro eletrônico]. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, [n. p.].

⁵ Ibid.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 873.

Segundo Rafael Munhoz de Mello⁷, a sanção administrativa é uma sanção jurídica, haja vista que advém de atribuição pelo legislador de consequência negativa a um comportamento ilícito. Contudo, a principal particularidade da sanção administrativa – e que a afasta da sanção penal – consiste no fato de que o sujeito competente para imposição é a própria Administração Pública. Nesse sentido, afirma Bandeira de Mello⁸ que a característica que torna capaz a diferenciação “é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”.

Guardia⁹ não coaduna com tal entendimento, por entender que a sanção administrativa é imposta de acordo com a concepção processual do direito administrativo. Assim, conclui ele, “o elemento caracterizador da sanção não é a autoridade que a impõe, mas, sobretudo, o método utilizado”.

A despeito das divergências sobre o elemento particular e a finalidade da referida sanção, a identificação de ocorrência de infração administrativa, de acordo com Bandeira de Mello¹⁰, gera o dever de sancionar, ressalvadas as hipóteses do princípio da insignificância. Não pode o administrador, portanto, identificar a conduta e permanecer inerte, devendo as sanções serem impostas com a observância dos princípios da legalidade, da anterioridade, da tipicidade, da exigência de voluntariedade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da motivação.¹¹

Na atual conjuntura, o direito administrativo sancionador, diante de sua visibilidade e importância adquirida nos últimos anos – principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988¹² –, possui previsão para ser exercido em alguns âmbitos de controle, sendo um deles o controle externo.

⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez., 2005, p. 26-27.

⁸ MELLO, op. cit., p. 871.

⁹ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 773-793, dez., 2014, p. 779.

¹⁰ MELLO, op. cit., p. 888.

¹¹ Ibid., p. 874.

¹² Nesse sentido, confira-se OSÓRIO, op. cit., [n. p.]: “É possível, e certamente correto, constatar que a realidade autoriza o reconhecimento dessa perversa relação entre controles internos e externos, dado o mau funcionamento dos controles internos na tradição do sistema sancionador brasileiro. Porém, vale lembrar que os controles externos igualmente nunca funcionaram a contento, ficando aquém de suas possibilidades. Apenas recentemente, e isto se fortaleceu após a Carta Política de 1988, é que os controles externos começaram a ganhar corpo, assumindo uma conotação mais transformadora, incisiva, ousada.”

1.2 O CONTROLE EXTERNO E O PODER PUNITIVO DO TCU

Nas palavras de Justen Filho¹³, o controle externo consiste no dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei que tem “por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto”. As atribuições do referido controle, então, poderão ser exercidas pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo – este último auxiliado pelo Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União (e os tribunais de contas estaduais, por simetria de suas respectivas Constituições Estaduais) possui previsão nos arts. 70 a 75, da Constituição Federal. Precisamente, o art. 71 traz em seus incisos as competências e atribuições que devem ser observadas pelo órgão no exercício do controle externo.

Certo é que TCU enfrenta diversos questionamentos a respeito do papel que efetivamente exerce na atual organização do Estado brasileiro. Isto porque, diante da teoria da tripartição dos Poderes, mostrou-se tortuoso construir um entendimento uníssono para vincular o órgão a algum deles, tendo em vista as discussões sobre a existência – ou, ainda, o alcance – de uma independência.

O *caput* do art. 71, da Constituição Federal¹⁴ poderia ser interpretado como posicionador do Tribunal como órgão integrante do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõe ser dever do TCU auxiliar no exercício do controle externo, que está a cargo do Congresso Nacional. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ afirma que “[o] Tribunal de Contas é o órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública”.

Contudo, em entendimento contrário, parte significativa da doutrina caracteriza a Corte de Contas como um órgão autônomo e independente, não sendo vinculado a nenhum dos três Poderes clássicos. Dessa forma entende Odete Medauar:

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, § 3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias

¹³ JUSTEN FILHO, op.cit., p. 1072.

¹⁴ CRFB/88: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. 31ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, [n. p.].

normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.¹⁶

Nesse sentido também preleciona Justen Filho, garantindo que a disciplina constitucional assegura autonomia, estrutura e competências equivalentes às reservadas aos três Poderes. O entendimento é o de que a atividade exercida pelo TCU se aproximaria muito mais da função de controle do Poder Judiciário do que do Legislativo. Confira-se:

Sob o ponto de vista das atribuições, as funções desempenhadas pelo Tribunal de Contas não são propriamente de natureza legislativa. (...) Incumbe ao Tribunal de Contas o controle externo, especialmente na modalidade de fiscalização. Essa é uma atribuição que, em tese, pode enquadrar-se no âmbito do Poder Judiciário quanto do Legislativo. Quanto à sua natureza, a atividade do Tribunal de Contas é muito mais próxima da função de controle reservada constitucionalmente para o Judiciário.¹⁷

Segundo Gabriela Tomaselli Dal Pozzo, o uso da palavra “auxílio” na disposição do *caput* do art. 71 não expressa qualquer forma de subordinação do TCU ao Poder Legislativo. Veja-se:

Entende-se, juntamente com Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Hely Lopes Meirelles, Ricardo Lobo Torres e Borges de Carvalho que o Tribunal de Contas é órgão autônomo de matriz constitucional e que não se vincula a nenhum dos poderes instituídos, muito embora tenha função auxiliar de Poder Legislativo em sua tarefa constitucional.

Ressalta-se que a expressão ‘em auxílio’ não significa qualquer forma de subordinação ao Poder Legislativo em qualquer esfera: federal, estadual ou municipal. Neste caso, a expressão ‘em auxílio’ tem um sentido de colaboração, nunca de subordinação, até porque a mesma expressão aparece na Constituição para designar a relação entre Tribunal e Câmaras Municipais. Se assim não fosse, ter-se-ia, como afirma Wallace de Oliveira Guirelli, todos os Tribunais de Contas Estaduais subordinados às Câmaras Municipais, às quais eles prestam auxílio e não obediência.¹⁸

Carlos Ayres Britto¹⁹ entende que a disposição do supramencionado artigo “está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário”. Tanto é assim que parte das competências do

¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 387.

¹⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1083.

¹⁸ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli; PEREIRA, Bresser. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 104-106 apud SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. **O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta nas Decisões dos Tribunais de Contas**. 2019. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 156.

¹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, v. I, nº 9, dez. 2001, p. 3.

TCU não passa pelo exame e crivo do Congresso Nacional, exatamente como o Ministério Público.²⁰

Não obstante a discussão sobre sua autonomia, a Corte de Contas, diante do texto constitucional e conforme bem observa Antonio Carlos Alves Serrano²¹, possui três funções acentuadas: a fiscalizatória, a judicante e a sancionadora.

A fiscalizatória, nas palavras dele, é exercida na apuração e apreciação da legalidade de atos administrativos, das transferências de recursos, dos limites de gastos com pessoal, entre outros. As disposições constam dos incisos III, IV, V e VI, do art. 71, da Constituição Federal.²²

A judicante, por sua vez, é exercida no julgamento das contas dos administradores públicos e demais responsáveis, conforme disposição do inciso II, do referido dispositivo²³.

A última e de relevante interesse para o presente trabalho é a sancionatória, prevista no inciso VIII, que garante ao órgão a competência de “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.²⁴ Tais sanções são disciplinadas no Capítulo

²⁰ Ibid.

²¹ SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. **O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta nas Decisões dos Tribunais de Contas**. 2019. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, p. 158-159.

²² CRFB/88: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;”

²³ CRFB/88: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

²⁴ SERRANO, op. cit, p. 159.

V da Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, também denominada de Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

A função sancionatória garante ao TCU o exercício do poder punitivo. Na disciplina da Lei nº 8.443/1992, têm-se as diversas imputações que podem ser impostas pelo órgão, como a aplicação de multa em caso de dano ao erário (art. 57)²⁵, a possibilidade de declaração de inidoneidade de licitantes (art. 46)²⁶, a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração (art. 60)²⁷, entre outras.

De acordo com parágrafo único do art. 70, da Constituição, prestará contas “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Nessa linha, os incisos do art. 5º, da Lei Orgânica do TCU²⁸, destrincham e

²⁵ Lei nº 8.443/1992: “Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.”

²⁶ Lei nº 8.443/1992: “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

²⁷ Lei nº 8.443/1992: “Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.”

²⁸ Lei nº 8.443/1992: “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.”

aprofundam a abrangência da jurisdição do Tribunal, que é própria e privativa, em todo o território nacional²⁹.

No entendimento de Ayres Britto, a função jurisdicional do Estado, contudo, é própria do Poder Judiciário e, por isso, os tribunais de contas não a exercem³⁰. Confira-se:

A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da *Lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.³¹

Ainda nessa lição, Ayres Britto³² aponta que, apesar de não exercer a referida função, os julgamentos do TCU possuem características próprias da jurisdição. Um dos motivos seria porque os tribunais de contas, no caso da análise de mérito sobre a matéria orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público, julgam “com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado”.

Contudo, a característica de força e irretratabilidade, segundo ele³³, não se aplica “quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas”. Neste caso, prevaleceria a disposição do art. 102, inciso I, alínea *d*, da Constituição Federal³⁴, que submete ao Supremo Tribunal Federal a impetração de mandado de segurança contra atos da Corte de Contas.

É diante desse cenário, qual seja, a permissão da Constituição de provocação do Supremo em face de atos praticados pelo TCU, que se dará continuidade e

²⁹ CRFB/88: “Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.”

³⁰ Nesse mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 765: “[o Tribunal de Contas] se apresenta como órgão técnico, e suas decisões *são administrativas, não jurisdicionais*, como, às vezes, se sustenta, à vista da expressão “julgar as contas” “referida à sua atividade (art. 71, II)”. ”

³¹ BRITTO, op. cit., p. 7.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ CRFB/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

I - processar e julgar, originariamente:

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;”

aprofundamento ao presente trabalho. Tendo em vista a referida previsão constitucional, grandes discussões surgem a respeito da constitucionalidade e dos limites do poder punitivo que o Tribunal de Contas exerce atualmente. Buscar-se-á, portanto, ao analisar os julgamentos selecionados sobre a questão, o entendimento do STF sobre o poder sancionador da Corte de Contas.

2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já mencionado, o presente capítulo se dividirá em dois tópicos para tratar de duas discussões emblemáticas cravadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A primeira das temáticas tratará da constitucionalidade da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica de empresa que tenha firmado contrato com a Administração Pública e seja acusada de irregularidades. A segunda abordará a questão da (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de condenações impostas pelo Tribunal de Contas da União.

As decisões foram selecionadas a partir de busca realizada por meio do sistema de pesquisa de jurisprudência do *site* do Supremo Tribunal Federal. O parâmetro utilizado para a primeira temática gerou 22 resultados³⁵, que foram individualmente analisados, excluindo-se aqueles que não abordavam de maneira mais extensiva, no mérito, sobre o exercício do poder punitivo do TCU. Na segunda, o parâmetro gerou 5 resultados³⁶, sendo selecionadas as decisões paradigmas para cada um dos posicionamentos a respeito da imprescritibilidade.

Indica-se que as decisões selecionadas foram abordadas em ordem cronológica, de acordo com a data de autuação dos processos perante o Supremo, logo após a revisão de conceitos doutrinários importantes para o deslinde de cada temática.

³⁵ O parâmetro utilizado (“desconsideracao personalidade juridica tcu”) gerou apenas resultados na base de “decisões monocráticas”, que podem ser acessados em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=desconsideracao%20personalidade%20juridica%20tcu&sort=_score&sortBy=desc.

³⁶ O parâmetro utilizado (“imprescritibilidade ressarcimento tcu”) foi filtrado na base de “acórdãos” e podem ser acessados em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=imprescritibilidade%20ressarcimento%20tcu&sort=_score&sortBy=desc.

2.1 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com a lição de Carlos Roberto Gonçalves³⁷, “[o] ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da dos seus membros”. A pessoa jurídica, segundo Fábio Ulhoa Coelho³⁸, se trata do sujeito de direito personificado não humano.

Em decorrência da personalidade distinta que possui, a pessoa jurídica é dotada da chamada autonomia patrimonial, cuja previsão consta do parágrafo único do art. 49-A, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)³⁹. Conforme preleciona Coelho⁴⁰, o referido princípio garante que, em regra, somente o patrimônio da pessoa jurídica – e não o de seus integrantes – deve responder pelas suas coações.

Os institutos da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial, contudo, podem sofrer do mau uso pelos seus gestores. Nesse sentido, Coelho⁴¹ afirma que o princípio da autonomia patrimonial pode ser manipulado e utilizado para realização de fraudes e prática de atos ilícitos, tendo em vista que, como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para tanto.

Gladston Mamede⁴² afirma que a percepção da possibilidade de se utilizar da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos ou fraudatórios se deu muito cedo no âmbito do direito societário. Isto porque o Estado, como forma de incentivar o desenvolvimento público e o investimento em atividades produtivas, criou os limites de responsabilidade entre as obrigações das sociedades e dos sócios.

Mamede leciona que o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se deu diante dessa realidade, haja vista que não poderia ser aceita no Direito. Confira-se:

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** [livro eletrônico], v. 1, Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, [n. p.].

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** [livro eletrônico], v. 1, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, [n. p.].

³⁹ Código Civil: “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

⁴⁰ COELHO, op. cit., [n. p.].

⁴¹ Ibid.

⁴² MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário**, v. 2. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 234.

A utilização ilícita ou fraudatória da personalidade jurídica não poderia jamais merecer a acolhida do Direito, razão pela qual se desenvolveu na doutrina estrangeira a chamada *Doctrine of disregard of legal entity* – doutrina da desconsideração do ente legal ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica. A proposição, acolhida primeiro pelos tribunais e, depois, pelo legislador, permite [...] que os efeitos de obrigações da pessoa jurídica sejam estendidos àqueles que, de fato ou de direito, sejam seus sócios, administradores ou sociedades coligadas.⁴³

Nesse sentido, entende Gonçalves⁴⁴ que a desconsideração da personalidade jurídica surgiu de uma reação⁴⁵ aos abusos cometidos pelas pessoas que se aproveitam do princípio da autonomia patrimonial para fazer da pessoa jurídica um “véu” de proteção para negócios escusos. Ainda segundo ele, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica permite

[...] que o juiz, em casos de fraude e de má-fé, desconsidere o princípio de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros e os efeitos dessa autonomia, para atingir e vincular os bens particulares dos sócios à satisfação das dívidas da sociedade (*lifting of corporate veil*, ou seja, erguendo-se o véu da personalidade jurídica).⁴⁶

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conforme Coelho⁴⁷, não contesta o princípio da autonomia patrimonial e garante o aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, coibindo o mau uso dos fundamentos. Na linha da previsão do art. 50, do Código Civil⁴⁸, Coelho resume o seguinte:

Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é manipulada na realização de fraudes. Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial (CC, art. 50).⁴⁹

No âmbito do direito administrativo, especificamente, a teoria foi formalmente internalizada⁵⁰ com o advento da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei

⁴³ Ibid.

⁴⁴ GONÇALVES, op. cit., [n. p.].

⁴⁵ Nesse mesmo sentido, confira-se COELHO, op. cit., [n.p.]: “Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se uma teoria que aperfeiçoa o instituto [do princípio da autonomia]: a da desconsideração da personalidade jurídica.”

⁴⁶ GONÇALVES, op. cit., [n. p.].

⁴⁷ COELHO, op. cit., [n.p.].

⁴⁸ Código Civil: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.”

⁴⁹ COELHO, op. cit., [n.p.].

⁵⁰ Nesse sentido, confira-se PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Manole, 2016, [n. p.]: “A Lei Anticorrupção [...] transporta para a esfera administrativa essa possibilidade, autorizando o aplicador da norma a que, no ambiente de um processo administrativo instalado e desenvolvido de acordo com o devido processo

Anticorrupção). A referida norma, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos contra a administração pública, admite, em seu art. 14⁵¹, a desconsideração nos casos em que a personalidade for utilizada com abuso do direito para facilitar a prática dos ilícitos ali previstos.

O Tribunal de Contas da União, em fenômeno não muito recente, aplica a teoria em face de empresas que restem condenadas por irregularidades no âmbito de contratos firmados com a Administração Pública. A legalidade de tal sanção desperta questionamentos, haja vista que a atribuição de competência à Corte de Contas para tanto não possui previsão na Constituição Federal, na Lei Orgânica do TCU ou em seu Regimento Interno⁵².

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão proferida em 2003 nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 15.166/BA⁵³, reconheceu a competência da Administração Pública de desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade empresária em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.**

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da

legal, promova a desconsideração da personalidade jurídica de pessoa infratora, para fins de estender a responsabilização para os seus sócios com poderes de administração.”

⁵¹ Lei nº 12.846/2013: “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.”

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. **Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011**. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Brasília: TCU, ano 39, n. 1, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 15.166/BA. 2ª Turma. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impetrado: Secretário de Administração do Estado da Bahia. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 7 ago. 2003, **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 8 set. 2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF.

teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- **A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.**

- Recurso a que se nega provimento.⁵⁴ (grifou-se)

Antes deste reconhecimento, contudo, o TCU já adotava a teoria da desconsideração. Em 1997⁵⁵, o Ministro José Antônio Barreto de Macedo foi acompanhado pelos demais da Segunda Câmara no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa investigada para que os sócios respondessem pessoalmente e em solidariedade perante o Tribunal.

A adoção da teoria passou a ter formato próprio na Corte de Contas. A título de exemplo, na ocasião do Acórdão nº 1.891/2010-TCU-Plenário⁵⁶, os Ministros consolidaram o entendimento de que, nos casos de abuso de direito, a desconsideração deveria ser decidida pelo colegiado competente pelo processo, devendo o Tribunal indicar expressamente quais seriam os sócios e administradores responsáveis pelo referido abuso.

As empresas atingidas pela aplicação da desconsideração, questionando a legalidade de tal feito, insurgem-se judicialmente contra os acórdãos do Tribunal de Contas. Utilizam-se de mandados de segurança com fulcro na competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os referidos remédios contra atos do Tribunal de Contas da União, prevista no art. 102, I, *d*, da Constituição Federal⁵⁷,

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 290/1997. 2ª Câmara. Requerente: Secretaria Executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Requeridos: A Nacional Construtora Ltda. e outros. Relator: Ministro José Antônio Barreto de Macedo. Brasília, DF, 06 nov. 1997. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 18 nov. 1997.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.891/2010. Plenário. Requerente: Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Requeridos: Alberto Nepomuceno e outros. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 04 ago. 2010. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 11 ago. 2010. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=41094>.

⁵⁷ CRFB/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o **mandado de segurança e o habeas data contra atos** do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, **do Tribunal de Contas da União**, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;” – grifou-se.

e do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, também da Constituição⁵⁸.

2.1.1 Mandado de Segurança nº 32.494/DF⁵⁹ (Plenário)

O Mandado de Segurança nº 32.494/DF foi impetrado com pedido liminar pela empresa PNG Brasil Produtos Siderúrgicos S.A. e outras duas pessoas físicas em face do Acórdão nº 2.593/2013-TCU-Plenário⁶⁰. O referido acórdão determinou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda. para estender à impetrante a sanção administrativa de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração pelo período de cinco anos. Segundo a Corte de Contas, as empresas configurariam “uma só unidade intelectual” e vislumbrou-se a prática de abuso da personalidade jurídica porque a PNG Brasil teria sido constituída com a intenção de burlar a penalidade aplicada à Dismaf Distribuidora.

Na ocasião do julgamento do pedido de medida cautelar, o Ministro Celso de Mello, em análise superficial sobre a legalidade do ato coator, entendeu que o TCU, exercendo o controle de legalidade dos procedimentos licitatórios, possuiria atribuição para estender a sanção administrativa que impôs a outra pessoa ou entidade que praticou atos comprovadamente fraudulentos, sendo necessário reconhecer, “em cada situação que se apresente, a ocorrência dos pressupostos necessários à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”.

Ele supõe que enunciados como o art. 71 da Constituição Federal, que atribuem poderes explícitos à Corte de Contas, reconheçam, “ainda que por implicitude”, a possibilidade de adoção de medidas na intenção de conferir real

⁵⁸ CRFB/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.494/DF. Impetrante: PNG Brasil Produtos Siderúrgicos S.A. e outros. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Relator do TC-000.723/2013-4. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 nov. 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=183954573&ext=.pdf>.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.593/2013. Plenário. Requerente: GF Consultoria em Informática Ltda. Requerido: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 25 set. 2013. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 04 out. 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=485060>.

efetividade às deliberações finais. Assenta, assim, que, apesar da ausência de autorização legal outorgando competência expressa ao TCU para promover o instituto, isso não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, pois poderia encontrar suporte na teoria dos poderes implícitos⁶¹ e no princípio da moralidade administrativa. Confira-se:

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (“*disregard doctrine*”), por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, “*caput*”), em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.⁶²

O Ministro chega a reconhecer que a atividade da Administração Pública é *ex lege*, o que significaria dizer “que o aparelho administrativo do Estado apenas poderá agir segundo o que dispuser a lei”. No entanto, pontua que tal concepção é criticada por diversos doutrinadores e ressalta que a atividade estatal “está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa”. Ele garante, ainda, que o princípio da moralidade deve reger a atuação do Poder Público e caracteriza uma pauta de valores éticos que fundamentam a ordem positiva do Estado.

Os argumentos por ele trazidos levariam, logicamente, à denegação do pleito cautelar. Contudo, Celso de Mello decidiu pela suspensão da eficácia do item do acórdão que determinou a desconsideração. Segundo ele, o fez por razões de prudência e pelo reconhecimento da plausibilidade jurídica da impetrante, haja vista que o STF ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da teoria e que há doutrinadores renomados que entendem necessário ato jurisdicional para a legitimação da desconsideração. Veja-se:

Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “*disregard doctrine*” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja

⁶¹ Confira-se o conceito trazido por MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, [n.p.]: “Para mitigar os rigores que a fixação taxativa das competências da União pode acarretar, nos EUA elaborou-se a doutrina dos poderes implícitos, que entende incluir-se na competência da União tudo o que seja necessário e útil para o cumprimento das competências enumeradas.”

⁶² Ibid.

porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “*disregard doctrine*”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.

Sendo assim, em sede de estrita delibação, e sem prejuízo de ulterior reexame da pretensão mandamental deduzida na presente causa, defiro o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia do item 9.4 do Acórdão nº 2.593/2013 do Plenário do E. Tribunal de Contas da União.⁶³

A União interpôs agravo interno em face dessa decisão em dezembro de 2014. Em parecer apresentado em março deste mesmo ano, o Ministério Público Federal (MPF) se manifestou sobre o recurso e sobre o mérito do processo, opinando pela denegação da segurança por não reconhecer conduta imprópria da autoridade apontada coatora. Ainda em 2014, os autos foram conclusos ao relator.

Em 2018, com mais de quatro anos sem qualquer movimentação, a impetrante noticiou fato superveniente nos autos, consistente na invalidação da sanção imposta na origem, o que afetaria o ato coator objeto do processo. A União e o TCU foram intimados a se manifestar a respeito. Até o presente momento, não houve julgamento de mérito.

2.1.2 Mandado de Segurança nº 35.506/DF⁶⁴ (Plenário)

A empresa PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda. insurgiu-se em face do Acórdão nº 2.014/2017-TCU-Plenário⁶⁵, que determinou a decretação da desconconsideração de sua personalidade jurídica e a indisponibilidade cautelar de ativos da empresa pelo período de um ano. Na oportunidade, os Ministros do TCU

⁶³ Ibid.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.506/DF. Impetrante: Projeto de Plantas Industriais Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 08 fev. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313660648&ext=.pdf>.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.014/2017. Plenário. Responsáveis: PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda., UTC Engenharia S.A. e outros. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 13 set. 2017. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 29 set. 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=600091>.

entenderam que havia fortes indícios de que os administradores da impetrante “esconderam-se sob o manto das empresas que administravam com vistas a maximizar os seus lucros”, reputando adequada a desconsideração.

O Ministro Marco Aurélio Mello deferiu a liminar pleiteada alguns dias depois da autuação do processo, suspendendo a eficácia do item do acórdão que continha as determinações citadas. Para fundamentar a decisão, o relator revisitou o consignado nos mandados de segurança nºs 34.357/DF e 34.392/DF, que foram impetrados pela Construtora Norberto Odebrecht S.A. e pela Construtora OAS S.A. - Em Recuperação Judicial, respectivamente, em face do Acórdão nº 2.109/2016-TCU-Plenário⁶⁶, o qual determinou a indisponibilidade de bens das referidas empresas no valor estimado do que caracterizaria o prejuízo causado ao erário.

No trecho por ele citado, trata pontualmente sobre a possibilidade jurídica de o TCU determinar cautelar de indisponibilidade de bens em face de particular. Manifesta não reconhecer que órgão administrativo – como é o Tribunal de Contas – tenha poder dessa natureza, garantindo que a atribuição do poder de cautela possui limites que não abarcam o bloqueio de bens de particulares por ato próprio. Confira-se:

O cerne da questão reside na possibilidade jurídica, ou não, de o Tribunal de Contas da União impor cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particular. Quanto ao tema, já me manifestei em outras ocasiões, tendo assentado não reconhecer a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública –, poder dessa natureza. Percebam: não se está a afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública.⁶⁷

Ainda no excerto, ao analisar sob o ângulo do risco, reconhece a ocorrência do perigo de demora reverso, pois a situação poderia levar as construtoras à morte civil e afirma que a eficácia dos processos de controle conduzidos pela Corte de Contas e o ressarcimento de eventuais danos ao erário dependem da permanência da atividade de tais empresas.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.109/2016. Plenário. Responsáveis: Construtora OAS S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A. e outros. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 17 ago. 2016. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 30 ago. 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=566580>.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.357/DF. Impetrante: Construtora Norberto Odebrecht S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 31 ago. 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 set. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310219026&ext=.pdf>.

Ao final, conclui que esse mesmo raciocínio utilizado para afastar a indisponibilidade de bens deve se direcionar à decretação da desconsideração da personalidade jurídica, reconhecendo a ausência de pronunciamento do Supremo que defina a viabilidade de tal medida, que não possui respaldo normativo expresso. Observe-se:

O mesmo raciocínio direciona, em campo precário e efêmero, à suspensão da desconsideração da personalidade jurídica, ante a ausência de pronunciamento colegiado do Supremo definindo a viabilidade da medida em âmbito administrativo, sem respaldo normativo expresso e sem abertura de contraditório prévio.⁶⁸

A União agravou a decisão defendendo a integral legalidade do ato da Corte de Contas em abril de 2018. O Ministério Público Federal, em junho de 2018, entendeu outra vez pela denegação da ordem, desta vez indicando também a aplicação lógica do art. 14 da Lei , que prevê a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso do direito de licitar ou de confusão patrimonial.

O processo foi afetado ao plenário em agosto de 2018 e pautado para julgamento por videoconferência em junho de 2020. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio proferiu seu voto nos termos da decisão liminar, no sentido de conceder a ordem para afastar a determinação de indisponibilidade de bens e de desconsideração da personalidade jurídica da empresa impetrante, e assentou prejuízo do agravo protocolado pela União. O Ministro Roberto Barroso afirmou suspeição. Devido ao adiantado da hora, os Ministros optaram por encerrar a sessão e retomar a discussão posteriormente.

Em julho, o processo foi novamente incluído na pauta para julgamento virtual, que se iniciou em agosto. Os Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Ricardo Lewandowski chegaram a apresentar minutas de votos divergindo do relator pela denegação da ordem.

Na minuta de voto apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, este entende que o ato impugnado estaria inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo exercido pelo TCU, destacando que o Supremo garante à Corte de Contas um poder geral de cautela que se pauta em prerrogativa institucional decorrente dos poderes explícitos, visando adequado funcionamento e alcance das finalidades. Verifica, ainda, que atingir o patrimônio das pessoas físicas que integram quadros

⁶⁸ Ibid.

societários das empresas não se revelaria como aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim da teoria do *ultra vires*, responsabilizando diretamente o responsável pelo ato ilícito – a pessoa física.

Já na minuta do Ministro Edson Fachin, este verifica que a Suprema Corte já compreendeu que a Constituição Federal não explicita todas as competências do Tribunal de Contas, havendo, portanto, muitas atribuições implícitas e necessárias ao cumprimento da finalidade constitucional a ele atribuída. Destaca a impossibilidade de que a inexistência de legislação específica possa negar ao TCU que determine a medida a fim de proteger o patrimônio público diante do cometimento de fraude. Por fim, cita o art. 14, da Lei nº 12.846/2013, como uma internalização no ordenamento jurídico da possibilidade de reconhecimento administrativo para a desconsideração.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, trouxe em sua minuta o entendimento de que não haveria razão para que a teoria da desconsideração não pudesse ser aplicada ao direito administrativo, pela sua finalidade de reprimir abusos e fraudes pelo uso inadequado da pessoa jurídica. Assenta que a determinação cautelar da desconsideração poderia ser utilizada com vistas ao resultado útil do processo, mas a decisão definitiva em relação ao destino dos bens deve caber a um magistrado togado. Por fim, não verifica qualquer vício, formal ou material, ao ato impugnado quanto à desconsideração.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência do Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Alexandre de Moraes pediu destaque. Assim, o pleito foi retirado do julgamento virtual e aguarda-se nova inclusão em pauta para julgamento por videoconferência.

2.1.3 Mandado de Segurança nº 35.920/DF⁶⁹ (1ª Turma)

Na hipótese do Mandado de Segurança nº 35.920/DF, a empresa UTC Engenharia S.A. - Em Recuperação Judicial se opôs diante do Acórdão nº 880/2018-TCU-Plenário⁷⁰, que desproveu os embargos de declaração opostos em face do

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.920/DF. Impetrante: UTC Engenharia S.A. - Em Recuperação Judicial. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 28 set. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338760465&ext=.pdf>.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 880/2018. Plenário. Recorrentes: UTC Participações S.A. e outro. Recorrido: Petróleo Brasileiro S.A. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 25 abr. 2018. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 9 mai. 2018. Disponível em:

Acórdão nº 2.014/2017-TCU-Plenário. Este último acórdão, que também foi objeto do Mandado de Segurança nº 35.506/DF (*vide* item 2.1.2), determinou a desconsideração da personalidade jurídica da impetrante e de mais quatro empresas.

Ao analisar e deferir o pedido de medida cautelar pleiteado, o Ministro Marco Aurélio fez menção e revisitou os argumentos utilizados no Mandado de Segurança nº 35.506/DF, justamente por possuírem o mesmo ato coator. Lembrou que, naquele processo, deferiu a tutela “assentando a inexistência de respaldo normativo expresso para a providência, não havendo o Supremo ainda se pronunciado sobre a respectiva viabilidade no âmbito administrativo, particularmente sem contraditório prévio”.

No deslinde de seu posicionamento, Marco Aurélio novamente dá enfoque ao princípio da legalidade estrita como garantia dos cidadãos brasileiros, não sendo adequada a aplicação analógica do art. 14, da Lei nº 12.846/2013. Com relação à teoria dos poderes implícitos, assenta que a Constituição Federal estabelece atribuições para assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos e afastar a concentração de poder, motivo que levaria interpretações que o ampliem a serem vistas com reservas. Veja-se:

Prevalece, como garantia dos cidadãos em relação ao Estado, o princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração Pública pode agir apenas quando expressamente autorizada por lei. Revela-se impróprio, como forma de justificar atribuição não legalmente prevista, articular com a aplicação analógica de outras normas – por exemplo, o artigo 14 da Lei nº 12.846/2013 – ou com cláusulas gerais, tais como a proteção à moralidade e a supremacia do interesse público. Quanto à denominada teoria dos poderes implícitos, reitero o que fiz ver ao examinar o caso relacionado à legitimidade do Ministério Público para investigar condutas criminosas [...]. A Constituição Federal, ao estabelecer atribuições, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos, surgindo prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito a concentração de poder, razão pela qual interpretações que o ampliem devem ser vistas com reservas. Os artigos 70 e 71 da Lei Maior, a versarem o Tribunal de Contas da União, mostram-se claros, não se verificando vácuo normativo a permitir o recurso à referida teoria.⁷¹

A União, assim como nos outros feitos já mencionados, interpôs agravo interno em face da decisão cautelar. O Ministério Público Federal também manteve seu posicionamento, opinando pela denegação da ordem e pelo provimento do recurso da União, por entender que a aplicação da teoria da desconsideração seria decorrente

<https://contas.tcu.gov.br/sagas/Sv/VisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=621033>.

⁷¹ Ibid.

de capacidade implícita do TCU a sua própria competência fiscalizatória e de proteção ao erário.

Os autos foram conclusos ao relator em abril deste ano. Até o presente momento, também não houve julgamento de mérito.

2.2 A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

A prescrição, segundo Justen Filho⁷², “consiste na perda do direito de ação (destinado a tutelar determinada pretensão), em virtude da ausência de seu exercício no prazo previsto”. Ele leciona que a prescrição do direito de ação relativamente à Administração Pública não seria viável no âmbito de processos administrativos, mas o é nas hipóteses em que a composição depender de tutela jurisdicional⁷³, como no caso das ações de ressarcimento ao erário.

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal, dispõe que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Anteriormente, Bandeira de Mello⁷⁴ lecionava que a segunda parte do referido dispositivo previa exceção que acarretava na imprescritibilidade das “ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário”.

A partir da 26ª edição de sua obra, contudo, Bandeira de Mello aderiu novo entendimento, asseverando que o posicionamento anterior era aderido com desconforto, mas sem outra escolha ante o teor do dispositivo constitucional. Segundo ele, o convencimento veio de argumento exposto pelo professor Emerson Gabardo no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009. Confira-se:

Até a 26ª edição desse curso admitimos que, por força do §5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. [...] Simplesmente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor defasado da linguagem constitucional.

⁷² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1252.

⁷³ Ibid, p. 1254.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1048 apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 1264.

Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.⁷⁵

Bandeira de Mello⁷⁶ pontua, ainda, que a ressalva disposta na segunda parte do art. 37, § 5º, apenas traduz a intenção do Constituinte de separar os prazos do ilícito propriamente dito (penal ou administrativo) dos prazos das ações de responsabilidade, e não garantir a imprescritibilidade destas últimas. Nesse sentido, Justen Filho⁷⁷ preleciona que a imprescritibilidade de fato não pode ser adotada, “sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica”. Para ele, não seria viável que o Estado mantivesse o direito de ação de “modo eterno”.

Antonio Roberto Winter de Carvalho⁷⁸, também na linha doutrinária da prescritibilidade, dá outro entendimento à ressalva do dispositivo, indicando que esta “se refere ao direito de regresso reservado ao Estado para se dirigir contra o agente, que no uso de sua função pública gerou prejuízos reclamados por terceiros”. Ou seja, a disposição buscaria garantir ao Estado, independentemente do transcurso do tempo em debate judicial, a possibilidade de regresso (previsto na segunda parte do § 6º, ainda do art. 37) contra o agente público que agiu com dolo ou culpa ao desempenhar suas funções.

Contudo, em sentido contrário, Carvalho Filho leciona que o texto constitucional leva ao entendimento de que, no caso de ilícitos provenientes de agentes do Poder Público, são admitidas ações prescritíveis e imprescritíveis – como nos casos de ressarcimento ao erário. Portanto, em se tratando de pretensão

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1092-1093.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1264.

⁷⁸ CARVALHO, Antonio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-48, 2010.

indenizatória do Estado, a Constituição asseguraria a imprescritibilidade da ação. Confira-se o trecho elucidativo:

Segundo dispõe o art. 37, § 5º, da CF, cabe à lei fixar os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, que provoquem prejuízos ao erário, ressalvando, contudo, “as respectivas ações de ressarcimento”. Pelo texto constitucional, pode concluir-se que a Carta, no caso de ilícitos oriundos de agentes do Poder Público, admitiu ações prescritíveis e ações imprescritíveis, referindo-se, em relação a estas, ao ressarcimento de prejuízos. Desse modo, em se tratando de efeitos administrativos e penais, advindos da conduta ilícita, haverá prescritibilidade, na forma estabelecida na lei. Para os primeiros, a lei será federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso; para os últimos, a lei será privativamente federal (art. 22, I, CF).

Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou. Diante da garantia constitucional, “o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído”, como já consignou notável constitucionalista.⁷⁹

Carvalho Filho⁸⁰ salienta que a redação do dispositivo constitucional é defeituosa, mas que o Constituinte possuía a *ratio* de proteger o erário, deixando clara sua intenção de “tratar de modo diferenciado a pretensão ressarcitória quando houvesse dano ao erário, qualificando-a como imprescritível”. Corroborando com tal posicionamento, José Afonso da Silva⁸¹ assenta que o princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos possui uma exceção e, por isso, “[n]em tudo prescreverá” – isto é, a apuração e a punição do ilícito prescreverão, mas não o direito da Administração Pública ao ressarcimento do prejuízo causado.

O entendimento adotado no âmbito do próprio TCU foi anteriormente consignado pela Súmula 282⁸², que dispõe que “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Na

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, [n. p.].

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 81-91, jan./mar. 2012.

⁸¹ SILVA, op. cit, p. 682.

⁸² BRASIL. Tribunal de Contas de União. Súmula nº 282. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 15 ago. 2012. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 20 ago. 2012.

data de sua aprovação, em 2012, a Súmula contou com 10 precedentes⁸³, todos eles citando e interpretando o art. 37, § 5º como previsão da imprescritibilidade.

A natureza jurídica que os referidos acórdãos da Corte de Contas possuem também fomenta a discussão em torno da temática. De acordo com o art. 71, § 3º, da Constituição Federal, e com os arts. 19, 23, III, *b*, e 24, todos da Lei Orgânica do TCU, as decisões que identifiquem contas irregulares e cominem multa ou imputem débito se constituirão como títulos executivos, mas não especificam se estes seriam judiciais ou extrajudiciais. A despeito de entendimento doutrinário diverso, entende-se que as decisões condenatórias são título executivos extrajudiciais, haja vista que a Corte de Contas não pertence ao Judiciário⁸⁴.

Assim como a doutrina diverge, também o Judiciário proferiu diversas decisões conflitantes sobre a questão. Algumas vezes, conforme analisa-se a seguir, o tema chegou em debate no Supremo Tribunal tratando de execuções fundadas em acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas da União que determinaram sanções pecuniárias de multa ou imputação de débito aos responsáveis.

2.2.1 Mandado de Segurança nº 26.210/DF⁸⁵ (Plenário)

O Mandado de Segurança nº 26.210/DF foi impetrado por pessoa física em face do Acórdão nº 2.967/2005-TCU-Primeira Câmara⁸⁶, que condenou-a ao pagamento de quase 180 (cento e oitenta) mil reais a título de devolução de valores advindos do descumprimento da obrigação de retornar ao Brasil após o término de concessão de bolsa de estudos junto ao Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq) no exterior.

⁸³ Os acórdãos citados como precedentes da Súmula 282/TCU foram os seguintes: Acórdão nº 276/2010-TCU-Plenário, Acórdão nº 966/2010-TCU-Primeira Câmara; Acórdão nº 735/2010-TCU-Primeira Câmara, Acórdão nº 1236/2010-TCU-Segunda Câmara, Acórdão nº 349/2010-TCU-Segunda Câmara, Acórdão nº 2670/2009-TCU-Plenário, Acórdão nº 1185/2009-TCU-Plenário, Acórdão nº 4409/2009-TCU-Primeira Câmara, Acórdão nº 6550/2009-TCU-Segunda Câmara, Acórdão nº 2709/2008-TCU-Plenário.

⁸⁴ NASCIMENTO, Rodrigo Melo de. A execução judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. **Revista do TCU**. Brasília, DF, v. 125, p. 85-101, set./dez. 2012.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.210/DF. Plenário. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 set. 2008. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.967/2005. Primeira Câmara. Responsável: Tânia Costa Tribe. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 29 nov. 2005. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 07 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20051216/TC-003-705-2005-0.doc>.

Em outubro de 2006, o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu o pedido de medida cautelar pleiteado. O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pela denegação da segurança em setembro de 2007 e o processo foi incluído na pauta de julgamentos um ano depois, em setembro de 2008.

Na ocasião do julgamento de mérito, os Ministros acordaram por denegar a segurança pleiteada (ficando vencido o Ministro Marco Aurélio), mas alguns deles divergiram do argumento trazido pela impetrante a respeito da prescrição da pretensão indenizatória da Corte de Contas.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, em seu voto, salientou que o argumento pela ocorrência da prescrição não merecia prosperar, trazendo a segunda parte do art. 37, § 5º, da Constituição em grifo. Segundo ele, a tomada de contas especial – tipo de processo em que foi proferido o acórdão objeto do mandado de segurança – é um processo administrativo que busca identificar responsáveis por prejuízos causados ao erário, sendo aplicável, portanto, a referida parte do dispositivo constitucional.

O Ministro Carlos Ayres Britto acompanhou integralmente o relator, reiterando que, “em se tratando de ressarcimento, as respectivas ações são imprescritíveis”.

O Ministro Marco Aurélio, em sentido contrário, entendeu pela ocorrência da prescrição da possível ação, considerando que os pronunciamentos do Tribunal de Contas nesse sentido – qual seja, de reconhecer débito – possuem natureza de título executivo extrajudicial apenas pelo período de cinco anos. Ele pontua que o Constituinte foi explícito quanto à ausência de prescrição em determinados casos, mas não em relação às ações de ressarcimento; e que não poderia conceber que a intenção teria sido viabilizar uma ação exercitável a qualquer momento. Assim, levando em consideração o transcurso do tempo, votou pela concessão da ordem.

O Ministro Cezar Peluso concordou com as ponderações do relator, mas apresentou ressalva quanto à questão da imprescritibilidade. Para ele, a regra do § 5º traria uma exceção à previsão de prescrição de ilícitos. Isto significaria dizer que as ações relativas a crimes seriam prescritíveis, mas as respectivas ações de ressarcimento de tais crimes (ou seja, que possuiriam a intenção de reparar prejuízos advindos de crime danoso ao Estado) não prescreveriam. Apesar de tais apontamentos, acompanhou o relator pela denegação da segurança, por entender que não pareceu configurado caso típico de prescrição em razão das dúvidas a respeito da data de nascimento da pretensão do Estado.

Os demais Ministros presentes, quais sejam, Celso de Mello, Ellen Grace, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito apenas acompanharam o relator sem ressalvas, vencendo o entendimento pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

2.2.2 Recurso Extraordinário nº 636.886/AL⁸⁷ (Plenário)

Tratou-se de recurso interposto pela União Federal em face de acórdão proferido em ação de execução de decisão do Tribunal de Contas. O Tribunal Federal da 5ª Região havia mantido a sentença que reconheceu a prescrição da pretensão ressarcitória do erário e extinguiu o processo.

O processo chegou a ser devolvido à origem pelo STF em face do reconhecimento de repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário nº 669.069/MG⁸⁸, Tema 666, que assentou que “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Em 2016, contudo, o Vice-Presidente do Tribunal *a quo* remeteu o processo ao Supremo novamente, entendendo que a matéria que trata o paradigma da repercussão geral seria diferente da do presente caso.

No presente caso, a repercussão geral foi reconhecida, sob Tema 899, em sessão do Plenário Virtual, na qual os Ministros entenderam que a tese firmada no citado Tema 666 realmente não seria capaz de solucionar a controvérsia, uma vez que a pretensão de ressarcimento se fundava em acórdão do TCU, e não em ilícito civil.

A Corte de Contas foi admitida como *amicus curiae* no feito e o Ministro Alexandre de Moraes, relator, determinou a suspensão de todas as demandas que versassem sobre questão igual em todo o território nacional.

Na sessão de julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes começou mencionando o posicionamento já firmado no Supremo sobre a temática da (im)prescritibilidade. Citou o já mencionado Tema 666 e o Tema 897, firmado no

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.886/AL. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 20 abr. 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343546769&ext=.pdf>.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 03 fev. 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309316367&ext=.pdf>.

Recurso Extraordinário nº 852.475/SP⁸⁹, que prevê que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O Ministro Relator sugere que o Tema 897 traz excepcional hipótese de imprescritibilidade, que exige dois requisitos: a prática de ato de improbidade tipificado⁹⁰ e a presença do elemento subjetivo dolo. Em outras palavras, resume que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de prática de ato ímprobo doloso e tipificado, e salienta que as razões que levaram a maioria da Suprema Corte a esse entendimento não estão presentes nos casos de acórdãos do TCU que imputem débito ou multa. Isto porque o Tribunal de Contas não analisa a existência de ato de improbidade administrativa doloso e não há decisão judicial que caracterize a existência do mesmo.

Ele pontua, ainda, que a Corte de Contas não exerce atividade jurisdicional, e o termo “julgar” trazido no art. 71, da Constituição, deve ser utilizado no sentido de “examinar” e “analisar” as contas. Em seu entendimento, tais exames e análises não possuiriam as mesmas garantias do devido processo legal, com suficiente observância à ampla defesa e ao contraditório.

No procedimento adotado pelo TCU, segundo ele, não haveria análise ou imputação de existência de ato de improbidade, nem possibilidade de defesa do fiscalizado com as garantias devidas. Sugere, por fim, que caso surjam elementos de atuação consciente e dolosa na conduta investigada, está aberta a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade, nas quais os acusados terão plenas oportunidades de defesa e a condenação ao ressarcimento será imprescritível. Assim, concluiu por negar provimento ao recurso, mantendo-se a extinção do processo e a fixação da tese pela prescritibilidade.

Os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Roberto Barroso acompanharam o relator com ressalvas. O Ministro Edson Fachin salientou que nos julgamentos dos Temas 666 e 897 consignou pela imprescritibilidades das ações, mas que o caso ora

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP. Plenário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e outros. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 ago. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>.

⁹⁰ A tipificação consta da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que “[d]ispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.”

em análise possuía distinção relevante: as ações seriam provenientes de títulos do Tribunal de Contas e, por isso, não havia título judicial para embasar a ação.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, analisou o percurso traçado pelo art. 37, § 5º na Assembleia Nacional Constituinte, salientando sempre que a prescritibilidade seria a regra, pois os casos não prescritíveis foram expressamente elencados na Constituição Federal, com técnica legislativa que não deixaram dúvidas.

Ele cita, ainda, que o próprio Tribunal de Contas da União sedimentou a adoção do prazo decenal para instauração de tomada de contas especial, o que defluiria o reconhecimento administrativo de que o transcurso de dez anos impediria o prosseguimento das medidas cabíveis que gerariam a cobrança de ressarcimento. Finalizou defendendo que a modulação de efeitos seria necessária no caso deste julgamento, haja vista a notável mudança de entendimento do Supremo, que antes adotava posição diametralmente oposta.

O Ministro Roberto Barroso apenas registrou o seu não comprometimento com a questão do termo inicial do prazo prescricional na ocasião deste julgamento, por entender que ainda seria necessário refletir sobre hipóteses que não tinham necessidade de serem definidas naquele momento.

Os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber acompanharam o relator sem ressalvas, estando ausente o Ministro Celso de Mello. Por unanimidade, portanto, o Supremo fixou o Tema 899 no seguinte sentido: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À LUZ DOS JULGAMENTOS SELECIONADOS

Sucintamente, no primeiro tópico do capítulo anterior, ao revisitar alguns dos processos e julgamentos que versam sobre a matéria da desconsideração da personalidade jurídica, constatou-se que o entendimento do Supremo a respeito da possibilidade da aplicação por parte da Corte de Contas ainda não se consolidou. A discussão perdura há anos sem qualquer fixação de tese até o presente momento.

No segundo tópico, acompanhou-se salientada mudança de entendimento da Suprema Corte, que chegou a proferir decisões pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de acórdãos do TCU alguns anos antes de fixar tese em sentido totalmente oposto, isto é, pela prescritibilidade.

Diante das pontuações feitas pelos Ministros, percebe-se a tendência pelo reconhecimento de que a Corte de Contas de fato não possui jurisdição tal como definida pela Teoria Geral do Processo⁹¹. Por diversas vezes, os Ministros debatem sobre a extensão da função jurisdicional e a natureza jurídica das decisões do TCU, além de salientarem que o processo administrativo que tramita perante o Tribunal não possui a mesma profundidade de ampla defesa e contraditório que o Poder Judiciário, defendendo a instauração de ação jurisdicional para análise de atos tipificados, por exemplo.

Contudo, a despeito de tais apontamentos, tem-se a percepção de que a Suprema Corte possui certo receio em delimitar e determinar expressamente qual seria o seu posicionamento a respeito dos limites das decisões e do poder punitivo do Tribunal de Contas no exercício da sua competência de “julgar”, prevista no art. 71, II, da Constituição. Percebe-se isso não só pela morosidade dos julgamentos de mérito, que acabam até por perder o objeto devido ao transcurso do tempo, mas também pela forma como evitam fomentar um entendimento geral e amplo sobre as teses construídas nas fundamentações.

Essa situação gera cenário de forte e preocupante insegurança jurídica aos investigados, que lidam há anos com a indefinição dos limites do poder sancionador da Corte de Contas. Os particulares e as entidades se veem sujeitos a sanções muitas vezes gravosas, sendo que não há qualquer delineamento sobre se estas realmente se inserem no âmbito de competência do TCU.

Diante disso, entende-se que seria necessário que o Judiciário atuasse de maneira mais firme, de forma a estabelecer com maior rigidez os limites do poder punitivo do TCU, firmando, de maneira clara, quais seriam os institutos sancionatórios que este poderia dispor para investigar particulares e entidades, sendo certo que o controle exercido pelo Tribunal deva ter parâmetros e limites determinados, visando sempre a eficiência e a transparência necessárias ao seu papel.

⁹¹ Segundo DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 21ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivum, 2019, p. 189-205, a jurisdição é “a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).” Contudo, a respeito dos tribunais administrativos, salienta que as decisões de conflito tomadas por estes são “exemplo de equivalente jurisdicional, pois, embora se trate de solução por heterocomposição dada por um sujeito imparcial diante de uma situação concreta, **faltam-lhe os atributos da aptidão para a coisa julgada material e da insuscetibilidade de controle externo, indefectíveis da atividade jurisdicional**” (grifou-se).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo sancionador contou com grande evolução e crescimento após o advento da Constituição Federal de 1988. Isso especialmente no que tange o exercício do controle externo, que tem por objeto a identificação e prevenção de defeitos, aperfeiçoando a atividade administrativa.

As atribuições do controle externo são de competência do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Este último possui auxílio do Tribunal de Contas da União, que, como consequência das atribuições do referido controle, no âmbito do direito administrativo sancionador, exerce o seu poder punitivo com fulcro principalmente nas disposições dos incisos do art. 71, da Constituição Federal.

O texto do mencionado dispositivo provoca diversas discussões no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que este é o órgão competente para julgar os mandados de segurança impetrados contra atos da Corte de Contas. A intenção, ao analisar os julgados da Suprema Corte trazidos, foi buscar o entendimento desta a respeito do poder sancionador do Tribunal de Contas e quais seriam os seus limites quando interpretados em face da Constituição Federal.

Inicialmente, a hipótese era a de que o Supremo costumava aproximar o poder punitivo da Corte de Contas da jurisdição comum, haja vista a abertura permitida ao órgão controlador de aplicar institutos sancionadores próprios do Judiciário. Ao analisar os julgados, concluiu-se que o Supremo possui certa tendência em afastar o exercício do controle externo do Tribunal de Contas da jurisdição comum, estabelecendo diversas diferenças e, por vezes, reconhecendo o caráter estritamente administrativo de seus processos e decisões.

Contudo, mesmo diante dos muitos argumentos trazidos pelos Ministros nos votos proferidos até então, chamou-se atenção para a permanência da falta de consolidação de um entendimento claro e expresso a respeito dos limites do exercício do poder punitivo da Corte de Contas no que diz respeito à aplicação de instrumentos sancionatórios no deslinde das investigações. Essa realidade possui característica problemática principalmente diante da confirmação pelo próprio Supremo da atividade *ex lege* que a Administração Pública exerce e pelo alarmante cenário de insegurança jurídica que gera aos investigados.

Por fim, entendeu-se pela necessidade de atuação mais firme do Poder Judiciário ao analisar a competência do TCU no exercício do poder punitivo, por considerar ser prudente a delimitação de quais institutos sancionatórios a Corte de Contas poderia dispor no julgamento de seus processos, de modo a afastar quaisquer questionamentos que se oponham ao exercício do poder punitivo do Tribunal. Assim, será possível otimizar o papel fundamental que o TCU possui diante da Administração do país e os particulares e entidades fiscalizados receberão tratamento isonômico e acertado, sem qualquer indefinição, visto que é dever da Corte de Contas julgá-las sempre em observância às fronteiras constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 5 out. 1988, Seção 1, p. 1. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/15636884>.

_____. Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 17 jul. 1992, Seção 1, p. 9449. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/550319/publicacao/15715220>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/552282/publicacao/15676634>.

_____. Lei nº 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. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 01 ago. 2013, Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/591294/publicacao/15614778>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 15.166/BA. 2ª Turma. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impetrado: Secretário de Administração do Estado da Bahia. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 7 ago. 2003, **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 set. 2003. Disponível em:

https://processo.stf.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=419301&num_registro=200200942657&data=20030908&formato=PDF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.210/DF. Plenário. Impetrante: Taina Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 set. 2008. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.357/DF. Impetrante: Construtora Norberto Odebrecht S.A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 31 ago. 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 set. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310219026&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.494/DF. Impetrante: PNG Brasil Produtos Siderúrgicos S.A. e outros. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Relator do TC-000.723/2013-4. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 nov. 2013. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=183954573&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.506/DF. Impetrante: Projeto de Plantas Industriais Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 08 fev. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313660648&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.920/DF. Impetrante: UTC Engenharia S.A. - Em Recuperação Judicial. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 28 set. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 out. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338760465&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.886/AL. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 20 abr. 2020. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343546769&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Plenário. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 03 fev. 2016. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309316367&ext=.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP. Plenário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e outros. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 08 ago. 2018. **Diário [de] Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 880/2018. Plenário. Recorrentes: UTC Participações S.A. e outro. Recorrido: Petróleo Brasileiro S.A. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 25 abr. 2018. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 9 mai. 2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=621033>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.967/2005. Primeira Câmara. Responsável: Tânia Costa Tribe. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, 29 nov. 2005. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 07 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20051216/TC-003-705-2005-0.doc>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.891/2010. Plenário. Requerente: Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Requeridos: Alberto Nepomuceno e outros. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 04 ago. 2010. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 11 ago. 2010. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=41094>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.593/2013. Plenário. Requerente: GF Consultoria em Informática Ltda. Requerido: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 25 set. 2013. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 04 out. 2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=485060>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.109/2016. Plenário. Responsáveis: Construtora Norberto Odebrecht S.A. e outros. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 17 ago. 2016. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 30 ago. 2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=566580>.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.014/2017. Plenário. Responsáveis: PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda., UTC Engenharia S.A. e outros. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, DF, 13 set. 2017. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 29 set. 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=600091>.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 290/1997. 2ª Câmara. Requerente: Secretaria Executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Requeridos: A Nacional Construtora Ltda. e outros. Relator: Ministro José Antônio Barreto de Macedo. Brasília, DF, 06 nov. 1997. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, 18 nov. 1997.

_____. Tribunal de Contas de União. Súmula nº 282. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 15 ago. 2012. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 20 ago. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, v. I, nº 9, dez. 2001.

CARVALHO, Antonio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-48, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 81-91, jan./mar. 2012.

_____. **Manual de Direito Administrativo** [livro eletrônico]. 31ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** [livro eletrônico], v. 1, Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli; PEREIRA, Bresser. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 104-106 apud GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 109, p. 773-793, dez. 2014.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 21ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivum, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** [livro eletrônico], v. 1, Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1048 apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 1264.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: direito societário, v. 2. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez., 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional** [livro eletrônico]. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Rodrigo Melo de. A execução judicial das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. **Revista do TCU**, Brasília, DF, v. 125, p. 85-101, set./dez. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Manole, 2016.

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. **O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta nas Decisões dos Tribunais de Contas**. 2019. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. **Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011**. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Brasília: TCU, ano 39, n. 1, 2020. Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf.

AS IMUNIDADES DAS EMBAIXADAS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS E SUA REPERCUSSÃO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Mireli Pereira Celestino

SUMÁRIO: Introdução. 1. A execução no âmbito do Direito Processual do Trabalho sob o viés do CPC e seus desdobramentos de acordo com a CLT. 1.1. Princípios. 1.2. Processo de execução como uma fase do processo comum. 2. As imunidades de jurisdição e execução concedidas as embaixadas e organismos internacionais atuantes no Brasil. 2.1. Imunidade de jurisdição. 2.2. Imunidade de execução. 2.3. Entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF em relação as imunidades. 3. O reflexo das imunidades e privilégios dos entes de Direito Público Internacional no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Considerações finais.

RESUMO

O presente artigo discorre acerca das imunidades concedidas aos entes de Direito Público Internacional atuantes no Brasil, em especial a imunidade de execução e sua repercussão no âmbito do processo do Direito do Trabalho. Em uma análise da legislação comparativa do direito processual comum e o direito processual do trabalho, princípios comuns e a fase de execução. Além da compreensão das imunidades e o entendimento do atual do Supremo e por fim, a análise da jurisprudência do TRT da 10ª Região, sendo esse foro do local em que estão localizados, em suma maioria as sedes de missões diplomáticas e organismos internacionais.

Palavras-chave: imunidades e privilégios; imunidade de execução e jurisdição; execução trabalhista; entendimento do TRT – 10ª.

THE IMMUNITIES OF EMBASSIES AND INTERNATIONAL ORGANISMS AND THEIR REPERCUSSION IN LABOR EXECUTION

ABSTRACT

This article discusses the immunities granted to international public law entities operating in Brazil, in particular immunity from execution and its repercussions in the scope of the Labor Law process. In an analysis of the comparative legislation of common procedural law and procedural labor law, common principles and the execution phase. In addition to the understanding of immunities and the understanding of the current Supreme Court and finally, the analysis of the jurisprudence of the TRT of the 10th Region, this being the forum of the place where they are located, most of all the headquarters of diplomatic missions and international organizations.

Keywords: immunities and privileges; immunity from execution and jurisdiction; labor execution; understanding of TRT - 10th.

INTRODUÇÃO

Para o bom desenvolvimento das relações diplomáticas, o Direito Internacional buscou métodos que beneficiassem ambas as partes das relações jurídicas, dessa forma, foram concedidos as missões diplomáticas e posteriormente, aos organismos internacionais, privilégios e imunidades para o seu bom funcionamento.

Esses privilégio e imunidades buscam garantir o bom desenvolvimento da missão e uma baixa intercorrência do Estado acreditante. Ocorre que, ao realizar essas concessões não foram pensados nos conflitos que poderiam surgir entre o Estado estrangeiro e o particular, principalmente àqueles contratados pela missão.

Assim, como não há previsão na legislação internacional acerca de como o Estado deve agir diante desses conflitos, sem que haja renúncia da sua soberania, cada Estado vem buscando formas de garantir o direito individual sem que haja conflitos internacionais.

No Brasil, o entendimento em relação a essas imunidades ainda é passível de discussão, entretanto, o Supremo em tentativa de resolver esses conflitos vem entendendo que em relação à imunidade de jurisdição essa pode ser relativizada nos casos em que o polo passivo da demanda são as embaixadas e os consulados.

Já em relação aos organismos e organizações internacionais, no julgamento dos Recursos Extraordinários 578.543 e 597.368, decidiu que esses gozam de imunidade de jurisdição absoluta desde que esses organismos integrem o sistema ONU, sendo aos demais definida a imunidade conforme o acordo de sede.

Dessa forma, àqueles organismos do sistema ONU não podem ser processados e julgados pelo Estado brasileiro, o que automaticamente impede a ocorrência de uma fase de execução.

Além do entendimento do Supremo, os organismos detêm uma maior autonomia e estatutos próprios que dispõem acerca da resolução de conflitos com o particular, enfatizando a não necessidade de submissão a jurisdição nacional.

Uma vez que as embaixadas e consulados podem ser demandados em jurisdição nacional, isso não é uma garantia efetiva da fase de execução, tema ainda pouco discutido, uma vez que o entendimento é que ela é absoluta e só pode ser relativizada em renúncia expressa do ente ou quando o bem constricto não é considerado essencial a missão e ao seu desenvolvimento.

Por fim, em uma análise a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, é possível observar que o tribunal está adotando o mesmo entendimento do Supremo e

do Tribunal Superior do Trabalho em relação às imunidades concedidas a esses entes e as formas de resolução de conflito.

1. A EXECUÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO SOB O VIÉS DO CPC E SEUS DESDOBRAMENTOS DE ACORDO COM A CLT

O Processo civil e o Processo do trabalho são dois institutos distintos e específicos do direito, com previsões e determinações próprias, porém, o processo do trabalho não possui autonomia integral dos demais ramos do direito, em especial ao direito civil e ao direito constitucional.

Isso porque, ainda que possua legislação específica, a legislação que rege a matéria do direito do trabalho possui lacunas que necessitam de preenchimento para o desenvolvimento processual válido, assim, o preenchimento dessas lacunas ocorre através dos institutos legais que compõem os demais ramos do direito.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 8º estabelece que:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.¹

Essa complementação deve ocorrer de ofício, sem que o seu objetivo seja o benefício de qualquer uma das partes, sendo um auxílio ao juiz e ao desenvolvimento processual. E a busca de um desenvolvimento processual justo e equilibrado para ambas as partes, ainda que a decisão de mérito venha ser em favor de apenas uma das partes litigantes.

Mauricio Godinho Delgado², acerca da complementação do direito do trabalho afirma que:

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico especial, porém não singular ou *anômalo*, integra-se ao universo jurídico geral, guardando, é claro, suas especificidades, mas também se submetendo a vínculos com o núcleo jurídico principal.

Parte significativa desses vínculos é formada pelos princípios gerais de Direito que atuam no ramo justralhista, além dos princípios especiais de outros segmentos jurídicos que também cumprem papel de relevo no Direito do Trabalho. Na verdade, pode-se dizer que os princípios gerais do Direito (que, hoje, em grande medida, são princípios constitucionais), que se aplicam ao ramo justralhista especializado, demarcam os laços essenciais que este ramo, não obstante suas particularizações, tem de manter com o restante do Direito. Ainda que a previsão legal estabeleça que o

¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo. Editora LTDA, 2019. p. 89.

direito do trabalho possa usufruir de qualquer âmbito do direito, esse respaldasse em grande parte no direito constitucional e o direito civil.

Assim sendo, não há de se dizer que há autonomia desse ramo processual, isso porque ele compõe, como supra citado, o “universo jurídico geral” ou o denominado direito comum, mesmo que haja legislação específica com o intuito de regular grande parte da matéria em questão.

Em complementação ao disposto no art. 8º da CLT, o art. 769 do mesmo instituto legal, dispõe de forma clara que *nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.*

Desse modo, a legislação estabelece que o direito processual do trabalho carece de complemento dos demais ramos do direito, principalmente daquele denominado direito comum. Tal entendimento decorre do princípio da subsidiariedade, aplicar um ramo do direito subsidiariamente significa *aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual. Exemplos: tutelas provisórias (urgência e evidência), ação rescisória; ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc.*³

Partindo do entendimento de que o direito processual do trabalho necessita dos demais ramos do direito para o seu desenvolvimento, percebe-se a adoção de denominada “teoria monista”, ou seja, o entendimento de que o Direito Processual é um só. O Direito processual do Trabalho não seria regido apenas por lei próprias ou estruturado de modo específico.⁴

Leone Pereira⁵

A CLT e a legislação trabalhista esparsa apresentam lacunas naturais, não conseguindo regular todas as situações jurídicas e sociais.

Assim, na fase de conhecimento, o art. 769 da CLT aduz que o Direito Processual Comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, contanto que preencha dois requisitos cumulativos:

1º) omissão (lacuna, anomia) da CLT;

2º) compatibilidade de princípios e regras.

Da mesma forma, na fase de execução trabalhista, o art. 889 da CLT estabelece que a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) será fonte subsidiária do Processo do Trabalho, isto se preencher, a exemplo da fase de conhecimento, dois requisitos cumulativos:

1º) omissão (lacuna, anomia) da CLT;

2º) compatibilidade de princípios e regras.

³ SCHIAVI, Mauro. **Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho**. Disponível em: https://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 38ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2016. p. 62.

⁵ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. (pdf)

É evidente, que ainda que haja defensores da denominada “teoria dualista”, a qual entende que o Direito Processual do Trabalho é ramo totalmente autônomo dos demais ramos como, por exemplo, Carlos Henrique Bezerra Leite⁶, que em relação à autonomia do Direito Processual do Trabalho afirma que esse:

Afigura-se-nos que o direito processual do trabalho goza de autonomia em relação ao direito processual civil (ou direito processual não penal).
Com efeito, o direito processual do trabalho dispõe de vasta matéria legislativa, possuindo título próprio na Consolidação das Leis Trabalho, que, inclusive confere ao direito processual civil o papel de mero coadjuvante (CLT, art. 769).
O próprio art. 15 do CPC, ao consagrar sua aplicação subsidiária e supletiva, reconhece que o processo do trabalho dispõe de autonomia, uma vez que o processo civil apenas poderá colmatar-lhe as lacunas.

Entretanto, na análise das duas teorias é compreensível, a meu ver, que a teoria monista se sobressai, uma vez que não há de se falar em autonomia do processo do trabalho quando a própria legislação estabelece a presença de lacunas e a necessidade de preenchimento através de outros ramos do direito, em especial, o processo civil (processo comum).

Por fim, a Instrução Normativa n. 39/2016⁷ do TST dispõe quais dispositivos do CPC/2015 podem ser aplicados ao processo do trabalho, desde que haja compatibilidade e sempre de forma supletiva e subsidiária.

Dessa forma, de modo a compreender melhor o tema a seguir estudado é necessário abordar três vertentes do processo civil e do processo do trabalho: os princípios, o processo de forma geral e o processo de execução como fase do processo comum.

É evidente que na ausência de norma específica pertencente ao direito do trabalho, a aplicabilidade dos demais ramos e princípios são uma forma de validade processual. Dessa forma, é necessário exemplificar cada uma das vertentes citadas anteriormente.

1.1 PRINCÍPIOS

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações a respeito dos princípios envolvidos no debate em questão. Carlos Henrique Bezerra Leite⁸ entende que os princípios comuns entre o direito civil e o direito do trabalho encontram-se respaldados no direito processual

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 122

⁷ BRASIL. Resolução n° 203. Edita a Instrução Normativa n° 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Op. cit., p. 93.

constitucional, ou seja, os princípios constitucionais transitam entres ambos os ramos processuais.

Homero Batista Mateus da Silva⁹, em sua análise aos princípios do direito do trabalho afirma que:

Embora seja correto dizer que os princípios permeiam todos os ramos do direito e desempenham semelhante papel, de alta relevância, em todos os segmentos, não é exagero dizer que no Direito do Trabalho esse papel é ainda mais potencializado. A propósito, tampouco é exagero afirmar que o Direito do Trabalho deve grande parte da sua emancipação, em face do direito civil, ao conjunto de princípios que se conseguiu visualizar, como identificadores de um ramo novíssimo, que surgia das lutas sindicais e dos conflitos da revolução industrial, mostrando-se o direito civil já incapaz de fazer frente a todas as suas demandas e necessidade.

Mauro Schiavi¹⁰ diz que:

Os princípios constitucionais do processo se aplicam a todos os ramos do Direito Processual. Não obstante, há princípios do processo civil previstos na lei infraconstitucional, preponderantemente, no Código de Processo Civil, que norteiam o chamado processo não penal, ou seja, o processo destinado ao julgamento de matérias de natureza civil, que são aplicáveis integralmente ao Direito Processual do Trabalho, por força do art. 769 da CLT.

O autor estabelece como princípios comuns aplicáveis do direito processual civil e ao direito processual do trabalho¹¹:

- a. Princípio da ação, demanda ou da inércia do judiciário: tem por pressuposto que a ação do judiciário só ocorre após provocação;
- b. Princípio da disponibilidade ou do dispositivo: e a faculdade concedida as partes de praticarem os atos processuais;
- c. Princípio do impulso processual: após a propositura do processo, ele se desenvolve por meio de um impulso oficial e tem seu fim com ou sem resolução de mérito;
- d. Princípio da oralidade: tem como finalidade de que dentre as provas disponíveis, o juiz dê preferência a oralidade;
- e. Princípio da instrumentalidade das formas: tendo em vista que o processo não é fim de si mesmo, sendo ele um instrumento utilizado em pro do direito;
- f. Princípio da cooperação: a cooperação entre as partes que compõem o processo e necessária para o desenvolvimento do processo, afastando a rivalidade dos polos; e
- g. Princípio da observância da ordem cronológica das decisões: o julgamento dos processos deve observar a ordem cronológica das decisões e acórdãos publicados.

Além dos princípios supracitados, a doutrina acrescenta outros princípios que são comuns a mais de um ramo do direito, principalmente em relação ao processo civil, sendo esses princípios adequados ao ramo jurídico especializado em que está sendo utilizado no momento e no ato processual.

⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado Volume 1 – parte geral**. 2ª edição em e-book. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. sem página.

¹⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 12ª edição. São Paulo, 2017. p. 108-114.

¹¹ Idem, p. 108.

Mauricio Godinho Delgado¹² estabelece o direito civil como parte integrante do que denomina como “direito comum”, sendo fonte subsidiária direta do direito do trabalho.

1.2. PROCESSO E PROCESSO DE EXECUÇÃO COMO UMA FASE DO PROCESSO COMUM

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, o processo era dividido em dois processos autônomos, porém interligados em seu fim. O processo de conhecimento tinha como objetivo o conhecimento da lide e posterior decisão de mérito que viabilizava o início de um novo processo.

Já o processo de cumprimento de sentença tinha por finalidade a efetivação do que foi reconhecido ao final da lide ou por meio de um instrumento que reconheça o direito, o título executivo judicial.

Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹³ definem o processo como:

Meio para viabilização da prestação da tutela jurisdicional. Essa tutela pode ocorrer mediante atividade de *conhecimento*, atividade de *execução* ou mediante provimentos que concomitantemente *misturem ambas as atividades*. É por essa razão que o exercício da ação pode dar lugar a um *debate* voltado apenas a dar razão a uma das partes (atividade de conhecimento), apenas à concretização de determinado comando (atividade de execução) ou a dar razão a uma das partes e imediatamente à concretização do julgado (atividade em que conhecimento e execução se misturam).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o processo de cumprimento de sentença deixou de ser um processo autônomo e passou a ser uma fase do processo comum que tem por finalidade o cumprimento de fato do que foi definido na fase de conhecimento, a ausência desse cumprimento de sentença de forma automática enseja a fase de execução.

Ressalta-se que a execução atrelada a um título executivo judicial será uma fase do processo sincrético, porém, também pode ser um processo autônomo de execução quando o título discutido tiver sido constituído de forma extrajudicial.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Op.cit., p. 93 (pdf).

¹³ MARINONE, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 665 (pdf)

Na fase de conhecimento do processo do trabalho, entende-se que é aplicável a denominada teoria geral do processo, ou seja, são aplicáveis os pontos em comum que possuem as diversas vertentes do direito e, que auxiliam para o desenvolvimento dos processos.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁴, ao tratar da teoria geral do processo, afirma que a teoria:

identifica quais são os pontos comuns a todos os ramos do direito processual, como os conceitos de jurisdição, ação, defesa, processo, procedimento. Também indica os princípios gerais aplicáveis a todos os subsistemas processuais, como os princípios do juiz natural, do promotor natural, do contraditório, da imparcialidade, da persuasão racional, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, da economia processual, bem como as garantias gerais relacionadas à ampla defesa, aos recursos em geral, à preclusão, à coisa julgada, à noção geral de competência e à reciprocidade existente entre as “jurisdições” civil, penal e trabalhista.

Ainda que haja distinção de matéria nos diversos ramos do direito, o processo e o procedimento a ser adotado no curso da demanda irá seguir uma teoria em comum para que haja o desenvolvimento válido e seja alcançada a pretensão jurídica desejada. Tal teoria permite a comunicação entre os diversos ramos do direito, definindo uma noção geral do direito processual comum a todos os ramos.

Findando a fase de conhecimento, que segue a teoria comum de desenvolvimento processual, é proferida a decisão de mérito que inicia a fase de cumprimento de sentença, dessa forma a ausência de cumprimento voluntário da obrigação definida em título executivo, enseja a fase de execução.

A fase de execução consiste na concretização do que está descrito em título executivo que pode ser judicial, àquele foi determinado em sentença ou extrajudicial, àquele constituído fora do âmbito processual, mas que pode ser executado em juízo.

No conceito de José Augusto Rodrigues Pinto¹⁵:

Executar é, no sentido comum, realizar, cumprir, levar a efeito. No sentido jurídico, a palavra assume significado mais apurado, embora conservando a ideia básica de que uma vez nascida, por ajuste entre particulares ou por imposição sentencial do órgão próprio do Estado, a obrigação deve ser cumprida, atingindo-se no último caso, concretamente, o comando da sentença que a reconheceu ou, no primeiro caso o para qual a se criou.

Mauro Schiavi¹⁶:

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Op. Cit., p. 62.

¹⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 5ª edição. São Paulo. Editora LTr, 2000.

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. Op. Cit., p.1090.

A sentença não voluntariamente cumprida dá ensejo a outra atividade jurisdicional, destinada à satisfação da obrigação consagrada em título. Essa atividade estatal de satisfazer a obrigação consagrada num título tem força executiva, não adimplindo voluntariamente pelo credor se denomina *execução forçada*.

Finalizando o conceito de execução em um viés civilista, Moacyr Amaral Santos vai defini-la como a atividade:

pela qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583), empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção. Pelo processo de execução, por meio de tais medidas, o estado visa alcançar, contra a vontade do executado, a satisfação do direito do credor. A execução, portanto, é a atuação da sanção inerente ao título executivo.

Definido o conceito de execução como a fase processual que se inicia após a ausência de cumprimento voluntário da obrigação, definida ou não em sentença, que pode ser: de fazer, não fazer, de pagar quantia certa ou entregar coisa.

A execução trabalhista tem previsão legal no art. 876 e seguintes da CLT e à ausência de pagamento da execução de forma voluntária enseja a penhora conforme o art. 883 da CLT:

Art. 883 - Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.¹⁷

A execução da sentença deve ocorrer, via de regra, através de uma decisão que contenha obrigação líquida e certa, porém a ausência de liquidez da sentença não caracteriza sua incerteza, podendo a liquidação ocorrer por meio dos moldes definidos em lei como a elaboração de cálculos ou arbitramento.

Rodolfo Pamplona Filho¹⁸ define a liquidação da seguinte forma:

Etimologicamente, podemos dizer que a liquidação (de liqueo, liquere) significa estar claro, ser fluido, ser filtrado, tornar manifesto, evidente. Aplicada à terminologia jurídica, a liquidação consiste no conjunto de atos que visam à qualificação dos valores devidos, por força do comando sentencial exequendo. (...) consiste em uma fase preparatória da execução, em que um ou mais atos são praticados, por uma ou por ambas as partes, com a finalidade de estabelecer o valor da condenação ou de individualizar o objeto da obrigação, mediante a utilização, quando necessário, dos diversos meios de prova admitidos em lei.

A previsão legal de penhora está no art. 523, § 3º do CPC e deve seguir o estabelecido no art. 771 e seguintes do CPC.

De acordo com o art. 829 do CPC:

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

¹⁸ FILHO, Rodolfo Pamplona e SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2ª edição. São Paulo, 2020. p. 1095.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.¹⁹

A penhora pode recair sobre os bens indicados pelo próprio exequente ou pelo executado a depender da modalidade de execução. A penhora é uma medida executiva que tem por objetivo garantir o cumprimento final da obrigação, principalmente quando o objeto da obrigação e o pagamento de quantia certa.

A penhora tem por função *individualizar o bem, ou os bens, sobre os quais o ofício executivo deverá atuar para dar satisfação ao credor e submetê-los materialmente à transferência coativa do processo de execução*.²⁰ É um procedimento que não necessita de pedido realizado pela parte, sendo uma prerrogativa de impulso oficial do juiz da causa em que recai a necessidade de penhora.

O art. 835 do CPC²¹ estabelece a ordem que os bens devem ser penhorados para a satisfação da obrigação, dando preferência sempre ao pagamento da quantia definida em dinheiro ou ativos bancários que não constitua uma quantia considerada impenhorável nos moldes do art. 833 do CPC²².

A definição de competência da justiça do trabalho é definida pela Constituição nos moldes do art. 114:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;²³

Desse modo, sempre que as relações envolverem matéria trabalhista essa será por óbvio competência da Justiça do Trabalho, inclusive quando um dos polos da demanda seja um ente de direito público externo.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

²⁰ MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1970, v. III. p. 155.

²¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

²² Idem, ibidem.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

A compreensão do funcionamento do processo e de qual é a legislação aplicável é necessária no presente estudo, uma vez que o tema principal é a execução de modo que atinja aos bens do estado estrangeiro atuante no Brasil e/ou dos organismos internacionais com sede no país.

O reflexo desse modelo processual e seu desenvolvimento está diretamente associado as decisões e, por consequência, aos números e estatísticas do judiciário.

De acordo com o informativo da Justiça em números do ano de 2019²⁴, cerca de 9,03% dos processos têm como assunto a rescisão de contrato de trabalho/verbas rescisórias e no segundo grau esse assunto chega a ser 13,91% dos processos, ou seja, o objeto das demandas e a concretização de obrigação de pagar quantia.

Cumprir ressaltar que o direito do trabalho, principalmente em se tratando da fase de execução, necessita do auxílio dos demais ramos do direito para que se possa ter o desenvolvimento válido do processo e trazer segurança à parte que busca sua pretensão por meio do poder judiciário.

Por fim, a compreensão do desenvolvimento processual, em especial das fases processuais, é importante uma vez que as imunidades aqui estudadas, de jurisdição e de execução, estão diretamente atreladas a fase de conhecimento, à qual será aplicada a imunidade de jurisdição, e a fase de cumprimento de sentença e/ou execução, à qual será aplicada a imunidade de execução.

2. AS IMUNIDADES DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO CONCEDIDAS AS EMBAIXADAS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS ATUANTES NO BRASIL

Inicialmente, entende-se por imunidade a prerrogativa concedida aos representantes dos Estados Estrangeiros em sua atuação em outro território, tendo como princípio basilar a reciprocidade das relações entre os Estados.

Antes de aprofundar nos conceitos de imunidade de jurisdição e execução, dois conceitos importantes de serem compreendidos e a definição de organismos internacional e missão diplomática de acordo com o direito internacional.

De acordo com Carlos Roberto Husek²⁵, os organismos internacionais são:

²⁴ ²⁴ Justiça em números 2019 – Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

²⁵ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição. São Paulo: LTr, 2017. p. 75

entes formados pela iniciativa de outros sujeitos internacionais – em regra, os Estados. Representam a cooperação entre eles, porque, sozinhos, não pode realizar seus objetivos.

São criados mediante tratados e passam a ter personalidade internacional independentemente de seus membros. Possuem um estatuto interno, órgãos internos e funcionam na forma estabelecida pelo tratado de criação, sendo, pois, passíveis de responsabilidade internacional.

Como entes internacionais, possuem direito de convenção, como os Estados. O financiamento de tais organizações é realizado por meio de contribuição dos Estados-membros.

Angelo Piero Sereni²⁶:

Organização internacional é uma associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre partes e normas de Direito Internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos.

Não há uma definição oficial do que vem a ser uma missão diplomática, porém, ela pode ser compreendida como o conjunto de diplomatas e demais funcionários que tem como função a representação de um Estado soberano e/ou uma organização internacional junto a outro Estado ou organização internacional.

De acordo com a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, promulgada por meio do Decreto nº 56.435²⁷ o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, a missão tem como funções:

Artigo 3

As funções de uma Missão diplomática consistem, entre outras, em:

- a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;
- b) proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;
- c) negociar com o Governo do Estado acreditado;
- d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a êsse respeito o Governo do Estado acreditante;
- e) promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.

Almeida e Freire²⁸ conceitua a representação diplomática²⁹ da seguinte forma:

Quando se fala de representação a propósito da diplomacia pensa-se logo, certamente, na representação de caráter social ou mundana. Por outro lado, se tomarmos a palavra no seu sentido genérico ela significa "agir em vez de" ou "em substituição de" sem

²⁶ Idem, p. 213

²⁷ BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 8 de junho de 1965, 144º da Independência e 77º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm

²⁸ ALMEIDA, Daniel Freire e. **DIPLOMACIA NO SÉCULO XX – Aula 3**. Brasil: Abril, 2004. Disponível em: www.lawinter.com/2004/2/diplomacia.htm

²⁹ Aqui compreendida como sinônimo de missão diplomática.

necessariamente envolver a responsabilidade jurídica da pessoa ou órgão que se representa. A representação a que pretendemos aludir, como elemento constitutivo da atividade diplomática, é mais do que a simples representação de caráter social e é menos do que a representação tomada no seu sentido genérico. Tomada neste último sentido, todas as atividades do agente diplomático se poderiam resumir à representação, ou seja, à atuação nas mais diversas circunstâncias em nome do Estado de onde provêm. Não admira, pois, que ao discutir-se na Conferência de Viena sobre relações diplomáticas a definição das funções das missões diplomáticas alguém propusesse que a representação não figurasse como uma função distinta, a par com as outras, pois todas se poderiam compreender na função geral representativa do agente diplomático.

A representação como elemento constitutivo da atividade diplomática **define-se como o conjunto das atuações do agente diplomático que tem um caráter puramente representativo, ou seja, de simples afirmação de presença ou responsabilização do Estado em nome do qual atua.**

Para além das atividades de representação social, como sejam recepções e banquetes oficiais ou particulares, a representação diplomática compreende a presença do agente diplomático em inúmeros atos oficiais em relação aos quais o Estado receptor a requer ou espera a presença dos representantes diplomáticos nele acreditados, como sejam a abertura das sessões legislativas do parlamento, a posse dos chefes de Estado, os funerais nacionais, as paradas militares ou outras cerimônias comemorativas dos dias nacionais, as inaugurações solenes com a presença do Chefe de Estado ou do Governo, entre outras.

Para os costumes internacionais, as missões diplomáticas e seus agentes acreditados gozam de imunidades concedidas nos âmbitos civis, penais e tributário. Todas essas imunidades tentam preservar a maior eficácia da atuação do Estado estrangeiro e seus agentes em outro território.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares³⁰ irá apontar alguns conceitos importantes para a compreensão da amplitude dessas relações, inicialmente em seu artigo 1º o conceito de repartições consulares, jurisdição consular e locais diplomáticos da seguinte forma:

ARTIGO 1º

Definições

1. Para os fins da presente Convenção, as expressões abaixo devem ser entendidas como a seguir se explica:

- a) **por "repartição consular", todo consulado geral, consulado, vice-consulado ou agência consular;**
- b) **por "jurisdição consular" o território atribuído a uma repartição consular para o exercício das funções consulares;**
- c) por "chefe de repartição consular", a pessoa encarregada de agir nessa qualidade;
- d) por "funcionário consular", toda pessoa, inclusive o chefe da repartição consular, encarregada nesta qualidade do exercício de funções consulares;
- e) por "empregado consular", toda pessoa empregada nos serviços administrativos ou técnicos de uma repartição consular;
- f) por "membro do pessoal de serviço", toda pessoa empregada no serviço doméstico de uma repartição consular;
- g) por "membro da repartição consular", os funcionários consulares empregados consulares e membros do pessoal de serviço;
- h) por "membros do pessoal consular", os funcionários consulares, com exceção do chefe da repartição consular, os empregados consulares e os membros do pessoal de serviço;

³⁰ BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 26 de julho de 1967; 146º da Independência e 79º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d61078.htm

- i) por "membro do pessoal privado", a pessoa empregada exclusivamente no serviço particular de um membro da repartição consular;
- j) **por "locais consulares", os edifícios, ou parte dos edifícios, e terrenos anexos, que qualquer que, seja seu proprietário, sejam utilizados exclusivamente para as finalidades da repartição consular;**
- k) por "arquivos consulares", todos os papéis, documentos, correspondência, livros, filmes, fitas magnéticas e registros da repartição consular, bem como as cifras e os códigos, os fichários e os móveis destinados a protegê-los e conservá-los.

Esses três conceitos possuem importância pois ao definir o alcance das imunidades, principalmente na fase de execução e dos bens que podem ser atingidos, pois são esses os locais em que as imunidades vão ter aplicabilidade direta.

Além disso, o artigo 2º do mesmo diploma legal, em seu ponto 3 estabelece que *a ruptura das relações diplomáticas não acarretará ipso facto a ruptura das relações consulares* isso quer dizer que há uma distinção entre o conceito de missão diplomática e as relações consulares, no presente estudo apenas as missões diplomáticas estão em análise.

Cumprido ressaltar que ambos os institutos legais, a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, são recepcionadas no ordenamento brasileiro e devem ser observadas nos processos legais em que há presença desses entes.

Compreendidos os conceitos de missão diplomática, que abrange tanto as embaixadas e consulados, bem como a definição de organismos internacionais como os principais locais de estudos do presente artigo, parte-se agora para a compreensão das imunidades concedidas a ambos nos moldes da Convenção de Viena e dos demais diplomas legais.

2.1. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

Com o advento das missões diplomáticas, surgiu a necessidade de se estabelecer certos limites tanto à atuação do Estado acreditador, quanto do Estado acreditado. Dessa forma buscou-se conceder proteções aos Estados para que sua jurisdição e atuação fossem preservadas, dando-lhes legitimidade e segurança.

A igualdade concedida aos Estados está consagrada no art. 2º, § 1º da Carta da ONU estabelece que a igualdade tem por finalidade *desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal.*

De acordo com a determinação contida na Carta da ONU os Estados devem buscar tratar uns aos outros de forma igualitária, buscando a preservação da soberania e sua atuação sem a intervenção de outros Estados soberanos.

Decorrente da previsão de tratamento igualitário entre os Estados e buscando sua preservação, o Direito Internacional concedeu juntos aos Organismos Internacionais as denominadas imunidades de jurisdição.

Imunidade de jurisdição, nas palavras de Valerio de Oliveira Mazzuoli³¹ é:

Portanto, no caso daquelas pessoas que estão no território de um Estado agindo em sua capacidade oficial, a cortesia e a reciprocidade internacionais, necessárias à boa convivência das nações, impõem sejam elas ser *imunes* à jurisdição estatal, por desfrutarem de prerrogativas especiais inerentes ao seu cargo ou função, sujeitando-as apenas (salvo o caso de renúncia expressa do Estado acreditante) à jurisdição de seu país de origem. Como se vê, a imunidade subtrai a pessoa em causa do *imperium* do Estado acreditado, impedindo-o de julgá-la pelos atos cometidos em seu território. Em suma, a imunidade de jurisdição surge a fim de garantir a independência e a estabilidade dos representantes de um Estado estrangeiro, baseada na ficção da *extraterritorialidade*.

A imunidade de jurisdição então nada mais é do que uma garantia de que o Estado/organismo poderá atuar no território estrangeiro sem que haja interferência do Estado acreditador, e por consequência, interferência em sua autonomia. E concedida de forma automática àqueles que pedem permissão para a permanência física de uma embaixada, consulado ou organismo internacional em outro território.

Essa imunidade decorre da regra do direito internacional *par in parem nom habet imperium* (entre iguais não há império), essa regra consolida o entendimento de que entre os Estados soberanos há de ser considerada uma igualdade jurídica.³² Assim, ainda que o ato praticado vá contra o direito interno do Estado em que está localizada a missão, essa não está submetida a jurisdição local.

Dessa forma, a natureza da imunidade pode ser compreendida não apenas como uma proteção do Estado estrangeiro na atuação de seus interesses, mas também como a não submissão a jurisdição do Estado acreditador, compreende-se que, via de regra, esse estado não pode ser processado e julgado por seus atos pelo estado acreditador.

De acordo com a teoria da dupla imunidade, existem duas espécies de imunidades: a primeira é considerada absoluta – o Estado não se submete a jurisdição do outro em nenhuma hipótese – e a segunda é considerada relativa – definida em caso concreto, assim o Estado pode ser processo e julgado, porém não executado.

³¹MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 723 (pdf).

³² HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição. op. cit., p. 198.

A teoria da dupla imunidade na compreensão de Jessica Martins Silva e Marina Rezende Maranhão da Costa³³, tem atualmente:

O entendimento que vigora é que quando se tratar de atos de império essa imunidade será absoluta e quanto aos atos de gestão essa será relativa.

Em que pese à imunidade seja relativa em relação aos Estados Estrangeiros, nos processos em que versem natureza trabalhista, o mesmo entendimento não é o adotado aos Organismos Internacionais. Quanto aos organismos internacionais a regra da imunidade de jurisdição segue o que se encontra realmente acordado nos referidos tratados de sede.

Essa dualidade também possui previsão Constitucional uma vez que o art. 114, inciso I da CF³⁴ estabelece que:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os **entes de direito público externo** e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (grifo nosso)

Parte da doutrina entende que uma vez que a Constituição prevê “entes de direito público externo”, ela está estabelecendo a possibilidade de que o Estado estrangeiro que possui missão diplomática permanente no Brasil possa ser processado e julgado pelo país em que está localizado.

Georgenor Franco Filho diz que:

os entes de direito público externo a que se refere à regra constitucional são, além do próprio Estado estrangeiro as Missões Diplomáticas, acreditadas junto ao governo brasileiro, as Repartições Consulares estrangeiras, os Organismos Internacionais e suas agências no país, as Missões Especiais, as representações dos Estados junto a esses Organismos e suas agências e às Conferências Internacionais, e também, as chamadas coletividades não estatais de fundo religioso (Santa Sé e Ordem de Malta), não estando incluídos na expressão os demais sujeitos (o homem e as coletividades não-estatais de fundo econômico)³⁵.

O Código Civil em seu artigo 42 afirma que *são pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público*³⁶.

³³ SILVA, Jéssica Martins e COSTA Mariana Rezende Maranhão da. **As imunidades dos entes de Direito Público Internacional nas questões trabalhistas**. Revista Jurídica – UniEvangelica, 2015.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

³⁵ Apud GALINDO, Cleusy Araújo. **Jurisdição e competência da justiça laboral: ações de estrangeiros no Brasil e brasileiros no exterior**. Revista de Direito do Trabalho. Vol. 146. Ano 43. São Paulo. Editora RT, 2017. p. 183-219

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República do Brasil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

Uma vez que há previsão legal da Constituição Federal que os entes de direito público externo estão submetidos à competência a justiça do trabalho e o Código Civil estabelece quais são esses entes, nota-se uma clara autorização à submissão à competência nacional, o que não necessariamente autoriza a submissão à jurisdição do Estado.

Em matéria trabalhista, entende-se que imunidade de jurisdição tem natureza relativa, podendo o Estado ser acionado, o que não garante a execução após ser proferida a sentença. Esse entendimento decorre da compreensão de que há dois atos praticados pelo Estado, os atos de império e os atos de gestão, sendo o primeiro praticado na forma de reprodução da soberania do Estado e o outro garante a boa funcionalidade da missão, praticado de forma que reproduza uma relação particular.

Uma vez que a contratação de um individuo para trabalhar na missão não é uma forma de expressar a soberania estatal e sim, uma prerrogativa para garantir uma funcionalidade operacional da missão. Diante disso, as imunidades quando versarem sobre matéria trabalhista pode ser relativizada.

De acordo com orientação jurisprudencial 416 do TST:

As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.³⁷

Assim, de acordo com esse entendimento, consolidado em grande parte da doutrina e principalmente da jurisprudência, quando o polo passivo da demanda for um organismo ou organização internacional não há de se falar de imunidade de jurisdição relativa.

Quando a matéria em discussão for de direito do trabalho e o polo passivo da demanda for uma embaixada ou consulado, essa matéria poderá ser relativizada sem que haja renúncia expressa pelo ente.

2.2. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Compreendido que o Estado estrangeiro pode ser processado e julgado na fase de conhecimento, quando essa fase é finalizada e é proferida sentença que reconheça o mérito da parte demandante em face dos entes internacionais inicia-se a fase de cumprimento de sentença.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). OJ nº 416 – Imunidade de Jurisdição. Organização ou Organismo Internacional. 25 de maio de 2016. Diário de Justiça Eletrônico do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD1_1/n_s1_401.html

Fase essa que não possui garantia, uma vez que a parte oposta é um ente internacional com atuação em território nacional.

Isso porque, diferentemente da imunidade de jurisdição que tem por intuito a preservação do exercício da missão na qualidade de representante do Estado, a imunidade de execução busca a proteção dos bens e das contas bancárias desses entes, visando assim a manutenção financeira dos Estados.

Como citado anteriormente, há dois atos praticados pelo estado estrangeiro, dessa forma os atos de gestão são àqueles passíveis de serem submetidos a jurisdição estatal, o mesmo não ocorre com os denominados atos de império.

Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁸, conceitua ambos os institutos como prerrogativas da atuação da administração pública:

Essa classificação vem do direito francês e foi também desenvolvida pelos autores italianos; atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público. Atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Ainda que alguns doutrinadores sustentem que ambos os termos, imunidade de jurisdição e imunidade de execução, compreendem apenas um tipo de imunidade em relação à jurisdição uma vez que o processo de conhecimento e o processo de execução fazem parte do exercício da jurisdição estatal, a grande parte da doutrina vem defendendo que a imunidade de execução é uma imunidade autônoma.

A teoria de separação para Guido Soares³⁹, de acordo com os:

Tratados e convenções internacionais relativos às imunidades, tanto de pessoas físicas (funcionários ou outras a serviço de Estados e organizações intergovernamentais) quanto do próprio Estado, naquelas situações em que os mesmos se encontram frente a autoridades judiciárias de outros Estados, adota-se uma clara distinção entre, de um lado, o exercício dos poderes de aquelas autoridades conhecerem das pretensões das partes e julgarem sobre suas razões, e de outro, os poderes que elas têm de decretar medidas constritivas (provisórias e preliminares, de preparação ou acautelatórias, e medidas definitivas), contra as pessoas, e em especial, contra os bens de propriedade ou posse daquelas pessoas imunes; no primeiro caso, trata-se de imunidades de jurisdição (em que a

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 212-213.

³⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas de diplomacia e as imunidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 206.

inadequação de tal qualificativo quanto ao exercício do poder de ‘dizer o direito’) e, no segundo, das imunidades de execução.

Compreendida a imunidade de execução como um instituto autônomo, a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas em seu art. 32, § 4º dispõe acerca da renúncia a imunidade de jurisdição *no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia a imunidade quanto as medidas de execução da sentença, para as quais nova renúncia é necessária*⁴⁰.

Eneas Bazzo Torres⁴¹ não compreende o art. 32 como a previsão legal da imunidade de execução, de acordo com o autor essa previsão é um complemento do art. 31, §1º do mesmo instituto legal, sendo assim uma extensão da previsão de inviolabilidade dos locais de missão diplomática.

O art. 22 da mesma convenção em seu §3º estabelece que *os locais da Missão, em mobiliário e demais bens nêles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução*.

O artigo, além de reforçar a ideia de inviolabilidade dos locais de missão, estabelece de forma expressa a imunidade de execução, não só da execução estabelecida em lei, mas em especial das medidas executivas, e pode ser entendido como um artigo exemplificativo, no qual não está definido todas as modalidades de execução a qual as missões são imunes.

É importante compreender que a imunidade de execução não é um limite ao poder jurisdicional de executar a missão diplomática, e sim uma limitação às medidas executivas fáticas.

Bazzo Torres diz que:

É preciso, pois, distinguir entre a execução, propriamente dita, como atividade jurisdicional do Estado, das medidas de execução que tornam efetivo aquele poder. Se a Convenção quisesse estabelecer que a execução não seria admissível, embora reconhecendo que em certos casos a jurisdição seria exercitável – desafiando assim todo o conhecimento científico sobre a matéria – tê-lo-ia dito expressamente. Houvesse uma cláusula neste sentido – e deliberadamente não foi ajustada – não se precisaria dizer que tais ou quais medidas estariam vedadas, senão que, sendo impossível a execução, não se poderia pensar em qualquer hipótese de ato material com essa finalidade.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 8 de junho de 1965, 144º da Independência e 77º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm

⁴¹ TORRES, Eneas Bazzo. **A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e o problema da execução**. Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 78-108, jan./jun. 2012.

⁴² Idem, ibidem.

Ao estabelecer que há um certo limite à execução contra as missões, ainda que não limite a quais medidas executivas estão de fato impossibilitadas de serem realizadas, o legislador criou uma lacuna legislativa, sendo assim, a decisão de não sofrer determinadas medidas executivas fica ao julgamento da própria missão diplomática, que na maioria dos casos concretos acaba sofrendo poucas ou nenhuma medida executiva ao final do processo.

A imunidade de execução tem por objetivo principal, estabelecido nas convenções internacionais, beneficiar:

todos os bens dos Estados situados fora de seu território, desde que imanescentes às funções da autoridade, bem como aqueles necessários à atividade dos representantes do Estado e seus agentes públicos no exterior. Embaixadas, consulados, navios de guerra, assim como bens e ativos depositados em bancos, públicos ou privados.⁴³

Ocorre que, como uma proteção legislativa presente nos tratados internacionais do quais o Brasil é signatário, uma vez que proferida sentença em fase de conhecimento do processo e não havendo o pagamento voluntário pelo Estado estrangeiro, a parte que teve seu mérito reconhecido em sentença não poderá recorrer à maioria das medidas executivas disponíveis.

2.3. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF EM RELAÇÃO AS IMUNIDADES

É compreensível que as imunidades concedidas às embaixadas e os organismos internacionais vêm sendo alvo de controvérsia judiciária ao longo dos anos. Essa divergência tanto doutrinária, quanto jurisprudencial chegou ao Supremo para ser analisada e julgada, buscando a criação de um precedente sólido.

A imunidade de jurisdição é o tema mais recorrente no Supremo e na corte do TST. Desde 2002 o STF tem o entendimento de que as embaixadas não gozam de imunidade jurisdição absoluta, esse entendimento foi proferido no julgamento do RE 222368⁴⁴ PE:

E M E N T A: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOUTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICCIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICCIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

⁴³ CRETELLA NETO, José. **Direito Internacional Público**. 1ª edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019;

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 222.368-4. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Consulado Geral do Japão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>

BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO. - O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional. O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS. - A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.

Desse modo, desde 2002 as embaixadas e seus consulados que estejam localizados no Brasil podem ser demandados judicialmente quando a controvérsia arguida for de natureza trabalhista.

De acordo com Celso de Mello:

Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em injusto detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar inaceitável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e com os grandes postulados do direito internacional.⁴⁵

Uma vez que os empregados buscam o pagamento de verbas rescisórias, a ausência de forma lícita e voluntária do pagamento, gera o enriquecimento ilícito dessas missões diplomáticas que usufruem dos valores não pagos de verbas rescisórias de forma irregular.

A decisão em questão trouxe o entendimento de que em matéria trabalhista as práticas internacionais vêm relativizando a imunidade de jurisdição. Em síntese:

A decisão de que ora se recorra – que proclama não haver imunidade de jurisdição, para o Estado estrangeiro, em causas trabalhista, cujo julgamento compete, constitucionalmente, à Justiça do Trabalho (CF, art. 114) – não só reflete orientação jurisprudencial que tem prevalecido, em matéria trabalhista, no âmbito desta Suprema Corte (RTJ 133/159 – RTJ 161/643-644), como também se mostra em plena harmonia

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 222.368-4. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Consulado Geral do Japão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>

com as práticas internacionais e com o magistério predominante no âmbito do Direito Internacional Público⁴⁶.

O mesmo entendimento não é estendido aos organismos e organizações internacionais que integram o sistema ONU, pois, após a publicação da OJ 416, grande foi a divergência acerca da imunidade desses entes, chegando tal discussão à turma do TST e o colegiado do STF.

Sendo apreciado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, que em conformidade com o entendimento do STF, declarou a imunidade de jurisdição absoluta dos organismos internacionais nos moldes da OJ 416.

Esse entendimento decorre do descrito na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas⁴⁷, em sua seção 2 estabelece que:

A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja sua sede ou seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não compreende medidas executivas.

Diante do entendimento legislativo, na apreciação dos Recursos Extraordinários 578.543⁴⁸ e 597.368⁴⁹, o Supremo reconheceu a imunidade absoluta desses organismos, tal entendimento foi reforçado recente no julgamento do RE 1.034.840⁵⁰ no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria pelo plenário.

Luiz Fux, para o reconhecimento da repercussão geral, estabeleceu a seguinte tese:

O organismo internacional que tenha garantida a imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil e internalizado na ordem jurídica brasileira não pode ser demandado em juízo, salvo em caso de renúncia expressa a essa imunidade. Por fim, proveu o recurso extraordinário para reconhecer a imunidade de jurisdição da ONU/PNUD no caso em questão.⁵¹

Essa decisão seguiu o entendimento firmado pela Suprema Corte:

⁴⁷ BRASIL. Decreto nº 27.784. 16 de fevereiro de 1950. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada em Londres, a 13 de fevereiro de 1946, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1950; 196º da Independência e 62º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d27784.htm

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578.543. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: Organização das Nações Unidas – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – ONU/PNUD. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068>

⁴⁹ Idem. Recurso Extraordinário nº 597.368. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069>

⁵⁰ Idem. Recurso Extraordinário nº 1.034.840. Relator: Min. Luiz Fux. Reclamado: União. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5155038&numeroProcesso=1034840&classeProcesso=RE&numeroTema=947#>

⁵¹ Idem. ibidem.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO.

1. Segundo estabelece a “Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas”, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, “A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”.
2. Esse preceito normativo, que no direito interno tem natureza equivalente a das leis ordinárias, aplica-se também às demandas de natureza trabalhista.
3. Recurso extraordinário provido.⁵²

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO.

1. Segundo estabelece a “Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas”, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, “A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”.
2. Esse preceito normativo, que no direito interno tem natureza equivalente a das leis ordinárias, aplica-se também às demandas de natureza trabalhista.
3. Recurso extraordinário provido.⁵³

A Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, em sua seção 29 dispõe sobre normas para a resolução de conflitos que envolvem a matéria:

Seção 29. A Organização das Nações Unidas deverá estabelecer processos adequados de solução para:

- a) As controvérsias em matéria de contratos ou outras de direito privado nas quais a Organização seja parte;
- b) As controvérsias nas quais estiver implicado um funcionário da Organização que, em virtude de sua situação oficial gozar de imunidade que não tenha sido suspensa pelo Secretário Geral.⁵⁴

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578.543. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: Organização das Nações Unidas – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – ONU/PNUD. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068>

⁵³ Idem. Recurso Extraordinário nº 597.368. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069>

⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 27.784. 16 de fevereiro de 1950. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada em Londres, a 13 de fevereiro de 1946, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1950; 196º da Independência e 62º da República.

As medidas consideradas “adequadas” para a resolução dessas controvérsias estão previstas no art. 33 da Carta das Nações Unidas⁵⁵, disposto do seguinte modo:

Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.
2. O Conselho de Segurança convidará, quando julgar necessário, as referidas partes a resolver, por tais meios, suas controvérsias.

Desse modo, conforme previsto em legislação, os organismos gozam de imunidade absoluta de jurisdição e execução, devendo buscar um método pacífico de solução para a resolução de seus conflitos internos, principalmente em relação às suas controvérsias de matéria de direito privado, o que inclui as matérias de direito trabalhista.

Essas medidas alternativas a solução do conflito ganharam força no Brasil com o advento do CPC//2015, entretanto, as organizações que compõem o sistema ONU possuem câmaras de arbitragem e outros meios de resolução de conflito que não diretamente a submissão estatal.

Por fim, a imunidade de execução do Estado estrangeiro e dos organismos internacionais ainda possui caráter absoluto, uma vez que esses não podem sofrer medidas executivas, Celso de Mello diz que:

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País.⁵⁶

Assim, o entendimento da Suprema Corte não dispõe acerca da relativização da imunidade de execução em relação tanto aos Estados estrangeiros, quanto às organizações e organismos internacionais, uma vez que gozam de imunidade de jurisdição absoluta não há de se discutir a imunidade de execução.

⁵⁵ BRASIL. Decreto nº 19.841. 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1945, 124º da Independência e 57º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 222.368-4. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Consulado Geral do Japão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal:

EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, art. 102, I, “e”). IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO (imunidade à jurisdição cognitiva) E IMUNIDADE DE EXECUÇÃO (imunidade à jurisdição executiva). O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. DOCTRINA. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS, EXCETO NA HIPÓTESE DE EXPRESSA RENÚNCIA, POR ELES, A ESSA PRERROGATIVA DE ORDEM JURÍDICA. POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR (MINISTRO CELSO DE MELLO), QUE ENTENDE VIÁVEL A EXECUÇÃO CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS, DESDE QUE OS ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL RECAIAM SOBRE BENS QUE NÃO GUARDEM VINCULAÇÃO ESPECÍFICA COM A ATIVIDADE DIPLOMÁTICA E/OU CONSULAR. OBSERVÂNCIA, NO CASO, PELO RELATOR, DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. JULGAMENTO DA CAUSA NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO DECLARADO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.⁵⁷ (ACO 709/SP. Min. Rel. Celso de Mello.)

Conclui-se assim, que a Suprema Corte vem entendendo que os Estados estrangeiros em matéria de direito privado possuem imunidade de jurisdição relativa, porém por previsão expressa na legislação internacional o mesmo entendimento não se estende aos Organismos e organizações internacionais.

Tratando-se de imunidade de execução, essa ainda possui caráter absoluto e não pode ser relativizada a nenhum dos entes citados, salvo renúncia expressa desses entes.

3. O REFLEXO DAS IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS DOS ENTES DE DIREITO PÚBLICO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

Para compreender melhor o alcance dessas imunidades, bem como seu reflexo direto nas ações, é necessário a análise de tal tema na jurisprudência regional.

No presente estudo, uma vez que grande maioria das Embaixadas e Organismos Internacionais tem sede em Brasília por se tratar da capital do país, é compreensível que tal análise seja feita com base na jurisprudência dos últimos 5 (cinco) anos do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª região – TRT10.

Desse modo, inicia-se com a seguinte decisão⁵⁸:

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 709. Relator: Min. Celso de Mello. Autor: União. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2206825>

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (3ª turma). Processo nº 0000002-84.2010.5.10.0011. Agravante: União (Ministério da Saúde). Agravado: Ewerton Santada Santos. Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 19/06/2015. Disponível em: https://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/inteiro_teor.php?numero=415088

EMENTA: EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM FASE DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO DEVEDOR SUBSIDIÁRIO POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. A execução deve ser processada de acordo com o título executivo transitado em julgado. Não obstante a condenação em primeira e segunda instâncias, o processo foi extinto sem resolução do mérito pelo Tribunal Superior do Trabalho quando do julgamento do recurso de revista em fase de conhecimento em razão da imunidade de jurisdição, ou seja, não se formou título executivo contra os réus (União e Unesco). O presente caso não se confunde com a imunidade de execução reconhecida em fase executória, depois da formação do título executivo. A questão aqui é de imunidade de jurisdição reconhecida em fase de conhecimento com extinção do feito sem resolução do mérito. Inexistindo título executivo são nulos todos os atos executórios. Agravo conhecido e provido.

Tal decisão contém dois aspectos importantes que devem ser analisados, o primeiro é a possibilidade de responsabilizar a União de forma subsidiária nas ações demandadas em face dos entes interacionais.

Eneas Bazzo Torres⁵⁹ estabelece que, no Brasil se:

O Estado estrangeiro se recusar a cumprir o comando da sentença transitada em julgado, abre-se imediatamente o flanco para exigir-se do Estado brasileiro o cumprimento da obrigação, em caráter subsidiário. Indispensável para esse propósito, todavia, que a União tenha sido de todas as suas fases; insuficiente, pois, o seu chamamento apenas na fase executiva. Relativamente, dá-se idêntica conclusão, não obstante sejam recomendáveis argumentos adicionais relacionados aos instrumentos de convênio, matéria para outro estudo. A solução aqui proposta concilia a necessidade de convivência pacífica do país na comunidade internacional com o postulado da satisfação de direitos subjetivos de seus nacionais; o ponto de equilíbrio não será justo se desconsiderar a garantia do acesso à justiça e da inerente efetividade das decisões judiciais.

Compreende-se, que para que o Estado Acreditado seja responsabilizado nos casos de execução frustrada contra o devedor principal, é necessário que esse seja demandado desde a fase de conhecimento e não apenas na fase de execução. No caso em tela, a União pode solicitar a extinção da execução uma vez que reconhecida a imunidade de jurisdição do ente estrangeiro.

O segundo ponto, que também pode ser percebido na seguinte decisão⁶⁰ é o de que há necessidade do desenvolvimento processual na fase de conhecimento, para que assim se possa pensar em uma fase de execução.

⁵⁹TORRES, Eneas Bazzo. **A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e o problema da execução**, op. cit., p. 104.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (2ª turma). Processo nº 0000589-42.2011.5.10.0021. Agravante: Alvaro Albuquerque Junior. Agravado: Lelia Charliane A. dos Santos. Relatora: Desembargadora Elke Doris Just. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 08/05/2018. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HTXoCHxVDgwxspjrzZ5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>

AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E DE EXECUÇÃO. O Excelso STF, nos Recursos Extraordinários 578543 e 597368, decidiu que os organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição, inclusive nas demandas trabalhistas. Com efeito, a imunidade de jurisdição, afastada na fase de conhecimento, não vincula a imunidade de execução, principalmente porque não há notícia de renúncia expressa do Organismo Internacional a esse privilégio. Precedentes deste Tribunal e do TST.

De tal modo, todas às vezes que for reconhecida a imunidade de jurisdição absoluta, não há de se cogitar em pensar em uma fase de execução posterior, pois não há desenvolvimento processual.

Esse ponto, como destacado na decisão supracitada, ressalta-se principalmente em ações demandadas em face dos organismos internacionais, pois conforme decisão do Supremo Tribunal Federal esses gozam de imunidade absoluta. O mesmo entendimento também vem sendo adotado nas demais cortes como por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho.

Avançando na análise da jurisprudência, a Corte abordou a distinção entre os atos de gestão e os atos de império no seguinte julgado⁶¹:

EMENTA: ORGANISMO INTERNACIONAL: CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO INEXISTENTE: PRECEDENTES DO STF. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que as causas trabalhistas não são alcançadas pela imunidade de jurisdição, ainda que seja possível invocar-se a imunidade de execução pelo organismo internacional, ou seja, o Excelso Pretório adota a linha da imunidade relativa, ao instante em que admite apenas a imunidade de execução, de modo a preservar o campo de ficção jurídica concernente à garantia dos organismos internacionais e das representações estrangeiras, inclusive à conta da extraterritorialidade excepcional. Respeito à salvaguarda constitucional do amplo acesso à Justiça. Recurso patronal conhecido e desprovido.

Dessa forma, a supra decisão trouxe um apanhado de decisões do Supremo para enfatizar que nos casos em que o ente estrangeiro age como um ente privado, ou seja, pratica um ato de gestão, ele pode vir a ter sua imunidade de jurisdição relativizada e o art. 114 da Constituição Federal pode ser invocado.

Dessa forma, ao tratar do art. 114 da CF a decisão⁶² afirma que:

não é o artigo 114 da Constituição que afasta a imunidade de jurisdição em causas trabalhistas, e sim a alteração do contexto internacional, conforme enunciado pela Suprema Corte brasileira – doutro lado, sendo reconhecida a imunidade de jurisdição em causas trabalhistas, o artigo 114 da Carta Política resta violado porque afastada

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (2ª turma). Recurso ordinário nº 0000352-17.2011.5.10.0018. Recorrente: Rede de Informação Tecnologia Latino-Americana. Recorrido: Alfredo Nogueira Machado. Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 24/06/2016. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjprZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>

⁶² Idem, ibidem.

sua incidência legítima em controvérsia envolvendo o trabalhador e um Ente estrangeiro.

Assim, como citado anteriormente, o art. 114 não é, em nenhuma hipótese, uma tentativa de afastar as imunidades, é sim uma possibilidade de que os entes possam ir ao juízo competente. Em se tratando de matéria trabalhista, essa possibilidade ressalta-se por se tratar de um ato de gestão praticado pelo ente.

Em relação a possibilidade de relativização da imunidade de execução, o Tribunal já decidiu da seguinte forma⁶³:

ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO. Tratando-se de Estado estrangeiro, a jurisprudência iterativa e atual dos C. TST é no sentido de admitir a execução da decisão judicial em havendo renúncia expressa deste ou comprovação de que o bem indicado à apreensão não está atrelado às atividades de representação diplomática ou consular. Caso em que a Embaixada foi condenada no pagamento de diversas parcelas de natureza trabalhista, porém, excluídas “eventuais medidas executivas e constritivas somente sobre os bens e valores afetos à representação diplomática ou consular”. Recurso a que se nega provimento.

Dessa forma, ficou entendido que a execução poderá ocorrer nos casos de renúncia expressa do ente ou quando o objeto da execução não for essencial para a manutenção da missão diplomática.

Além disso, há orientação da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho estabelece que após transitada em julgado a decisão, será expedida carta rogatória ao país de origem condenado, para que assim o país responsável pela missão tome as medidas cabíveis.

A imunidade de jurisdição também pode ser relativizada por convenção entre o Estado concedente e a missão diplomática. Tal entendimento pode ser contemplado na seguinte decisão⁶⁴:

EMENTA: IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA. Hipótese em que o acordo firmado com a ora reclamada e o Estado Brasileiro afasta a imunidade de jurisdição bem como de execução atinente a reclamações trabalhistas. SALÁRIO EXTRA FOLHA. INTEGRAÇÃO. DEVIDA. Indicando o conjunto probatório o pagamento de salário não consignado nos contracheques, devida a respectiva integração e irradiação nas demais verbas salariais. REAJUSTES ANUAIS. DEVIDOS. Ao articular fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (3ª turma). Processo nº 0001476-28.2017.5.10.0017. Recorrente: Damiao Campos da Silva e Embaixada do Reino da Arabia Saudita no Brasil. Recorrido: os mesmos. Relator: Desembargador Pedro Luís Vicentin Foltran. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 10/10/2019. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HTThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região. Recurso ordinário nº 0000287-75.2018.5.10.0018. Recorrente: Liga dos Estados Arabes no Brasil. Recorrido: Erivan Magalhaes da Costa. Relator: Desembargador Mario Macedo Fernandes Caron. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 26/05/2020. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HTThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>

reclamante, a reclamada atraiu para si o ônus de comprovar as suas alegações (CLT, art. 818). Não tendo ela se desvencilhado do seu encargo, prevalecem as informações iniciais acerca da supressão de reajustes anuais, sendo devidos os respectivos pagamentos. Recurso ordinário conhecido e não provido.

Em relação ao caso em tela, o Reino da Arábia Saudita integra o acordo firmado entre o Estado brasileiro e a Liga dos Estados por meio do Decreto nº 6.733/2009⁶⁵ que dispõe em seu art. 9º que *a Liga encontra-se sujeita, em suas contratações de pessoal local, à legislação trabalhista e de previdência social da República Federativa do Brasil*.

É fato que os acordos são uma espécie formal de renúncia da imunidade, uma vez que a jurisprudência vem adotando a relativização da imunidade de jurisdição. Ainda que não haja vontade expressa da parte, esses acordos são uma forma de auxiliar nas questões relativas à imunidade de jurisdição e execução.

O devido processo legal ao qual os entes de direito público internacional estão submetidos, possui a necessidade de tramitação por vias diplomáticas, a ausência dessa fase pode gerar a nulidade processual conforme decisão a seguir⁶⁶:

AGRAVO DE PETIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CITAÇÃO EXECUTÓRIA PELA VIA DIPLOMÁTICA. A exceção ou a objeção de pré-executividade, de construção doutrinária, é meio de defesa do devedor, destinado a discussão de matérias, especialmente as consideradas cognoscíveis de ofício pelo Juiz (de ordem pública) e constitui uma possibilidade conferida ao devedor para que este, antes mesmo de ver seus bens constritos, ingresse no processo com o objetivo específico de demonstrar a inexigibilidade do título. No caso em tela, a exceção está atrelada à execução promovida contra entes públicos internacionais. Sabe-se que o estado estrangeiro detém imunidade de jurisdição relativa, na fase de execução, não podendo ser penhorados bens afetos às delegações diplomáticas, de acordo com jurisprudência do STF e do TST. Destarte, a penhora de numerário na conta bancária da executada, em monta considerável, pode sim comprometer o regular desenvolvimento de suas atividades, presumindo-se nestas, as despesas de manutenção do imóvel, de veículos, de alimentação e de pagamento de salários de outros funcionários. Ademais, mesmo que se alegue a relativização da imunidade no processo executório, insta asseverar a obrigação do devido processo legal, inclusive no que tange aos privilégios peculiares aos entes internacionais. Verificada a irregularidade de citação executória não realizada pela via diplomática, correta a sentença de piso para chamar o feito à ordem e desbloquear os valores irregularmente penhorados.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 6.733, de 12 de janeiro de 2009. Promulga o Acordo de Sede entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Liga dos Estados Árabes para a instalação da Delegação Permanente da Liga dos Estados Árabes em Brasília, celebrado no Cairo, em 23 de abril de 2007. Brasília, 12 de janeiro de 2009; 188º da independência e 121ª da república. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6733.htm

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 10ª Região. Agravo de petição nº 0001192-04.2018.5.10.0011. Agravante: Leonor Viana Boeckel Collor. Agravado: Delegação da União Europeia no Brasil. Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 15/08/2020. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>

Dessa forma, além da relativização da imunidade de jurisdição que permite o desenvolvimento do processo em face das missões diplomáticas, é necessário que as intimações, citações e qualquer notificação de cunho processual tramite pela via diplomática. No Brasil, o devido processo deve tramitar primeiramente pelo Ministério das Relações Exteriores, que é o responsável por notificar o ente de forma correta.

Assim, o trâmite legal por via diplomática é mais um reflexo dos privilégios concedidos a esses entes, sendo também, uma forma de proteção e legalidade para o desenvolvimento da missão sem intercorrência do Estado acreditante.

Em uma análise rápida da jurisprudência regional, é evidente que as imunidades dos entes de direito público internacional é um tema recorrente na Justiça do Trabalho. A jurisprudência vem refletindo de forma clara o que é abordado pela doutrina em relação às imunidades e a possibilidade de sua relativização que varia de acordo com o ente que figura no polo passivo da demanda.

Por fim, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região em seus julgados vem adotando o entendimento do STF e do TST de que a relativização absoluta da imunidade de jurisdição às Embaixada e consulados e, em caso de imunidade de execução, a necessidade de renúncia expressa do ente ou a indicação de bens que não comprometa o regular desenvolvimento da missão.

CONCLUSÃO

O processo do trabalho não é um ramo autônomo dos demais ramos do direito, uma vez que esse possui necessidade de complementação dos demais ramos processuais, principalmente em relação ao processo civil, inclusive tendo o mesmo desenvolvimento processual e fases processuais semelhantes.

Nas lacunas de ambos os institutos legais, a complementação por outras normas e principalmente por princípios legais inerentes ao denominado direito comum geram a possibilidade de um desenvolvimento processual válido.

Dessa forma, a compreensão das fases processuais e seu desenvolvimento é necessária para que seja realizada a aplicabilidade de qual espécie de imunidade terá aplicabilidade na fase processual em discussão e como o processo vai desenvolver a partir da aplicabilidade ou não da imunidade.

As imunidades não são uma forma de prejudicar as relações particulares do ente de direito público internacional ou é uma proteção exacerbada a esses entes, as imunidades são

uma proteção ao bom funcionamento das missões e organismos, além de ser uma concessão recíproca nas missões do Brasil em outros países.

Dito isso, ao analisar o presente artigo fica evidente que as imunidades ainda são um tema recorrente no âmbito do processo do trabalho, principalmente em demandas que têm por objeto o pagamento de verbas trabalhistas aos ex-empregados dessas missões. Sendo esse tema ainda pouco discutido na doutrina.

Ocorre que, ao realizarem um contrato com esses entes, muitos funcionários não detêm conhecimento de que suas demandas trabalhistas podem não vir a ter êxito, principalmente quando não há o pagamento voluntário do ente ao final da relação de trabalho, isso porque, ao final da fase de conhecimento e início da fase de execução os entes possuem a denominada “imunidade de execução”, tendo assim uma proteção extra em face das medidas executórias.

Assim, as medidas executórias, em grande maioria, não podem ser aplicadas a esses entes, salvo em hipóteses de expressa renúncia de sua imunidade e/ou casos em que os bens indicados à execução não são essenciais ao pleno funcionamento da missão ou que possam vir a causar quaisquer embargos financeiros.

Nesse ponto, ainda é difícil definir quais são os bens não essenciais a missão, isso porque essa definição deve decorrer da própria missão que não vem sendo cooperativa em todo o processo, complicando essa colaboração ao final do processo.

Em se tratando da imunidade absoluta de jurisdição dos organismos e organizações internacionais, esses gozam de uma modalidade distinta que são seus estatutos que possui previsão própria para a resolução de conflitos internos quando agem como particular. Conforme previsão estatutária, as partes devem sempre buscar métodos alternativos de conflitos, inclusive conforme previsão no art. 31 da Carta das Nações Unidas⁶⁷ quando estabelece soluções alternativas em conflitos entre os Estados.

Diante disso, os métodos alternativos de soluções de conflitos que estão ganhando mais força no Brasil desde a promulgação do CPC de 2015 e principalmente no âmbito internacional, são ressaltados pela Carta da ONU e são uma possibilidade, ainda que mínima, de efetivação da pretensão da parte.

⁶⁷ Decreto nº 19.841. 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1945. Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

Por mais que seja uma solução pacífica, a obrigatoriedade de submissão das partes a esse sistema interno do organismo, como câmaras de arbitragem, mediação e conciliação, e um limitador ao acesso a justiça garantido ao indivíduo.

Conforme evidente na jurisprudência nacional, principalmente em análise ao TRT – 10, as imunidades ainda estão sendo preservadas em sua integralidade e, conforme o entendimento da Suprema Corte e do Tribunal Superior do Trabalho, são um tema de grande recorrência.

É importante ressaltar que o devido processo legal quando observado em face desses entes deve respeitar além das imunidades, seus privilégios e a tramitação por via diplomática para que se possível a devida citação e o conhecimento da lide processual.

Essa tramitação por via diplomática garante que o ente de direito público internacional não venha alegar desconhecimento da demanda ou se recusar a participar de forma ativa do processo por tal razão.

Conforme exposto, percebe-se a necessidade de estabelecer um entendimento não apenas nacional em relação à solução de conflitos desses entes, bem como a busca de um entendimento internacional para a aplicação de reciprocidade de legislação nos conflitos com a mesma demanda.

Compreende-se que, uma vez que a maioria dos contratos trabalhistas realizados com esses entes oferecem vantagens salariais superiores ao oferecido nas demais empresas brasileiras, os candidatos à essas vagas não buscam conhecer a legislação à qual o seu futuro contratante está submetido ou os sindicatos explicam essa legislação de forma clara.

Aliado a oferta dessas vagas, está a desinformação desses trabalhadores não apenas do início do contrato, como também do final dos contratos, principalmente quando buscam auxílio de advogados para ingressarem com suas demandas. Ou seja, não há conhecimento desses trabalhadores das dificuldades que possam vir a sofrer com o final da relação contratual.

Por fim, é notório a importância da informação acerca dessas imunidades e da compreensão de que mesmo o contrato sendo firmado no Brasil, com missão que está sediada em território nacional, não é uma garantia de que a legislação do país e os demais benefícios que, via de regra, estão presentes nas empresas brasileiras, serão aplicados aos seus contratos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Daniel Freire e. **DIPLOMACIA NO SÉCULO XX** –Aula 3. Brasil: abril, 2004. Disponível em: www.lawinter.com/2004/2/diplomacia.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

BRASIL. Constituição da República do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 de agosto de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). OJ nº 416 – Imunidade de Jurisdição. Organização ou Organismo Internacional. 25 de maio de 2016. Diário de Justiça Eletrônico do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_401.html. Acesso em 22 de setembro de 2020.

_____. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 8 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm. Acesso em 23 de setembro de 2020.

_____. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 26 de julho de 1967; 146º da Independência e 79º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d61078.htm

_____. Decreto nº 27.784. 16 de fevereiro de 1950. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada em Londres, a 13 de fevereiro de 1946, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d27784.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

_____. Decreto nº 19.841. 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 25 de setembro de 2020.

BRASIL. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao

Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 222.368-4. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Consulado Geral do Japão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>. Acesso em 2 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 222.368-4. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Consulado Geral do Japão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331821>. Acesso em 2 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 578.543. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: Organização das Nações Unidas – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – ONU/PNUD. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630068>. Acesso em 5 de outubro de 2020.

_____. Recurso Extraordinário nº 597.368. Relatora: Min. Ellen Gracie. Reclamado: União. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630069>. Acesso em 5 de outubro de 2020.

_____. Recurso Extraordinário nº 1.034.840. Relator: Min. Luiz Fux. Reclamado: União. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5155038&numeroProcesso=1034840&classeProcesso=RE&numeroTema=947#>. Acesso em 5 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 709. Relator: Min. Celso de Mello. Autor: União. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2206825>. Acesso em 5 de outubro de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (3ª turma). Processo nº 0000002-84.2010.5.10.0011. Agravante: União (Ministério da Saúde). Agravado: Ewerton Santada Santos. Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF – 19/06/2015. Disponível em: https://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/inteiro_teor.php?numero=415088. Acesso em 6 de novembro de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (2ª turma). Processo nº 0000589-42.2011.5.10.0021. Agravante: Alvaro Albuquerque Junior. Agravado: Lelia Charliane A. dos Santos. Relatora: Desembargadora Elke Doris Just. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 08/05/2018. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz51GKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>. Acesso em 6 de novembro de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (2º turma). Recurso ordinário nº 0000352-17.2011.5.10.0018. Recorrente: Rede de Informação Tecnologia Latino-Americana. Recorrido: Alfredo Nogueira Machado. Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 24/06/2016. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>. Acesso em 6 de novembro de 2020

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região (3º turma). Processo nº 0001476-28.2017.5.10.0017. Recorrente: Damiao Campos da Silva e Embaixada do Reino da Arabia Saudita no Brasil. Recorrido: os mesmos. Relator: Desembargador Pedro Luís Vicentin Foltran. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 10/10/2019. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>. Acesso em 10 de novembro de 2020

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região. Recurso ordinário nº 0000287-75.2018.5.10.0018. Recorrente: Liga dos Estados Arabes no Brasil. Recorrido: Erivan Magalhaes da Costa. Relator: Desembargador Mario Macedo Fernandes Caron. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 26/05/2020. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>. Acesso em 11 de novembro de 2020

_____. Tribunal Regional Federal da 10ª Região. Agravo de petição nº 0001192-04.2018.5.10.0011. Agravante: Leonor Viana Boeckel Collor. Agravado: Delegação da União Europeia no Brasil. Relator: Desembargador Dorival Borges de Souza Neto. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF – 15/08/2020. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=HThXoCHxVDgwxspjZz5IGKbF0uNtOYKH5ScSbU.as>. Acesso em 19 de novembro de 2020

CRETELLA NETO, José. **Direito Internacional Público**. 1ª edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo. Editora LTDA, 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

PAMPLOMA FILHO, Rodolfo e SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 2ª edição. São Paulo, 2020.

GALINDO, Cleusy Araújo. **Jurisdição e competência da justiça laboral: ações de estrangeiros no Brasil e brasileiros no exterior**. Revista de Direito do Trabalho. Vol. 146. Ano 43. São Paulo. Editora RT, 2017. p. 183-219.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 14ª edição. São Paulo: LTr, 2017

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 38ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2016.

MAZZUOLLI, Velerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1970, v. III.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 5ª edição. São Paulo. Editora LTr, 2000.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 12ª edição. São Paulo, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Novo Código de Processo Civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho**. Disponível em: https://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PRO_CESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado Volume 1 – parte geral**. 2ª edição em e-book. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Jéssica Martins e COSTA Mariana Rezende Maranhão da. **As imunidades dos entes de Direito Público Internacional nas questões trabalhistas**. Revista Jurídica – UniEvangelica, 2015. Vol. 2. p. 44-57

SOARES, Guido Fernando Silva. **Órgãos dos estados nas relações internacionais: formas de diplomacia e as imunidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TORRES, Eneas Bazzo. **A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e o problema da execução**. Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 78-108, jan./jun. 2012.

REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA DECISÃO DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS PELO STF NA ADI 4275.

Mônica Coêlho Costa

Sumário: Introdução; 1. A ADI 4275 como controle de constitucionalidade frente às mudanças sociais; 2. Os cartórios como possíveis descaminhos da norma; 3. A percepção da efetivação da ADI 4275 sob a lente teórico metodológico; 4. Efetivação de Direitos no Brasil: entre preconceitos e a burocracia; Considerações Finais.

RESUMO

O presente artigo aborda como tema a ADI 4275/2018 que trata da possibilidade de alteração do prenome e gênero do registro civil de pessoas transexuais e travestis no Brasil, o qual tem como objeto de análise a efetividade dessa decisão frente à burocracia estatal brasileira. O trabalho teve a participação de duas representantes da pauta LGBTQ+. A metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa, sob a abordagem de entrevista narrativa. Os resultados apontaram para: burocracia como principal obstáculo para efetivação do direito referente a ADI 4275/2018 e a realidade financeira desse grupo não consegue arcar com as custas processuais de mudança de prenome no registro civil.

Palavras-Chave: Alteração do Registro Civil; Pessoas Transexuais e Travestis; Direitos Humanos; Efetividade; STF; CNJ.

COMMENTS ON THE EFFECTIVENESS OF THE STF'S DECISION ON ADI 4275 REGARDING THE CHANGE OF THE CIVIL REGISTRY BY TRANSEXUALS AND TRANSVESTITES

ABSTRACT

This article addresses ADI 4275/2018 as a theme, which deals with the possibility of changing the first name and gender of transsexuals and transvestites in the civil registry in Brazil, and has as an object of analysis the effectiveness of this decision in the face of the Brazilian state bureaucracy. The work had the participation of two representatives of the LGBTQ + agenda. The methodology chosen was qualitative research, with the undertaking of narrative interviews. The results pointed to: bureaucracy as the main obstacle to the realization of the law regarding ADI 4275/2018 and the financial reality of this group means they are unable to bear the procedural costs of changing their first names in the civil registry.

Keywords: Alteration of the Civil Registry; Transsexual and Transvestite People; Human rights; Effectiveness; STF; CNJ.

INTRODUÇÃO

O presente artigo acadêmico visa contribuir para a discussão sobre o tema disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4275 do STF, decisão ocorrida

no ano de 2018, a qual trata sobre a alteração do registro civil de pessoas

transexuais e travestis, sem que haja a necessidade de laudos médicos ou da realização da cirurgia de transgenitalização, bastando então, apenas a mera vontade do indivíduo para que ocorra a mudança de sexo e prenome, no registro civil.

Considerando o exposto, é válido ressaltar que a partir dessa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) emitiu o provimento de nº 73, que dispõe acerca de documentos necessários para a efetivação do direito de alteração no registro civil de pessoas transexuais e travestis. O provimento teve o objetivo de padronizar quais documentos deveriam ser exigidos por parte dos cartórios nacionais a fim de que houvesse a concretização efetiva do direito mencionado.

O tema supracitado é extremamente importante para o direito brasileiro, porque a ADI 4275 demonstra a importância do papel do poder judiciário frente a demandas sociais que muitas vezes sequer são discutidas em razão de preconceitos. A decisão representa a desmistificação da concepção do que é o transexual, o bissexual, o homossexual, o travesti, enfim, o grupo LGBTQ+ como um todo, em suas múltiplas nuances, uma vez que, sob a égide deste documento esta identidade sexual não se considera como uma doença, pois nele é tratada como orientação sexual do indivíduo.

Diante do exposto, o Estado deve respeitar o indivíduo como ele se vê inserido na sociedade. Para esse grupo é a ressignificação do que é o direito de identidade (direito este previsto em constituições de outros países), que por diversos motivos sociais e culturais foram suprimidos, e, por muitos anos, marginalizados pela sociedade brasileira.

Neste contexto, para melhor esclarecer o recorte dos sujeitos deste trabalho, é necessário compreender o que seja o/a transexual e a/o travesti. Considera-se transexual a pessoa que não se identifica com o órgão genital biológico, ou seja, há repulsa pelo próprio órgão biológico. O travesti é aquele indivíduo que se utiliza de vestimentas do sexo oposto, bem como modos corporais semelhantes deste último, no intuito de parecer-se com o sexo oposto, mas sem a “repulsa” ou negação do órgão genital biológico. A respeito desse tema, trazemos à luz a afirmação de Alemán (2002 *apud* CHAVES),

[...] o gênero não é uma propriedade inata dos corpos ou algo que exista originalmente nos seres humanos. [...] Ele é construído a partir de códigos, normas e padrões, através de distintos agentes socializadores (família, escola, Igreja, meios de comunicação, etc.), que tem a missão de nos integrar à nossa sociedade dentro de sua “normalidade” social. (2017, p. 218).

Dito de outra forma, qualquer das duas orientações de gênero descritas neste trabalho - transexuais e travestis, são percebidas como construções sociais, como bem evidenciou Alemán (2002).

Então, a ADI em discussão, se volta, especificamente, para o transexual e travesti, em face de estas duas orientações de gênero buscarem a alteração de prenome junto aos cartórios.

Assim, esta pesquisa pretende investigar se o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, através de seu papel administrativo regulador, ao emitir o provimento de nº 73, resultou ou não na criação de obstáculos para que houvesse o devido acesso à efetivação de um direito já reconhecido pelo STF.

1. A ADI 4275 como controle de constitucionalidade frente às mudanças sociais

Outros documentos anteriores a ADI já haviam se referido a este tema sob análise, bem como, a relevância dele, reconhecida no relatório da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário - RE 670.422/2014 que assim assevera:

Como lembra o parecer ministerial, embora tenha sido julgado procedente em parte a ação para a alteração do nome da parte autora o juiz de primeiro grau entendeu ser **essencial a realização de cirurgia de redesignação sexual para o deferimento da alteração do assentamento civil relativo ao sexo**. O Tribunal de origem, mantendo a sentença, ponderou que, mesmo com os avanços da cirurgia, **transexuais** ainda não são capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram (fl. 171), sendo pois o caso de averbar no registro de nascimento do recorrente sua condição de transexual (fls. 228/229, grifo nosso).

No sentido de buscar minimizar os problemas existentes, houve a ampliação do direito de alteração ao registro civil. Antes era apenas a categoria dos transexuais mediante a realização de cirurgia de transgenitalização, algo que era considerado pelo juiz como essencial. Ressalta-se que houve avanço sócio-jurisdicional após o reconhecimento da importância do assunto, no sentido de atender, pelo menos em parte, a essa demanda.

Nessa linha de atendimento às demandas do duo - transsexuais e travestis -, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI representa um remédio constitucional, que pode ser proposta por quaisquer uns dos órgãos ou entes previstos no art. 103 da CF/88. O objeto desta ação é a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo - federal ou estadual, conforme expresso no art. 102, I, da CF/88. (MENDES, 2018, p. 689). Ou seja, o objetivo neste caso, é comparar se determinado ato ou lei viola o parâmetro, utilizado pelo Poder Judiciário. Este parâmetro é chamado também de “bloco de constitucionalidade”, pois engloba a Constituição Federal de 88, Tratados Internacionais (Direitos Humanos e Pacto de San José da Costa Rica) e os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCTs.

Deste modo, a ADI 4275 trata da possibilidade de alteração do registro civil de pessoas transexuais e travestis sem que haja a necessidade da realização da cirurgia de transgenitalização, ou seja, sem que seja necessária a cirurgia de mudança do sexo biológico.

Ambos os casos encontram-se pautados pelo art. 58 da Lei 6.015/1973, conforme destacado a seguir:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998) (Vide ADIN Nº 4.275)

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 9.807, de 1999).

O dispositivo 58 original da Lei 6.015/73 afirma o prenome com caráter definitivo, entretanto, houve uma alteração nesta lei dada pelo art. 17 da Lei

9.807/99. Ela retifica o texto do parágrafo único supracitado, o qual já indicia para possível mudança ao admitir sua substituição por apelidos públicos notórios ou de fundada coação ou ameaça. Nesse contexto, o conteúdo atinente à substituição do prenome foi utilizado como forma de resguardar o direito das pessoas transexuais e travestis para a mudança de prenome e gênero nos cartórios brasileiros com o intuito de que essas pessoas não sejam submetidas a situações de constrangimento ou vexatórias em razão do reconhecimento identitário se contrapõe ao sistemabiniário socialmente estabelecido.

A presente ação foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República – PGR, a qual considerava inconstitucional o fato de pessoas do grupo LGBTQ+ serem submetidas à realização de cirurgias de transgenitalização em razão da maneira como estes desejam ser reconhecidas socialmente.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal - STF foi de extrema necessidade e importância para as minorias suscitadas na decisão, visto que, anteriormente, esses grupos eram considerados pela sociedade como pessoas doentes (com distúrbios de identidade e de personalidade) que precisavam de um tratamento psicológico e/ou psiquiátrico.

A decisão proferida na ADI 4275/2018 transmite a esses indivíduos que a orientação sexual, bem como a identidade de gênero, não sejam consideradas doenças, e que tais opções e/ou construções sociais devem ser respeitadas, haja vista que são de foro íntimo daquele indivíduo. Compreende-se que tal decisão decorrente da vontade de realizar a cirurgia depende apenas da vontade do indivíduo sob seu próprio corpo, sem a interferência de terceiros, como psiquiatras, psicólogos, biólogos ou do próprio Estado.

Neste contexto, a mudança de prenome no caso em tela advém da prerrogativa de tornar essa decisão mais ampla. Agora, estende-se para travestis, bem como não exige mais a realização de cirurgia de transgenitalização como elemento básico para alteração do prenome e gênero.

A mudança firmada pauta-se no critério do direito fundamental de identidade de gênero que já é previsto em outras Constituições, como é abordado, por

exemplo, nas Constituições Portuguesa e Italiana (VIEIRA, 2012, p. 163). A Constituição Portuguesa tem expressado no seu art. 26 o direito à identidade pessoal como norma que garante a efetividade desse direito. Embora a Constituição Italiana não tenha menção expressa sobre o direito de identidade pessoal, seu ordenamento permite essa pretensão subjetiva, no caso de afirmar e reconhecer a identidade sexual ou a própria identidade de gênero.

Na decisão proferida no STF é possível identificar que o Brasil agiu como a Itália. Isso porque se baseou em princípios existentes, mas que têm interpretação ampla, e, em certa medida abstrata para ratificar um direito que seja compatível com as mudanças sociais sem que haja a alteração na CF/88, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88.

Destaca-se que a decisão do STF ancora-se nos direitos fundamentais tal como afirmado por MENDES a seguir:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2018, p. 1.012).

Ou seja, os direitos fundamentais são concomitantemente elementos subjetivos e objetivos que norteiam o Estado democrático de direito, e que lançam luz sobre os direitos humanos, os quais firmam a justificativa da ADI em análise.

Os direitos humanos tal como consta no art. 4º, II da CF/88, são apresentados como prevalentes, entretanto a CF/88 não os especifica. No que tange a esse tema, Mendes (2018) considera que esta matéria encontra abrigo no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme afirmativa a seguir:

A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade. (MENDES, 2018, p. 257)

A afirmação do jurista anteriormente citada vincula os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana ao Estado democrático de direito. Pressupõe-se que os direitos humanos englobam o vínculo apresentado e aponta para o fato de que o respeito à dignidade da pessoa humana prescinde da nacionalidade.

No caso em análise, foi observado que a ADI foi embasada pelos seguintes princípios norteados pelos Direitos Humanos: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) igualdade; (iii) vedação de discriminação odiosas; (iv) liberdade e (v) privacidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no art. 1º, III da CF/88, que em conformidade com a interpretação de Horta na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 26 (2001, p. 41), aborda que o Poder Judiciário deve garantir a maior e mais ampla interpretação de normas com afinalidade de proteção aos Direitos Humanos.

Desta forma, a fim de compor uma rede de princípios embasadores que assegurem os direitos humanos, há a necessidade da concomitância dos demais princípios.

Entretanto, no que tange ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º caput da CF/88 Chaves (2017) especifica:

Significa [...] reconhecer que todas pessoas são iguais para o Estado porque são seres humanos, devendo por isso, ter as mesmas garantias e direitos fundamentais com condições efetivas de usufruí-los; e de outro, serem levadas em consideração as condições e particularidades psicológicas, sociais e econômicas de cada indivíduo ou grupo para que o Estado lhe confira tratamento mais condizente com suas diferenças, sem discriminar negativa e injustificadamente ninguém, compensando a desigualdade concreta existente colocando o indivíduo num patamar adequado para gozar dos mesmos direitos e garantias que outras pessoas usufruem com mais facilidades.(CHAVES, 2017, p. 59).

A jurista para explicar o princípio da igualdade, toma como base os direitos humanos para reconhecer que todas as pessoas são iguais para o Estado. No qual o Estado deve tratar todos como iguais, entretanto, considerando as diferenças para garantir a equidade de acesso aos direitos e garantias.

Por sua vez, o princípio da vedação de discriminação odiosa, expresso no art. 3º, IV da CF/88 expressa que:

[...] a vedação de certas discriminações seja indiscutivelmente um direito humano e, em diversas constituições, um direito fundamental, sua proteção absoluta é um ataque desarrazoado à autonomia privada (SILVA, 2007, p. 390 *apud* Rollwagen; Pinheiro, 2020).

Infere-se que este princípio visa a proteção de toda e qualquer pessoa, garantindo-lhe que essa não sofra qualquer tipo de discriminação que advenha de raça, crença, gênero e outros.

Além dos demais princípios, destaca-se o princípio da liberdade, previsto no caput, do art. 5º da CF/88 nos dizeres de Cavalcante Filho (2019) evidencia que a liberdade é uma garantia constitucional de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, na qual é possível fazer tudo o que não está proibido por lei, mas que deve-se fazer tudo o que for expresso também por lei.

Logo, presume-se, então, que o princípio supracitado visa a liberdade do indivíduo desde que essa liberdade não viole regras ou princípios pré-estabelecidos por lei. Em se tratando de liberdade, Chaves (*idem*) ressalta a correlação entre autodeterminação como expressão da liberdade com base em Flores (2010). Para Flores (2010), a autodeterminação se constrói sobre a égide do conceito da dignidade humana.

Por sua vez, o princípio da privacidade previsto no dispositivo 5º, X da CF/88 expressa que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse contexto, o princípio da privacidade foi utilizado como meio para ratificar que as pessoas transexuais e travestis tenham sua vida privada assegurada por esse direito, bem como sua intimidade, cuja violação implica em indenização.

Todos esses princípios foram utilizados pela PGR ao ingressar com a ADI 4275/2018, no qual evidenciam a tese de que o direito de alteração do registro civil servirá para transexuais e travestis, sem que haja a necessidade de cirurgia de transgenitalização visto que a identidade de gênero é um direito fundamental. Este tema, embora atinente ao corpo, não deve ser percebido de modo padronizado, imutável, e de natureza monolítica. Em face ao exposto, apresentamos a concepção do filósofo Foucault sobre isto:

Para Foucault o corpo é realidade biopolítica, e assim o sendo, deve existir a história do corpo, a do sexo e a do gênero, separadas, porém possuidoras de diversos pontos de intercessão, pois um signo remete ao outro, não sendo possível existir um significado fixo para cada um, sendo esses fluídos, e parte de uma iteratividade com o outro. (FOUCAULT *apud* SOUZA, 2019, p. 3).

Essa análise, bem como a extensão do direito de alteração do registro civil para pessoas transexuais e travestis, ratifica a ideia de Foucault, no sentido de que a sociedade deve compreender o “sexo”, “gênero” e o “corpo” como diferentes entre si, sem partir do pressuposto que esses elementos são, necessariamente, imutáveis e, inextricavelmente, interligados entre si.

Neste subtítulo a ADI 4275/2018 apresenta esses aspectos decorrentes desta trajetória histórica que compreende de modo distinto gênero, sexo e corpo. Desta maneira, ela desconstrói a noção anterior que tratava essa tríade de modo estático, único, simplista e binário.

Na seção seguinte será analisado o Conselho Nacional de Justiça - CNJ como forma de melhor compreender a função deste órgão do Poder Judiciário brasileiro, além de sua atuação no caso em tela.

2. Os cartórios como possíveis descaminhos da norma

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme expresso no art. 92 da CF/88, é um dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro que tem como principal função melhorar a atuação financeira e administrativa do poder judiciário, bem como o controle dos poderes dos juízes.

O CNJ foi criado pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, com o intuito social de haver maior controle no Poder Judiciário. Isso porque é o único dos três poderes que tem seus membros escolhidos (sem eleição) e ainda gozam de vitaliciedade, fato que justifica o controle disciplinar mais rígido, inclusive no que refere ao cumprimento de dos deveres funcionais e as vedações do parágrafo único do art. 95 da CF/88. (CAVALCANTE FILHO, 2019).

Ainda no que alude ao CNJ, faz-se necessário esclarecer que:

[...] esse controle, foi então criado um órgão de controle interno do Judiciário (cujá criação já considerada constitucional pelo STF): o CNJ. Observa-se que o CNJ é órgão de controle interno do Judiciário. é um órgão do judiciário formado na maioria por membros do judiciário, controlando o judiciário. Controle interno, enfim. (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 343).

Conforme dito pelo jurista, o CNJ tem como objetivo realizar o controle interno para que não ocorra um excesso de poder por parte dos seus membros. Dito de outro modo, a função do CNJ é a de dispositivo de controle interno do Poder Judiciário.

Contudo, no caso da ADI, o CNJ emitiu o provimento de nº 73 cujo intuito era tornar padronizada a análise de retificação de prenome dos cartórios brasileiros. O provimento dispõe de uma lista de documentos considerados obrigatórios.

O quadro a seguir traz essa relação e os valores para obtenção dos documentos.

DOCUMENTOS	VALORES APROXIMADOS
Certidão de Nascimento Atualizada	R\$ 28, 28 - R\$ 107,19
Certidão de Casamento Atualizada (caso haja)	R\$ 59,19 - R\$ 109,21
Cópia do Registro Geral de Identidade (RG)	
Cópia da Identificação Civil Nacional (ICN, se for o caso)	
Cópia do Passaporte brasileiro (se for o caso)	
Cópia do Cadastro de Pessoa Física no Ministério da Fazenda (CPF)	
Cópia do Título de Eleitor	
Cópia da Carteira de Identidade Nacional (se for o caso)	
Comprovante de Endereço	Sem indicação de valor - conta de luz, internet e/ou água -
Certidão do Distribuidor Cível do Local de residência dos últimos cinco anos (estadual/ federal)	Gratuito pelo <i>site</i> : https://cnc.tjdft.jus.br/
Certidão do Distribuidor Criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal)	Gratuito pelo <i>site</i> : https://cnc.tjdft.jus.br/
Certidão do tabelionatos de	Valor varia de acordo com cada cartório, consultar o

protestos do local de residência dos últimos cinco anos	<i>site:</i> https://site.cenprotnacional.org.br/
Certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos	Gratuito pelo <i>site</i> : https://www.tse.jus.br/eleitor/certidoes/certidao-de-quitacao-eleitoral
Certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos	Gratuito pelo <i>site</i> : https://www.tst.jus.br/certidao
Certidão da Justiça Militar (se for o caso)	Gratuito pelo <i>site</i> : https://www.stm.jus.br/servicos-stm/certidao-negativa/emitir-certidao-negativa

Fonte: Dados da autora.

Além destes documentos apresentados em tabela, existe a possibilidade de serem averbados em cartório outros documentos, como: laudo médico, parecer psiquiátrico e o laudo comprobatório da cirurgia de transgenitalização. Entretanto, todos estes têm caráter facultativo, portanto não podem ser exigidos como obrigatórios.

Os valores dos dados evidenciados na tabela acima tiveram como fonte o *site* da Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG (tabela de emolumentos). Para mais informações ver o *site*: <https://www.anoreg.org.br/site/tabela-de-emolumentos/>. Acrescenta-se que o padrão utilizado para a variação dos valores de cada documento foi o PIB, ou seja, o custo de emissão entre estados mais ricos (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais) e mais pobres (Amapá, Roraima e Acre) do Brasil.

Além da ANOREG foram consultados para a construção da tabela anterior os *sítes* do Superior Tribunal Militar - STM; Tribunal Superior Eleitoral - TSE; Tribunal

Superior do Trabalho - TST e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF.

Destaca-se que, alguns documentos são xerox que não precisam ser autenticadas em cartório, como os que estão sinalizados pela cor cinza. Da mesma maneira, é válido ressaltar que nem todos os documentos são pagos, mas que é necessário uma pesquisa em sítios específicos de determinados órgãos para a emissão e sua validação. Foi identificado que há uma especificidade para conseguir alguns documentos em especial. Esses dependem de outros documentos que visam a identificação de dívidas no nome da pessoa, bem como vale ressaltar que o valor destes mudam de cartório local para cartório local.

Conforme descrito no provimento de nº 73 do CNJ, nenhum cartório poderá exigir quaisquer outros documentos além dos citados acima. Isso foi citado na Cartilha “EU EXISTO” de 2018, elaborada pelos alunos do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, em parceria com a Associação Nacional de Transexuais e Travestis - ANTRA e o Instituto PRIOS.

Ressalta-se ainda que os cartórios brasileiros não podem exigir qualquer laudo médico ou comprovante da pessoa de que tenha realizado a cirurgia de transgenitalização. Outrossim, a negação pelo cartório da solicitação impetrada deve ser justificada.

É necessário refletir sobre a atuação do CNJ, que ao elencar um rol taxativo de documentos para a efetivação de um direito já proferido pelo STF, se este cria ou não, possíveis obstáculos sócio-financeiros. Isto é, a atuação, mesmo que tenha como objetivo padronizar as medidas que serão adotadas pelos cartórios brasileiros, ainda sim, é plausível?

Hoje, no Brasil, a maioria de pessoas que se enquadram no grupo LGBTQ+ são pessoas que não detêm de condição financeira condizentes com os valores requeridos no provimento para a retificação e emissão dos documentos.

É necessário ressaltar que, ainda que essas pessoas consigam todos os documentos exigidos pelos cartórios, existe a possibilidade de indeferimento da

alteração do prenome pelos cartórios. Assim, para ratificar e exemplificar a afirmação anterior, apresenta-se que o tema foi objeto de análise e de discussão durante a disciplina Clínica de Direitos Humanos do IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, realizada no período 2/2019. Houve um projeto elaborado em parceria com a ANTRA e o Instituto Prios no qual foi fornecido acesso aos dados de pessoas que tentaram realizar a retificação de documentos com o intuito de alteração do registro civil dos quais essa mudança não foi possível, principalmente no estado do Rio de Janeiro, independentemente do cartório.

Nesses casos, em que houve a negativa de alteração e de retificação do prenome, a maioria dos cartórios alegou o desconhecimento da decisão do STF e, por isso, não realizou a alteração. Ao lado do exposto, em outros casos, ocorreu uma discrepância referente aos documentos previstos no provimento de nº 73 do CNJ, ou seja, em alguns cartórios do país foram pedidos menos documentos e, em outros, mais documentos. Destaca-se ainda que houve o pedido de laudo comprobatório da realização da cirurgia de transgenitalização, condição esta que viola a decisão do STF, bem como diverge do provimento do CNJ. Desta forma, os motivos de indeferimento da ação variam desde o desconhecimento da decisão até a simples negativa do agente cartorário frente à demanda.

No subtítulo supracitado, foi discutida a atuação do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito geral e na ADI 4275/2018. No último subtítulo serão abordados possíveis obstáculos da decisão proferida pelo STF, frente à realidade dos cartórios brasileiros.

3. A percepção da efetivação da ADI 4275 sob a lente teórico metodológico

Este trabalho de investigação assumiu caráter de pesquisa qualitativa narrativa pelo motivo de ele encontrar-se afeto às questões de natureza muito específicas. Tal como é a retificação em especial, àquelas concernentes ao nosso recorte temático, que visa responder à seguinte questão problema: O papel administrativo regulador Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao emitir o provimento

de nº 73, resultou ou não na criação de obstáculos para que houvesse o devido acesso à efetivação de um direito já reconhecido pelo STF?

Desta forma, o objetivo geral da pesquisa assim encontra-se delineado: Analisar se o papel administrativo regulador do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao emitir o provimento de nº 73, resultou ou não na criação de obstáculos para que houvesse o devido acesso à efetivação de um direito já reconhecido pelo STF. Deste modo, para atingir o objetivo geral, apresentaram-se os objetivos específicos: construir a trajetória dos documentos legais que contribuíram para a alteração do registro civil e de sexo de transexuais e travestis, que resultaram na ADI 4275/2018; analisar os percursos pelos quais os sujeitos deste recorte investigativo têm que se submeter a fim de obter a alteração do registro civil e de sexo no Brasil; detectar a opinião de membros do grupos LGBTQ+, em especial, os transexuais e travestis, sobre a ADI 4275/2018.

A pesquisa qualitativa tem como características a abordagem das singularidades no campo. Em face dessa afirmativa, trazemos em tela o que defende Sandín e Esteban sobre este método de pesquisa:

[...] uma atividade sistemática orientada à compreensão em profundidade de fenômenos educativos e sociais, à transformação de práticas e cenários socioeducativos, à tomada de decisões e também ao descobrimento e desenvolvimento de um corpo organizado de conhecimentos (2010, p. 127).

No caso em análise, trata-se de atividade de investigação no campo sociocultural e jurídico acerca de tema que, a despeito de revestir-se de especificidade considerável, articula-se com os demais grupos sociais considerando que o tecido sociocultural abrange, não somente as partes, mas também consiste notodo, o qual se apresenta em eterna transformação. Neste cenário mutante, há a necessidade de considerar o objeto desta investigação de modo sistêmico, como característica própria da vida, a fim da obtenção de leitura e apreciação mais acurada e ampla, que relaciona a parte com o todo.

O processo de investigação contou com os momentos: de levantamento bibliográfico; de planejamento e, até mesmo, de replanejamento; execução, coleta, análise de dados; e, por fim, a escrita final.

Além do exposto, esta modalidade exige a interpretação qualitativa por parte do pesquisador dos dados empíricos. E ainda Sandín Esteban aponta a rede de elementos que se encontram interconectados ao método da pesquisa qualitativa e sinaliza para o fato de que:

[...] deve ser dada especial atenção à forma que diferentes elementos linguísticos, sociais, culturais, políticos e teóricos influem de maneira conjunta no processo de desenvolvimento do conhecimento (interpretação), na linguagem e na narrativa (formas de apresentação) e impregnam a produção dos textos (autoridade, legitimidade) (2010, p. 130).

A autora apresenta a maneira e a pluralidade que alude à pesquisa qualitativa, a qual se coaduna com a complexidade que, o tema submetido à reflexão neste trabalho, exige.

Além do exposto, acrescenta-se que a pesquisa qualitativa, na visão de Flick (2009), oportuniza a aproximação entre pesquisador e investigado, pelo fato de estes, nela se relacionarem na perspectiva dialógica.

Esta modalidade de pesquisa oferece vasto leque de possibilidades de abordagens. Neste trabalho, optou-se pela pesquisa qualitativa do tipo narrativa. Esta última se apoia em Jovchelovitch e Bauer (2002), os quais asseveram que toda experiência humana pode ser expressa sob a forma de narrativa.

Nesta linha, a entrevista narrativa consistiu em um dos principais instrumentos da coleta de dados, a despeito de apresentar apenas três questões generativas. Os demais instrumentos de coleta de dados contaram com: documentos legais e documentação exigida em cartórios.

A entrevista narrativa como método de investigação, assim como de geração de dados, para Flick (2009) consubstancia-se em entrevista com poucas questões de natureza subjetiva, expressas narrativamente pelos sujeitos investigados, e de

modo livre, apresentando suas opiniões e seus modos de pensar sobre determinado fenômeno ou tema.

Deste modo, as pessoas foram escolhidas e convidadas para as entrevistas remotas, realizadas nos dias 09/11/2020 e 10/11/2020, com base nos seguintes critérios: teriam, necessariamente, que ter passado pelo processo de retificação de prenome no registro civil; ser militante da causa LGBTQ+.

As duas militantes da causa LGBTQ+ são: Keila Simpson, Presidenta da Associação Nacional de Transexuais e Travestis – ANTRA, e Marina Reidel, primeira trans a fazer mestrado na faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e a primeira professora trans da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. A ANTRA tem sede no Rio de Janeiro e tem como uma de suas principais funções a de denunciar a violação dos direitos humanos de travestise de mulheres transexuais, além de lutar contra o transfeminicídio no Brasil, país que mais assassina estas pessoas no mundo.

Ambas as militantes representam importantes vozes da causa LGBTQ+ e, por este motivo, foram contatadas pela investigadora, por esta crer que o lugar de fala destas duas pessoas contribui para a legitimação das reflexões acerca da efetividade da ADI em foco. Acrescenta-se que logo que receberam o convite, de pronto o aceitaram.

Foram realizadas duas entrevistas remotas, em função da pandemia do novo coronavírus, com duas lideranças representativas do movimento LGBTQ+. As entrevistas consistiram nos seguintes questionamentos: **(i) o que significou a ADI 4275/2018; (ii) quais são os obstáculos e (iii) como enfrentar esses obstáculos.** As entrevistadas foram: Keila Simpson (presidenta da ANTRA - Associação Nacional de Transexuais e Travestis - e coordenadora do Centro de Promoção e Defesa dos Direitos LGBTQ+, da Bahia) e Marina Reidel (Diretora de promoção LGBTQ+ do Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos).

A análise dos dados pautou-se no confronto entre o que consta como efetividade da lei dos documentos em foco neste trabalho e os trâmites legais pela via cartorial que os solicitantes, transexuais e travestis, têm que conseguir a fim de

atingir o ponto em que receberá a acatamento do pedido ou, ainda, a negação, com as narrativas das militantes convidadas.

Na entrevista com a Keila Simpson, para ela, a ADI 4275

[...] foi uma decisão importante, um marco histórico, até esta decisão as pessoas que queriam retificar nome e gênero, e a judicialização da questão nem sempre era compreendida de modo uniforme com todos os juízes, a depender de cada juiz, os quais deferiam ou indeferiam as decisões impetradas. Então, a partir da decisão do STF, foi possível que essas solicitações de retificação, se tornassem mais fáceis, pela via administrativa.

Entretanto, Keila Simpson pontua que ainda há uma discussão sobre a forma que essa decisão seria regulamentada:

[...] porque já havia um entendimento de que a regulamentação acarretaria em burocracia, nas decisões. E de fato, isso ocorreu. A regulamentação veio com caráter investigativo, com a cobrança de muitos documentos e certidões, sem falar sobre a questão do pagamento desses documentos que são exigidos. São recursos muito altos para muitas pessoas. Mas, a decisão em si, é muito importante, é uma vanguarda por atender esse direito no Brasil, já que o Congresso Nacional é omissor, nessa questão. (Keila Simpson, 2020).

Assim, na opinião desta militante, no que tange aos principais entraves na efetivação da ADI, ela assim se refere:

[...] a burocracia e o custo são os principais obstáculos para a efetivação do direito à retificação do prenome, e que seria muito mais fácil se essas retificações fossem as mais simplificadas, possível, vez que o CPF não modifica. Outrossim, que houvesse a isenção de custos, ou de um baixo custo, podendo se cogitar em um custo simbólico, mas esses dois processos que acontecem pós-decisão, são empecilhos que atrapalham bastante as pessoas a realizarem essas retificações.

A ANTRA tem acompanhado bastante núcleos jurídicos de universidades que estão ajudando as pessoas, quando na obtenção e retirada desses documentos

para que seja possível o ingresso dessas ações em cartórios, e, em alguns casos, as pessoas estão fazendo doações para que esses grupos também possam ter recursos para realizar o pagamento destas certidões, no caso daquelas pessoas mais necessitadas. Os grupos filiados à ANTRA fazem esses estudos. São diversas iniciativas, mas o que pensamos de fato são duas questões, a primeira era desburocratizar esse processo, visto que é um rol de documentos muito grande, e, a outra, seria a isenção desta taxa, por acreditar que este é um recurso que os cartórios não vão ganhar mais ou menos, por essas questões, já que a população trans é uma população significativa, mas se comparada com a população geral do Brasil, ela é menor. É válido ressaltar que nem todas as pessoas querem fazer a retificação de nome, é algo que deve ser considerado. Na opinião da ANTRA o que deveria ser levado em consideração seriam essas formas desburocratizantes apresentadas. Tanto que houve um trabalho para desburocratizar esse processo, porque havia a certeza que a regulamentação acarretaria esses empecilhos, e a questão do pagamento, também poderia dificultar. Mas, ainda assim, muitas pessoas têm juntado dinheiro para pagar os custos cartoriais de documentos e retificações, porque para elas é importante essa retificação. Contudo, ainda há uma parcela de pessoas que não têm condições para realizar a alteração, pela dificuldade, tanto para a obtenção dos documentos, quanto pela questão do recurso financeiro. Alguns municípios têm a declaração de hipossuficiência, mas essa declaração não vale para essas certidões. Ela não é uniforme. Para declarações ela não funciona, o que seria bom, futuramente, era discutir com o próprio CNJ sobre a possibilidade de uma gratuidade, com o STF juntamente com a Defensoria Pública da União (hipóteses) a partir de agora, em razão da demanda, nome social para o nome civil. O Estado ajuda por um lado, mas, ao mesmo tempo, na parte jurídica, não consegue convergir para diminuir esse processo burocrático. (Keila Simpson, 2020).

Fonte: Entrevista remota, em 09/11/2020.

As afirmações de Keila Simpson convergem com as de Marina Reidel, no sentido de conceber que a decisão do STF foi, para esta última:

[...] foi um avanço, no sentido de reconhecimento dessas identidades, ou das identidades. Isso porque há uma dificuldade hoje, no cenário do poder legislativo, de aprovação de leis e decisões em relação a nossas pautas. Foi um avanço muito grande, e de uma importância de que, pelo menos, o poder judiciário nos reconhece, nesse processo. Para ela sempre haverá obstáculos porque vive em um contexto de uma sociedade que ainda detém uma série de preconceitos, na qual há uma decisão do STF, mas que na prática, não é efetiva, pois há uma discrepância em relação aos cartórios e as estruturas desses lugares, quanto aos valores monetários, documentos e tudo que é solicitado vão tornar essa efetividade difícil para muitas pessoas que, na prática acaba não sendo efetiva. É necessário evidenciar que nesses serviços, ainda há dificuldade porque a pessoa vai encontrar algum funcionário homofóbico, transfóbico e, isso, vai diferenciar. Marina recebeu algumas denúncias em que a pessoa ia alterar o registro civil, mas foi hostilizada, e houve uma mudança de comportamento, por parte da outra pessoa, no sentido de respeitar o outro, após a realização da denúncia. Ela alerta então que o controle, a denúncia, a reclamação, comunicar o ocorrido no “Disque 100”, conhecido como disque direitos humanos, e não deve ficar num contexto local, que as pessoas que sofrem esse tipo de discriminação deve recorrer a instância máxima, isso porque esses órgãos são mais céleres e infelizmente é a única maneira de impor respeito à esses grupos, em relação às pessoas que insistem em desrespeitar e discriminar. (Marina Reidel, 2020).

Outro aspecto evidenciado por Marina foi:

o fator de acomodação, em alguns casos que, existem, no qual a pessoa não quer realizar essa retificação porque terá que alterar cartões de bancos e etc., por exemplo. (Marina Reidel, 2020).

Marina explicita a própria situação que viveu para a alteração do registro civil,

foi por meio da via judicial, na qual foram dois processos: primeiro, o nome e, depois, o gênero. Para ela, uma maneira do Estado estimular essa mudança seria desburocratizando e fazendo campanhas de conscientização de reconhecimento. (Marina Reidel, 2020).

Fonte: Entrevista remota, em 10/11/2020.

Os dados coletados em entrevista remota foram submetidos a um processo de síntese, sendo construído um gráfico de síntese das categorias empíricas que proporciona uma melhor visualização daquelas que foram detectadas – Reconhecimento; (Des)Burocratização/Simplificação; Alto custo/Isenção; Articulação em rede e; Denúncia/Resistência, expresso a seguir:



Fonte: Dados da autora.

Neste sentido, tais dados, somados com as categorias empíricas, as leis anteriormente apresentadas (atinentes ao cerne do objeto deste trabalho) e ao lado dos autores que lhe conferem suporte, constituem-se a rede analítica que busca refletir sobre a efetividade do provimento de nº 73, emitido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que resultou ou não na criação de obstáculos para que se houvesse o devido acesso à efetivação de um direito já reconhecido pelo STF.

Entretanto, antes do procedimento analítico, é necessário discorrer sobre cada uma delas. O reconhecimento surge logo de início nas narrativas das militantes da causa LGBTQ+. Ambas percebem a ADI 4275 como inovadora, porque apresenta elemento novo substancial – a retificação da referida ADI depende apenas da vontade da pessoa de mudar o prenome, livre do condicionante anterior, que tinha como um dos pré-requisitos a cirurgia de transgenitalização. Ao lado desta afirmativa convém que, para além disso, esta ADI reverbera como reconhecimento de

existência destas pessoas ante a sociedade, representada pelo poder legislativo e normalizador. Para elas, o elemento novo reside no fato que antes, tais pessoas eram invisibilizadas por encontrarem-se, em parte ou no todo, sem amparo legal.

Dito de outro modo, ainda que detivessem de condições financeiras e aparato médico hospitalar, não havia dispositivo legal que amparasse a mudança de prenome no registro civil. O reconhecimento pelo outro constitui o primeiro passo para a construção de processo identitário condizente com a percepção de si e da vontade da pessoa transexual ou travesti. Note-se pois, que o termo ora empregado refere-se a processo identitário, e não mais como simples identidade, haja vista que este termo, para Hall:

[...] é um desses conceitos que operam „sob rasura“, no intervalo entre a inversão e a emergência: uma ideia que não pode ser pensada da forma antiga, mas sem a qual certas questões-chave não podem sequer ser pensadas. (2000, p. 104)

Portanto, a lei, em certa medida, contribui para o adensamento dos processos identitários que acompanham a mudança de prenome e gênero, corroborando com a autodeterminação, bem como com a efetivação da ADI decidida pelo STF, perante a sociedade.

Embora exista um reconhecimento jurídico, as taxas elevadas que envolvem todo o processo constituem obstáculos consideráveis a serem superados. Ao lado do exposto, ainda há a exigência de muitos documentos a custos elevados que, para muitos, torna-se inviável a concretização deste direito. O conjunto de exigências consiste em um dos maiores empecilhos da efetivação - a burocracia.

As militantes sinalizam como forma de assegurar e tornar célere o processo de alteração de prenome a de se trabalhar em rede, no intuito de aproximar os coletivos aos quais representam e as instituições para que possam auxiliar na efetivação, publicidade e elaboração de outras medidas que facilitem o acesso, garantia e aceitação a direitos sociais no Brasil para minorias. As redes também oportunizam as denúncias pelas vias cabíveis pela violação e desrespeito aos

direitos dessas pessoas, bem como são muito eficazes e oportunas no que tange a divulgação e manutenção das resistências.

4. Efetivação de Direitos no Brasil: entre preconceitos e a burocracia

A efetivação de direitos no Brasil é definida pelo senso comum como uma utopia. Isso porque, para muitas pessoas, a efetividade de quaisquer direitos existentes no sistema normativo brasileiro apresenta-se, em teoria, como acessível à população, mas, na prática, quase nenhum é exercido. Isso ocorre em razão da falta de efetividade por parte do Estado ou de seus agentes, como é o caso observado do direito de alteração do prenome e gênero do grupo LGBTQ+ discutido neste trabalho.

Nesse contexto, frisa-se a mudança do pensamento social. Porém, ao mesmo tempo, verifica-se que, o que pauta a efetividade do caso concreto é a presença de um novo direito. Para o jurista Wolkmer (2016), na obra “Novos Direitos”, os novos direitos são antigos anseios e exigências da sociedade que, ao serem concretizados, são considerados como “novos”, apesar de não serem. A vontade ou luta pela conquista de um direito, que, no caso em tela é do grupo LGBTQ+, não é recente, trata-se uma demanda antiga que só agora foi validada, pelo menos em parte, sob a óptica jurídica-legal.

Assim, presume-se pela fala de Wolkmer (2016), que isso não é uma criação propriamente dita, mas sim, um novo entendimento que gera uma extensão referente a um direito existente. Este fato ratifica a utilização da técnica da interpretação conforme o STF no caso concreto. Essa técnica emerge das transformações socioculturais contemporâneas sobre o tema em reflexão, que tem como um dos seus principais desafios o enfrentamento de preconceitos.

É minimamente necessário dissertar sobre os preconceitos vividos pelas pessoas do grupo LGBTQ+. Pessoas que durante anos foram consideradas com distúrbios mentais graves e que, mesmo após essa mudança de pensamento social,

inclusive ratificada nesta decisão, ainda sofrem ataques. O preconceito é tão exacerbado na cultura brasileira que ainda há diversos casos noticiados de mortes em razão do puro preconceito.

O preconceito e questões valorativas, anteriormente citados, não devem estar presentes nas decisões de magistrado, tal como interpreta Eros Roberto Grau (2017), ao criticar a forma de condução de decisões que são pautadas em valores subjetivos, visto que deve prevalecer apenas o critério ético profissional para a tomada de decisões.

A ADI em análise visa não somente combater o preconceito existente, mas, ao mesmo tempo, almeja dignificar a vida de pessoas travestis e transexuais a terem uma vida minimamente digna, ao ponto de serem identificados como desejam, sem que haja a intervenção de um terceiro ou algum tipo de obstáculo e/ou omissão do Estado. Para que isso ocorra, basta apenas a mera vontade da pessoa sobre o próprio corpo.

Como já visto no subtítulo anterior, um dos principais obstáculos, no caso concreto, consiste na burocracia brasileira que, na opinião de Abrucio e Loureiro (2018) a despeito da crítica a este modelo, refere um requisito para ordem democrática, na contemporaneidade. Para melhor entendimento de como esse dispositivo funciona, convém trazer o pensamento de Weber sobre o tema.

Na visão de Weber, a burocracia é uma forma de dominação moderna, na qual evidencia que não é possível haver um Estado sem que haja a burocracia, como é expresso por Abrucio e Loureiro:

a burocracia pública não somente deve desempenhar o papel racionalizador da atividade estatal, mas também deve garantir o sentido público do Estado, em termos de neutralidade/impessoalidade perante o patrimonialismo, legitimidade (dominação racional-legal) e capacidade de produzir, tecnicamente, melhor ação administrativa. (2018, p. 28).

Na visão desses autores é possível identificar que “a burocratização pôs fim à era clássica do individualismo, criando a “prisão da modernidade” (2018, p. 34), conforme extrai-se da interpretação de Weber.

Nos estudos de Abrucio e Loureiro (2018) para se tratar do estado democrático de direito, é necessário falar sobre a burocracia associada à política. Os autores, com base nessa constatação, categorizam dois tipos de relacionamento entre a política e a burocracia no Brasil, quais sejam: o modelo mais próximo da patronagem e outro mais afeito ao paradigma de burocracia insulada e tecnocrática.

Deste modo, ambos os modelos compõem os caminhos tortuosos pelos quais passam os transexuais e travestis em busca da retificação do prenome e do sexo nos cartórios brasileiros. Eles encontram como principais obstáculos da decisão legítima a burocracia no Brasil, problema este que permeia os mais diversos âmbitos, tais como: profissional, social, familiar e/ou acadêmicos.

Diante do exposto, é necessário aprofundar reflexão sobre as mudanças de pensamentos sociais, bem como a recente decisão do STF que criminaliza a homofobia, até porque, essa decisão ocorreu logo após a ADI 4275, que altera o registro civil de pessoas transexuais e travestis.

Considerações Finais.

No caso em tela, é necessário refletir sobre a efetivação da ADI 4275/2018, que dá a pessoas transexuais e travestis a possibilidade de alteração de prenome e gênero no registro civil, principalmente, no que tange as pautas do grupo LGBTQ+. É fato que se trata de um avanço, contudo, deve-se atentar que mesmo após o reconhecimento jurídico ter sido benéfico na visão das entrevistadas, há de se ressaltar que o sistema burocrático é um fator que dificulta a efetivação de direitos no Brasil.

A burocracia foi apontada como sendo um dos principais obstáculos para efetivação deste direito pelas duas representantes do grupo LGBTQ+ que constam

na elaboração deste trabalho, devido ao fato da burocracia constituir-se como um dispositivo eficaz e ao mesmo sutil de dominação e hierarquização social que protege o sistema binário enraizado na cultura nacional.

Ao lado da burocracia, outro fator também importante é que muitas das pessoas que desejam realizar a alteração do registro civil não detêm de condições financeiras suficientes para lhes assegurem o direito a serem reconhecidas como se identificam perante a sociedade.

Esses obstáculos evidenciam a violação da dignidade da pessoa humana, que, na prática, não é garantida para essas pessoas, pois parte dessa violação decorre do preconceito a que são submetidas essas pessoas no meio sociocultural brasileiro.

É necessário ainda salientar o fato de que após o STF decidir a ADI 4275/2018, houve outra decisão tão importante quanto para o grupo LGBTQ+, que é o reconhecimento do crime de homofobia, enquadrado como equivalente ao crime de racismo, previsto na ADO 26. Ou seja, decisões de extrema notoriedade que demonstram a mudança do pensamento jurídico frente às demandas sociais, com o intuito de garantir respeito e dignidade, mesmo que para tal, seja necessária a imposição de sanção, ou equiparação a crimes já existentes no ordenamento jurídico.

Ainda assim, existe um preconceito que persiste, mesmo que de forma mais implícita, em decisões de magistrados. Inclusive este foi tema de repercussão de muitos casos que negaram a alteração do registro civil de maneira injustificada. Em razão disso, é válida a reflexão de Eros Roberto Grau (2017), ao questionar sobre o fato de muitos magistrados brasileiros trazerem à suas decisões valores pessoais, valores estes, inclusive, que devem ser criticados pelo simples fato de, ao analisarem ou proferirem quaisquer decisões, o critério ético profissional deve ser prevalente sobre os demais critérios, ou seja, que o magistrado haja como magistrado, não como um indivíduo que veste a toga.

O preconceito advindo de representantes da magistratura brasileira ratifica a necessidade da reflexão mencionada, bem como demonstra a notoriedade da ADI

4275/2018 ante o grupo LGBTQ+, e, simultaneamente, evidencia uma desconstrução do cenário jurídico social brasileiro.

Em meio a essas transformações, o grupo LGBTQ+ busca ampliar conquistas à medida que enfrenta e supera os inúmeros desafios que lhes são impostos cotidianamente por meio, principalmente, do trabalho coletivo em rede, pela aproximação das instituições que as representam junto às universidades (públicas e particulares) como meio de efetivação mais célere e eficaz do processo de alteração do prenome e gênero no registro civil.

Referências

ABRUCIO, Fernando L. e LOUREIRO, Maria R. (2018) **Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira**. In: Pires et al (Orgs.) Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas. Ipea: Enap, p.23-57.

ANOREG. **Associação de Notários e Registradores do Brasil**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/tabela-de-emolumentos/>>. Acesso em: nov. 2020.

ANTRA. **“Projeto Eu Existo - Alteração no Registro Civil de Pessoas Transexuais e Travestis”**. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/11/cartilha-alteracao-nome-e-genero2.pdf>>. Acesso em: nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp>. Acesso em: maio. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73/2018**. 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3503>>. Acesso em: nov. 2020.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. 1º de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. 24 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: nov. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Direito constitucional objetivo: teoria e questões**. 7ª ed. Brasília: Alumnus, 2019.

CHAVES, Débora Caroline Pereira. **Afinal, quem sou eu para o Direito?** Reflexões sobre tutela do transgênero no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Face aos governos, os direitos humanos**, Libération, n. 967, 30 junho–1º julho, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e princípios)**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade? *In* SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.); HALL, Stuart. ; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

JOVCHELOVITCH, Sandra; BAUER, Martin W. Entrevista narrativa. *In*: BAUER, M. W.& GASKELL, G. (org.) **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

MARQUES DE SOUZA, Aedan Dougan. O CORPO TRANSGÊNERO E O DIREITO BRASILEIRO - UMA BREVE ANÁLISE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO A RESPEITO DO NÃO BINÁRIO. **Revista Docência e Cibercultura**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 253-270, set. 2019. ISSN 2594-9004. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/article/view/40521>>. Acesso em: nov. 2020.

MENDES, Gilmar; GONET, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REIDEL, Marina. Entrevista remota realizada no dia 10 de nov. 2020.

ROLLWAGEN, Aletya Dahana; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Proibição de discriminação da pessoa com deficiência: a incidência do princípio da igualdade nas relações privadas**. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 174- 193, jan./jun. 2020. Disponível em: <<http://doi.org/10.5585/prismaj.v19n1.16764>>. Acesso em: nov. 2020.

SANDIN ESTEBAN, Maria Paz. **Pesquisa qualitativa em educação: fundamentos e tradições**. Porto Alegre: ARTMED, 2003.

SIMPSON, Keila. Entrevista remota realizada no dia 09 de nov. de 2020.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES À LUZ DO RE 1.211.446/SP

Priscilla Rezende Tavares

SUMÁRIO: Introdução; 1. Evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Novas configurações familiares e critérios para a concessão da licença-maternidade neste cenário; 2.1 As novas configurações familiares; 2.2 Os diferentes critérios para a concessão da licença-maternidade; 2.3 A correspondência ou não entre a legislação e as hipóteses de organizações familiares existentes; 3. Análise do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP; 3.1 Possibilidade de concessão da licença-maternidade para as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante); 3.2 Possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe gestante; 3.3 Possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe não gestante; 3.4 Possibilidade de que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade; Considerações finais.

RESUMO

Este artigo almejou compreender os critérios de concessão da licença-maternidade nos contextos das novas configurações familiares, considerando o Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, no qual se discute a possibilidade da concessão da licença-maternidade na hipótese de mãe não gestante em união homoafetiva cuja companheira engravidou por inseminação artificial, situação na qual houve fecundação do óvulo da mãe não gestante, sendo também mãe biológica. De início, realizou-se levantamento bibliográfico sobre a licença-maternidade e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, pesquisou-se acerca da mudança nas configurações familiares e como isso afetou a concessão da licença-maternidade. Ao final, conclui-se que deve ser possível que as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante) escolham consensualmente quem fica com a licença-maternidade, pois este benefício deve ser concedido considerando os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, sob o fundamento de maximização de direitos fundamentais, tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar. Além disso, o benefício também deve ser concedido considerando os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Palavras-chave: Novas configurações familiares; Licença-maternidade; Recurso extraordinário nº 1.211.446/SP; União homoafetiva; Inseminação artificial.

THE POSSIBILITY OF GRANTING MATERNITY LEAVE IN THE CONTEXT OF NEW FAMILY SETTINGS CONSIDERING THE EXTRAORDINARY APPEAL 1.211.446/SP

ABSTRACT

This article aimed to understand the criteria for granting maternity leave in the context of new family settings, considering Extraordinary Appeal 1.211.446/SP, which discusses the possibility of granting maternity leave in the hypothesis of a non-pregnant mother in a same-sex union whose partner was artificially inseminated with her egg, so she is also a biological mother. Initially, a bibliographic survey was conducted on maternity leave and its evolution in the Brazilian legal system. Then, research was made about the change in family setting and how it affected the granting of maternity leave. Finally, it was concluded that it must be possible for the two women (pregnant mother and non-pregnant mother) to choose consensually who takes the maternity leave, because this benefit must be granted considering the constitutional principles of equality, of the dignity of the human person and family protection, based on the maximization of fundamental rights for both mothers and the child, in the family context. In addition, the benefit must be also granted considering the current jurisprudential understandings about same-sex union and multiparenting.

Keywords: New family settings; Maternity leave; Extraordinary appeal 1.211.446/SP; Same-sex union; Artificial insemination.

INTRODUÇÃO

A licença-maternidade surgiu como proteção à maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Por este motivo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomenda que seja concedida a licença-maternidade desde 1919, por meio da Convenção nº 3. Trata-se de benefício de caráter previdenciário concedido à empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, tendo surgido formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

Nessa perspectiva, as configurações familiares foram mudando e a concessão da licença-maternidade também foi sendo interpretada de maneira extensiva, considerando os princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Assim, o presente artigo almeja compreender os critérios de concessão da licença-maternidade nos contextos das novas configurações familiares, considerando o Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, mais especificamente, a possibilidade de concessão de licença-

maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Dessa forma, as hipóteses de pesquisa podem ser quatro: a possibilidade de que as duas mulheres recebam a licença (a mãe gestante e a mãe não gestante); a possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe gestante; a possibilidade de concessão da licença-maternidade apenas para a mãe não gestante; a possibilidade de que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade.

O primeiro capítulo deste trabalho revisitará a evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial analisando as constituições, de modo a compreender o surgimento e desenvolvimento do instituto com o desenrolar do tempo.

O segundo capítulo objetivará compreender as novas configurações familiares e a concessão da licença-maternidade neste cenário. Assim, este capítulo será desenvolvido analisando as novas configurações familiares, como elas afetaram a concessão da licença-maternidade, bem como a correspondência ou não entre a legislação e as hipóteses de organizações familiares existentes.

Por fim, o terceiro capítulo terá por escopo a análise do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, bem como a possibilidade jurídica de cada uma das hipóteses propostas para o presente artigo.

1 EVOLUÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A licença-maternidade é um benefício de caráter previdenciário concedido à empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, estando prevista na Constituição da República e na Consolidação das Leis do Trabalho. Destaca-se o artigo 71 da Lei nº 8.213/1991 como previsão da figura da licença-maternidade e do salário-maternidade, o qual prevê que a gestante pode se afastar do trabalho entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste, observadas as disposições relativas à proteção à maternidade. Nesse contexto, o benefício é pago pelo empregador e por ele descontado dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social.¹

¹ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20A%20Previd%C3%Aancia%20Social,daqueles%20de%20quem%20dependiam%20economicamente. Acesso em: 13 set. 2020.

Ressalta-se que o benefício surgiu como proteção à maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Por este motivo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomenda que seja concedida a licença-maternidade desde 1919, por meio da Convenção nº 3, a qual foi ratificada no Brasil somente em 1934.²

Nesse sentido, o art. 6º da Constituição Federal prevê a proteção à maternidade e à infância como um direito social. Ainda, estabelece que a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF) e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, §5º, da CF).³

Ademais, a Constituição dispõe que é dever compartilhado entre a família, a sociedade e o Estado, assegurar à criança e ao adolescente, 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 colocados à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da CF). Estes são os fundamentos constitucionais que estabelecem a intrínseca conexão entre a proteção da família e o cuidado dos filhos.⁴

Assim, existe estrita relação entre a proteção à maternidade e o princípio constitucional da proteção do mercado de trabalho da mulher, disposto no inciso XX do art. 7º da Constituição Federal. Na medida em que as trabalhadoras têm seu retorno ao trabalho e sua remuneração durante o afastamento garantidos, menos se prejudicam as crianças pelo retorno prematuro de suas mães ao trabalho, como também não se penalizam mulheres pela maternidade.⁵

Contudo, a proteção à maternidade não era uma constante em nosso ordenamento jurídico, passando por diversas transformações ao longo do século passado. No Brasil, a primeira manifestação a respeito da proteção à maternidade se deu pelo Decreto Federal nº 16.300 de 31/12/1923, dos artigos 345 ao 350. O referido Decreto previa o descanso de 30 dias

² OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Nota 4 – proteção da maternidade**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_229653/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas 1/1992 a 107/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁴ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁵ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

antes e após o parto. Ainda, determinava que os estabelecimentos industriais e comerciais em que houvesse trabalhadoras que estivessem amamentando seus filhos deveriam proporcionar-lhes a possibilidade de fazê-lo. Estipulava, também, que deveria haver creches ou salas de amamentação localizadas próximo a esses estabelecimentos, onde as mães poderiam amamentar duas ou três vezes por dia em intervalos regulares.⁶

A assistência médica e sanitária à gestante foi garantida pela Constituição Brasileira de 1934 (art. 121, §1º, h), de viés socialdemocrata. Neste mesmo dispositivo, a Constituição de 1934 previa a garantia de salário e do emprego.⁷ Contudo, com o golpe do Estado Novo, a Constituição de 1937 outorgada de Getúlio Vargas não possuía em seu texto a garantia de emprego à gestante, mas apenas do salário (art. 137, I).⁸

A Constituição de 1934 previa em seu artigo 138, nos incisos “c” e “f”, que competia à União, aos Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas: c) amparar a maternidade e a infância; e f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a morbididade e a mortalidade infantis.⁹

As Constituições seguintes mantiveram o mesmo espírito a respeito da proteção à maternidade e à infância. Assim, a proteção à mulher, à mãe, à amamentante e à infância passou a fazer parte das leis máximas, como parte integrante do que se convencionou chamar “pacote social” nas Constituições. Este movimento ocorreu apesar da resistência dos empregadores, que se sentiram ameaçados pela abrangência exagerada de tais cláusulas em textos constitucionais. Porém, tal elevação constitucional permitiu que tais direitos fossem efetivados e respeitados, consolidando o novo formato de Estado Democrático de Direito que se solidificou com a Carta Magna de 1988.¹⁰

A proteção à maternidade foi positivada apenas em 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Entretanto, era o empregador quem arcava com os custos do afastamento, segundo antiga redação do artigo 392 da CLT. Tentando proteger o

⁶ BRASIL. Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

⁷ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

⁸ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

⁹ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

¹⁰ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

trabalho da mulher, a Convenção 103 da OIT, de 1952, dispunha que o empregador não deveria ser o responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega. A Lei nº 6.136/1974 trouxe importante ajuste na ordem jurídica interna nesse aspecto. Não apenas assegurou de afastamento de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103 da OIT), como estipulou que os salários do período ficariam sob encargo da Previdência Social, transformando a natureza dessa verba em previdenciária.¹¹

O critério da Convenção 103 e da Lei nº 6.136/1974 manteve incorporado pelas leis previdenciárias subsequentes (hoje, Lei nº 8.213/1990, art. 71, que dispõe sobre o salário-maternidade). A Constituição Federal ampliou o prazo de afastamento de 84 para 120 dias, cabendo os encargos à Previdência Social, e garantiu a estabilidade para todas as empregadas gestantes.¹²

O reconhecimento da proteção à maternidade nas constituições brasileiras como um direito social também simbolizou a grande influência destes movimentos internacionais no ordenamento nacional, assim como a inclusão de outros direitos chamados, mais tarde, direitos de segunda geração ou dimensão. Assim, nota-se que no século XX as Constituições foram trazendo ao seu bojo uma série de comandos relativos primeiramente à igualdade entre os sexos e, em seguida, à proteção ao trabalho da mulher. Tais comandos foram se ampliando para a proteção às gestantes e lactantes, visando à saúde da trabalhadora e do recém-nascido.¹³

Importante mencionar que o texto constitucional de 1824 não se refere especificamente ao trabalho da mulher, mas menciona que a lei seria igual para todos (art. 178, XII). Contudo, apenas uma parcela restrita da população tinha acesso aos direitos civis e políticos. Já o texto de 1891, ao assegurar o princípio da igualdade e abolir as regalias de nobreza, trouxe avanços no que se refere à inclusão de parcela maior da população na ordem legal, porém, omitiu-se em relação ao trabalho da mulher. Por sua vez, a Constituição de 1934 significou um verdadeiro avanço neste aspecto, ao dispor sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, proibição de trabalho em condições insalubres, assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego.¹⁴

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

¹² Ibid., p. 1278.

¹³ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁴ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Este diploma foi um marco, porque destacou os até então não mencionados direitos da maternidade. Além da garantia do descanso remunerado, outros foram os direitos vislumbrados, como previdência em favor da maternidade e da infância, impondo contribuições específicas da União, Estados e Municípios para tanto (1% da arrecadação tributária).¹⁵

A Constituição de 1937, que deu sustentação ao Estado Novo, embora contendo o preceito formal de igualdade de todos perante a lei em seu artigo 122, eliminou o dispositivo da Constituição anterior que vedava a diferença de salários por motivo de sexo (art. 121, §1º, a, da Carta Fundamental de 1937), mas manteve os demais dispositivos protetivos em seu artigo 137, que dispunha sobre a legislação do trabalho.¹⁶

Em antítese a restrição de direitos trazida pela Constituição de 1937, foi em sua vigência que, por necessidade de unificação da espaiada legislação trabalhista, promulgou-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, possuindo normas de proteção ao trabalho da mulher e garantindo a estabilidade no emprego e a licença-maternidade.¹⁷

Originalmente instituída pela proibição de trabalhar que vigorava a partir de seis semanas antes até seis semanas após o nascimento, a licença-maternidade sofreu alteração de seu texto no art. 392, da CLT, em ocasião do Decreto-Lei nº 229 de 1967, que alterou o período da licença para quatro semanas antes e oito após, fazendo permanecer o tom proibitivo do texto legal. Embora tenha ocorrido mudanças em 1967 no Capítulo III da CLT, que tratava da proteção do trabalho da mulher, através do Decreto supracitado, as Constituições de 1946 e 1967 não inovaram na proteção à maternidade.¹⁸

Assim como a Carta de 1934, as Constituições de 1946 e de 1967 (art. 158, III) proibiam salários diferentes entre homens e mulheres, além de asseguraram todos os outros direitos concedidos anteriormente. Contudo, o grande destaque da Constituição de 1967 é que esta

¹⁵ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

¹⁷ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁸ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

inovou na medida em que proibiu a diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e assegurou a aposentadoria à mulher após trinta anos de contribuição.¹⁹

Finda a Ditadura Militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi assegurado em seu art. 5º, I, a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, estado civil, idade e cor. Alongou a licença-maternidade de 90 para 120 dias (art. 7º, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para as domésticas, avulsas e rurais.²⁰

Nas condições atuais, a CLT reserva capítulo específico referente à Proteção ao Trabalho da Mulher, dos artigos 372 ao 401, estabelecendo que o afastamento da empregada poderá ter início entre o vigésimo oitavo dia anterior ao parto, regulado pelo §1º, do art. 392 da CLT. Além disso, a gestante tem direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, segundo preceito colocado no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).²¹

Ademais, na Constituição de 1988 o salário-maternidade foi estendido à empregada doméstica e à avulsa, por força do art. 7º, parágrafo único, tendo como fonte de custeio a Previdência Social. Em 1994, a segurada especial passou a ter direito ao salário-maternidade (um salário mínimo), desde que comprove a atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, conforme parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.213/1991, com redação atual da Lei nº 8.861/1994.²²

Importante enfatizar que o Brasil, assim como vários outros países, sofreu grande influência de organismos internacionais para que criasse uma regulamentação protetiva à mulher. Contudo, tal influência não explica o salto na proteção constitucional oferecida especificamente no caso da licença-maternidade. De fato, o desenvolvimento econômico e a consolidação da democracia podem ajudar a viabilizar avanços significativos nesta área

¹⁹ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁰ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²¹ SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²² PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

protetiva, mas igualmente não explicam o estágio alcançado. Foi necessária a presença de forças políticas favoráveis para que a resistência fosse vencida e houvesse avanço nesta direção.²³

Ressalta-se que a história do trabalho da mulher no Brasil pode ser dividida em eras ou épocas definidas por marcos jurídicos. Numa primeira fase, a mulher era excluída do mundo do trabalho e confinada no lar sob dominação masculina ou tinha participação econômica tutelada, sendo que este período que vai desde a República Velha (1891) até a Revolução de 1930. Na segunda fase, começa a emancipação legal e a proteção do trabalho da mulher, período que se inaugura com a Constituição de 1934 e, em especial, a promulgação da CLT (1943), indo até o momento de transição aberto pela Nova República (1985). A terceira onda, sob esta ótica, corresponde à consolidação dos direitos sociais, com ênfase na igualdade no trabalho e à maior efetividade da atuação das mulheres como atores sociais, sendo que este período parte da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e segue até os dias atuais.²⁴

Após tantas mudanças e avanços na proteção da maternidade, a Lei nº 10.421/2002 alterou a CLT para permitir que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente também tivesse o direito à licença, desconectando a maternidade do aspecto apenas biológico, mas considerando também o aspecto afetivo.²⁵

Mais adiante, em 2011, por meio da ADIn 4277/DF e da ADPF 132/RJ, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a união homoafetiva. Após este reconhecimento, houve nova alteração legislativa na CLT, por meio da Lei nº 12.873/2013, que previu em seu artigo 6º que a adoção ou guarda judicial conjunta enseja a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

Esta mesma lei também previu que em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. Além disso, também concedeu o benefício ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

²³ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁴ PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁵ Depois disso, vieram mudanças infraconstitucionais, como o Decreto nº 6690/2008, que assegura aos servidores públicos federais a extensão da licença maternidade para 180 dias e a Lei nº 11770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã. A empresa que amplia a licença a suas funcionárias em mais 60 dias, totalizando 180, obtém benefícios fiscais. Estados e municípios também têm adotado as licenças estendidas a suas servidoras.

Assim, percebe-se novamente o aspecto afetivo em destaque, mas ressalta-se que também há uma desconexão da maternidade com o gênero, pois se os adotantes são duas mulheres ou dois homens, apenas um deles pode receber o benefício, independentemente do gênero.

Neste panorama, vale ressaltar que a sociedade brasileira vem passando por transformações nos últimos anos, as quais vêm influenciando diretamente as configurações familiares existentes, que se tornam cada vez mais plurais. Em decorrência disso:

As mudanças que vem ocorrendo na formação da família contemporânea tem conquistado espaço no conceito de entidade familiar, que, atualmente, não é mais entendida somente como a união entre o homem e a mulher pelo casamento com o objetivo de procriação, mas como verdadeiras uniões de afeto entre indivíduos que se unem para constituir uma relação de apoio mútuo.²⁶

Outro ponto relevante a se ressaltar é que a Constituição de 1988 trouxe uma interpretação mais ampla do conceito de família e que o artigo 226 da Carta Magna apresenta um comando inclusivo e não taxativo, permitindo, assim, que novas configurações familiares possam ser abrangidas pela proteção constitucional, além das já expressamente previstas na Constituição.²⁷

Assim, observa-se mudanças comportamentais no âmbito familiar, no qual as obrigações como o cuidado com os filhos e a divisão igualitária das tarefas domésticas entre os seus membros é uma realidade. Se a licença-maternidade é concedida com o objetivo de priorizar os cuidados necessários para com os filhos e a convivência com eles, esta também será uma tarefa de responsabilidade do pai. É natural que, se na sociedade conjugal homens e mulheres são iguais e dividem seus direitos reprodutivos, a responsabilidade pelo cuidado com os filhos seja compartilhada.²⁸

Ressalta-se que existem casos não abarcados pela legislação, como por exemplo: o homem que prefere ficar em casa cuidando do recém-nascido por questões financeiras, caso em

²⁶ SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. Licença-maternidade na união homoafetiva diante de uma abordagem contemporânea da família brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3943, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27647/licenca-maternidade-na-uniao-homoafetiva-diante-de-uma-abordagem-contemporanea-da-familia-brasileira>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerusclausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas%3A+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 21 abr. 2020.

²⁸ RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze; SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 45, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/42941>. Acesso em: 15 de abr. 2020.

que a companheira ganha mais, teria direito à licença-maternidade no lugar da companheira? Nos casos de barriga de aluguel, apenas um dos pais têm direito à licença-maternidade? Nos casos de união homoafetiva, a mãe não gestante teria direito à licença-maternidade? Neste último caso, foi reconhecida a repercussão geral da questão em 08/11/2019 no RE nº 1.211.446/SP.²⁹

Ao longo do tempo, percebe-se a desconexão da maternidade aos aspectos biológicos, sendo que já se entende a maternidade de forma mais afetiva. Nessa perspectiva, o legislador foi permitindo cada vez mais casos em que não só a gestante recebe o benefício, desde a mãe adotante até o casal homossexual e os homens que adotam sozinhos.

Considerando que esta possibilidade do casal homossexual escolher quem fica com qual das licenças já existe, seria interessante haver a possibilidade de disponibilidade em relação à licença-maternidade. Esta disponibilidade não se dá no sentido de abdicação, mas no sentido de haver escolha consensual sobre o benefício entre as pessoas responsáveis pela criança. Questiona-se a possibilidade de disponibilidade da licença-maternidade para que cada família pudesse escolher o melhor para a própria família e para a criança.

Diante desse cenário, destaca-se a licença parental ou compartilhada, a qual se configura como um período que pode ser dividido entre os progenitores ou adotantes de comum acordo. Tal licença pode ser uma maneira de abarcar a diversidade e a pluralidade de famílias que já existem e que venham a existir. Pode, ainda, ser uma maneira de desafogar o Judiciário, uma vez que estas pessoas decidiriam entre si como dividir a licença e não buscariam este Poder.

Tentando mudar essa realidade, existem diversas propostas no Congresso Nacional, as quais vão de encontro às necessidades dos atuais contextos sociais, e que buscam tornar a licença compartilhada ou parental uma realidade, como já ocorre em diversos países desenvolvidos. Por outro lado, as licenças maternidade e paternidade brasileiras não foram desenvolvidas tendo o viés da real necessidade da criança, dessa forma, é interessante a revisão da legislação. Ainda abarcadas por conceitos de discriminação de gênero e violência simbólica, as legislações acerca do tema seguiram a tradição e basearam-se em critérios biológicos para definir o tempo da mulher e do pai com a criança. Dessa forma, não houve a preocupação com a criança e suas necessidades emocionais e afetivas.³⁰

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.211.446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁰ BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em:

Diante dos conceitos abordados, o entendimento atual é a de que a criança precisa de suporte afetivo de ambos os pais ou mães, independentemente do gênero. Por este motivo, legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil acertaram ao concentrar o poder/dever na família. A criança necessita da base familiar como um todo, dessa forma ocorre seu desenvolvimento completo, o que reflete em sua vida social.³¹

Percebe-se, assim, que o desenvolvimento da licença-maternidade no Brasil e a forma como se concede tal benefício atualmente advêm de uma série de construções sociais provenientes da evolução histórica. Nesse viés, a licença-maternidade surgiu no Brasil com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no contexto histórico da Era Vargas, com o intuito de garantir a recuperação física e psíquica da mãe e observar as circunstâncias pós-parto, como a amamentação.

Contudo, é possível observar que houve diversas mudanças sociais no âmbito da família desde que a licença-maternidade foi instituída no Brasil. Tais mudanças refletiram na legislação e, nessa perspectiva, é importante destacar que o critério biológico para a concessão da referida licença deixou de ser totalmente determinante e, assim, outros critérios para a formação do vínculo maternal, como a afetividade, foram tomando mais importância tendo em vista a pluralidade crescente das configurações familiares.

Com relação à crescente diversidade familiar, importante destacar o caso do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, em que se discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, a qual é mãe biológica pois houve a fecundação de seu óvulo, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

2 NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NESTE CENÁRIO

Neste capítulo serão analisados como o ordenamento jurídico brasileiro tem se moldado na questão da concessão da licença-maternidade às novas diversidades familiares.

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

³¹ BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

2.1 AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

A pluralidade das novas configurações familiares é crescente em nossa sociedade, devendo o Direito resguardar as escolhas pessoais de constituição de família. Neste sentido, Maria Berenice Dias acredita que a expressão “Direito de Família” já não é mais cabível na realidade atual, mas se fala em “Direito das Famílias”. Isto ocorre pela quebra do modelo tradicional para dar lugar às entidades familiares que escolheram estar juntas pelo afeto. Desde o começo do século a família sofre alterações profundas, não estando mais vinculada ao conceito de casamento: há uma pluralidade de formas e todas elas merecem a proteção do Estado.³²

A Constituição Federal ao outorgar proteção à família independentemente da celebração do casamento vincou um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. É exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. Assim, o *caput* do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.³³

Apesar da proteção do art. 226 da CF, nem todas as entidades familiares tinham reconhecimento, como as uniões homoafetivas. Mesmo diante da falta de reconhecimento, a Constituição prevê em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, garantindo tratamento isonômico e proteção igualitária a todos.

Entretanto, somente algumas relações de vida são consideradas pelo direito, nem sempre representando com fidelidade a realidade social. Por isso, é preciso que se reflita sobre essas transformações também no Direito de Família, em particular sobre a proteção jurídica das entidades familiares. Em que pese o texto constitucional ter dado abertura ao conceito de família, ele apenas formalizou três modelos, quais sejam: casamento, união estável e família

³² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

³³ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em:

monoparental. Dessa maneira, não se deve fazer uma interpretação estrita da Constituição, sob pena de excluir famílias não expressamente previstas em seu texto.³⁴

Nesse contexto, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente nem na Constituição nem na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família.³⁵

É importante ressaltar que o novo Direito de Família é voltado para a realização pessoal, tendo como base a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, é imperiosa a pluralidade de entidades familiares, pois as pessoas devem buscar o modelo que mais satisfaça suas aspirações pessoais. Por isso, não se deve fazer uma interpretação formalista do texto constitucional, pois é necessário ter em mente as transformações que a sociedade passa, não podendo existir um sistema rígido que barre essas mudanças. Assim, a melhor interpretação do texto constitucional de 1988 não é encarar os modelos familiares como um rol taxativo, mas sim como uma interpretação que prestigia o princípio da pluralidade familiar.³⁶

Desta forma, não há um Direito de Família, mas sim um Direito das Famílias, possibilitando aos indivíduos escolher viver da maneira que mais satisfaça seus desejos pessoais. Afinal, a família é um instrumento para realizações, não podendo o Direito selecionar as formas dignas de proteção, pois essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-se como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional.³⁷

Além disso, a regra maior da Constituição brasileira é o respeito à dignidade humana, que serve de norte ao sistema jurídico nacional. Esse valor implica dotar os princípios da

³⁴ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: [³⁶ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.](https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel . Acesso em 15 set. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁷ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.³⁸

No Direito de Família é de extrema importância a efetividade dos princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade, considerando que a família contemporânea é construída e valorizada pelo respeito à plena liberdade e felicidade de cada um de seus membros, não podendo ser concebida qualquer restrição a este espaço constitucional da realização do homem em sua relação sociofamiliar, devendo-se assegurar não apenas a eficácia imediata da norma constitucional, mas, sobretudo, sua efetividade social, questionando se realmente os efeitos da norma restaram produzidos no mundo dos fatos.³⁹

No ponto, a grande mudança no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. A família, nesse contexto, é espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de modo que as disposições esparsas pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.⁴⁰

Este compromisso do Estado de garantir a dignidade humana se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade, sendo consagrados já no preâmbulo da Constituição, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁴¹

Outro princípio relevante a se ressaltar é o princípio da afetividade, que mesmo não sendo previsto expressamente na Constituição, é oriundo da interpretação de outros princípios constitucionais, como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

³⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁴⁰ Ibid., p. 122.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Di reito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamen ta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

Parte-se para a despatrimonialização do Direito Civil e do Direito de Família, este não tendo mais como fundamento o casamento, e sim o afeto entre seus membros. Assim, trata-se de maior preocupação com os indivíduos do que com a forma ou modo de constituição de uma família, surgindo a necessidade de “reconhecer outras estruturas de convívio em que há o comprometimento mútuo decorrente da afetividade.”⁴²

Luiz Edson Fachin sustenta que a afetividade é o que vincula a família, devendo-se superar as concepções fundamentalistas acerca do instituto e entender que ele é complexo e sem polarizações.⁴³ Nesse sentido, o autor define a família como:

um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade.⁴⁴

No Brasil, até o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, os homossexuais não podiam constituir formalmente uma família, o que representava uma verdadeira marginalização dos direitos homoafetivos. A decisão do STF, fruto de inúmeras lutas, está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que cada um pode exercer livremente sua liberdade, bem como partilhar sua vida com outras pessoas.⁴⁵

Portanto, quando prevista a dignidade da pessoa humana e os decorrentes princípios constitucionais, não há espaço para distinções de qualquer natureza, sendo que o não reconhecimento do casamento civil homoafetivo e da união estável homoafetiva afronta a dignidade humana dos cidadãos homossexuais na medida em que implica uma desvalorização da união homoafetiva em relação à união heteroafetiva. Ou seja, o não reconhecimento implicaria uma institucionalização da heteroafetividade em nossa sociedade, sendo a única

⁴² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

⁴⁵ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

relação digna de proteção do Estado. Diante disso, pela análise constitucional, não há fundamento lógico ou racional que justifique a discriminação de diversidade sexual.⁴⁶

Ainda, deve ser reconhecido o direito à parentalidade por pares homossexuais. Entretanto, como a sociedade é marcada predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência em admitir a filiação homoparental: direito à paternidade a pares homossexuais. Independentemente dessa resistência, fato incontroverso é que homossexuais têm filhos – próprios, adotivos ou concebidos por reprodução assistida.⁴⁷

A própria noção de constituir uma família e criar filhos está ligada à dignidade da pessoa humana e ao direito de personalidade, não havendo razão para proteger algumas entidades familiares e desproteger outras. Além disso, independentemente do modelo de família do qual ela faça parte, toda criança merece a proteção devida. Desse modo, os institutos que garantem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais, pois visam exatamente a proteção da criança.⁴⁸

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade. Assim, não é permitido expressões discriminatórias como família ilegítima ou informal, que estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas nem com referências às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.⁴⁹

É necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite incluir no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem na afetividade, independentemente de sua conformação. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes.⁵⁰

Inclusive, esse conceito plural de família é assegurado pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que em seu artigo seu artigo 5º, inciso, II, combinado com o parágrafo único, prevê:

⁴⁶ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁷ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁸ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁰ Ibid., p. 133.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.⁵¹

Esta lei conceitua família de modo a prevalecer a vontade de constituir uma entidade familiar, não impondo para seu reconhecimento formas específicas, incluindo também as famílias homoafetivas, sendo a Lei Maria da Penha considerada um marco legislativo na proteção da família, ainda que um marco infraconstitucional.⁵²

Agora a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo, não se podendo limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional, pois nova lei o alargou. Importante ressaltar que tal conceito não serve apenas para definir a violência como doméstica, pois, ainda que este seja seu objetivo, a Lei Maria da Penha acabou estabelecendo os contornos de seu âmbito de abrangência.⁵³

Nesse cenário, além da família tradicional matrimonial (única tutelada antes da Constituição de 1988), da homoafetiva já reconhecida pelo STF como união estável e da própria união estável, existem as figuras das famílias paralelas ou simultâneas; as famílias poliafetivas; as monoparentais; as parentais ou anaparentais; as compostas ou pluriparentais ou mosaico; a família natural, extensa ou ampliada; a família substituta; a eudemonista, entre outros arranjos.

As famílias paralelas ou simultâneas ocorrem quando um indivíduo possui dois relacionamentos simultâneos, sendo que todos os vínculos atendem aos requisitos legais de ostensividade, publicidade e notoriedade. A família poliafetiva ocorre quando o vínculo de

⁵¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

⁵² PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

convivência de mais de duas pessoas acontece sob o mesmo teto.⁵⁴ Por sua vez, a família monoparental possui status constitucional e ocorre quando há a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.⁵⁵ As famílias parentais ou anaparentais se inserem no contexto da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.⁵⁶

Compostas, pluriparentais ou mosaico são algumas das nomenclaturas que tentam definir as famílias constituídas depois do desfazimento de relações afetivas pretéritas, as quais são caracterizadas pela multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência.⁵⁷

O conceito de família natural, por sua vez, é trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, trazendo a ideia de que a expressão família natural está relacionada à ideia de família biológica, na sua expressão nuclear. Contudo, nem a Constituição (art. 227) nem o ECA (art. 19), ao assegurar à criança e ao adolescente o direito de ser criado e educado no seio de sua família, estão se referindo à família biológica. Já a família extensa ou ampliada é aquela que estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.⁵⁸

2.2 OS DIFERENTES CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE

Diante dos conceitos abordados, nota-se a multiplicidade de famílias e, em decorrência disso, essas mudanças devem ser consideradas no momento da concessão da licença-maternidade. Por isso, deve-se entender como funciona a concessão do salário-maternidade à luz desses novos contextos, a partir da Lei nº 8.213/1991 e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No sítio eletrônico do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), encontram-se informações acerca do referido benefício, no intuito de explicar de maneira simplificada como

⁵⁴ Ibid., p. 138.

⁵⁵ Ibid., p. 139.

⁵⁶ Ibid., p. 140.

⁵⁷ Ibid., p. 141.

⁵⁸ Ibid., p. 142.

funciona a concessão deste. Explica-se onde e quando é possível pedir o salário-maternidade, além dos principais requisitos para a concessão.

A empregada deve pedir o benefício diretamente na empresa, a partir de 28 dias antes do parto, comprovando por intermédio de atestado médico (caso se afaste 28 dias antes do parto) ou a certidão de nascimento ou de natimorto. A desempregada deve pedir o benefício diretamente no INSS a partir do parto, comprovando pela certidão de nascimento. As demais seguradas devem pedir o benefício no INSS a partir de 28 dias antes do parto, comprovando por intermédio de atestado (caso se afaste 28 dias antes do parto) ou a certidão de nascimento ou de natimorto.⁵⁹

Em caso de adoção, todos os adotantes devem pedir o benefício no INSS a partir da adoção ou guarda para fins de adoção, comprovando pelo termo de guarda ou certidão nova. Em caso de aborto não-criminoso, a empregada deve pedir o benefício na empresa a partir da ocorrência do aborto, por intermédio de atestado médico que comprove a situação. As demais trabalhadoras que passam por um aborto devem proceder da mesma maneira, mas em vez de pedir na empresa, deverão pedir no INSS.⁶⁰

Para ter direito ao salário-maternidade, a mulher deve atender aos seguintes requisitos na data do parto, aborto ou adoção: ter trabalhado 10 meses (carência) no caso de contribuinte individual, facultativo e segurada especial. São isentas desse tempo de carência as seguradas empregadas, a empregada doméstica e a trabalhadora avulsa (que estejam em atividade na data do afastamento, parto, adoção ou guarda para fins de adoção). Para as desempregadas, é necessário comprovar a qualidade de segurada do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de 10 meses trabalhados. Caso tenha perdido a qualidade de segurada, deverá cumprir metade da carência de 10 meses antes do parto/evento gerador do benefício.⁶¹

Outro requisito importante encontra-se no artigo 71-C, da Lei nº 8.213/1991, que define que a percepção do salário-maternidade, inclusive no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do benefício, está condicionada ao afastamento da segurada do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

Na CLT, é o artigo 392 que prevê o direito à licença-maternidade de 120 dias para a empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. Na Lei nº 8.213/1991, é o artigo 71

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

que prevê o salário-maternidade à segurada da Previdência Social durante 120 dias. Para além da empregada gestante, a Lei nº 10.421/2002 alterou a CLT para permitir que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente também tivesse o direito à licença, desconectando a maternidade do aspecto apenas biológico, mas considerando também o aspecto afetivo.

Após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas, houve nova alteração na CLT por meio da Lei nº 12.873/2013, que previu em seu artigo 6º que a adoção ou guarda judicial conjunta enseja a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada (atual art. 392-A, §5º, da CLT). Esta lei também alterou o artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, dando redação semelhante ao artigo 392-A, §5º, da CLT, definindo que ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do benefício, não poderá ser concedido o salário-maternidade a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Esta mesma lei também previu que em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono (atual art. 392-B, CLT). Redação similar foi dada ao artigo 71-B, da Lei nº 8.213/1991, que explica que no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

Além disso, a Lei nº 12.873/2013 também concedeu o benefício ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção (atual art. 392-C, da CLT). Incluiu, ainda, o §3º no art. 71-B da Lei nº 8.213/1991, que concedeu o benefício ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Vale ressaltar o observado por Marisa Ferreira dos Santos, a qual lembra que o intérprete do Direito Previdenciário deve se atentar aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito (arts 1º e 3º da CF), principalmente a dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais. Assim, os fundamentos do Estado Democrático de Direito apontam para o conceito de justiça social. A dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a solidariedade social, o desenvolvimento, a redução das desigualdades sociais são o norte da

elaboração, da interpretação e da aplicação do direito. Nesse sentido, os resultados da interpretação da legislação previdenciária não devem aumentar as desigualdades nem tampouco desrespeitar a dignidade da pessoa humana.⁶²

Este é o contexto atual no que tange à concessão da licença-maternidade e do salário-maternidade.

2.3 A CORRESPONDÊNCIA OU NÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO E AS HIPÓTESES DE ORGANIZAÇÕES FAMILIARES EXISTENTES

Nesta perspectiva, importante trazer o posicionamento de alguns autores do Direito Previdenciário.

Segundo João Ernesto Aragonés Vianna, a previdência social não opera em função do sexo dos beneficiários, mas tem a finalidade de protegê-los contra as necessidades sociais causadas pelos riscos sociais. O risco social envolvido no benefício é a maternidade, que acarreta a incapacidade social para o trabalho em decorrência da atenção necessária ao infante. No caso do referido benefício, a mesma necessidade social enfrentada pelos casais heterossexuais é enfrentada pelos casais homossexuais: a incapacidade para o trabalho em função dos cuidados com o novo membro da família.⁶³

Ainda de acordo com o autor, pela regra da contrapartida, nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, observando-se o equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário. Nos casais heterossexuais, basta que a mãe seja segurada para ter acesso ao benefício, independentemente da contribuição do pai. Nos casais homossexuais, se um dos(as) companheiros(as) for segurado(a), não haverá violação à referida regra, assegurando-se o equilíbrio financeiro e atuarial.⁶⁴

Analisando os artigos acerca do salário-maternidade previsto na Lei nº 8.213/1991, Daniel Machado da Rocha traz algumas reflexões. Explica que o operador do direito deve orientar sua atuação pelos princípios da universalidade e da proteção especial devida à criança e ao adolescente. Além disso, ensina que a ampliação da licença-maternidade para a empregada adotante não só aperfeiçoa o instituto da adoção, como também assegura a convivência familiar

⁶² SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 554.

em todas as formas, devendo prevalecer o melhor interesse da criança em detrimento de interpretação restritiva da legalidade.⁶⁵

Já em relação à concessão do benefício para os homens, importante ressaltar que o gênero feminino era uma exigência inafastável para o reconhecimento do direito. O salário-maternidade foi criado para amparar a maternidade, em virtude não apenas da questão biológica, mas uma função social que era atribuída à mãe. Com as mudanças que as famílias vem sofrendo, acentua-se a necessidade de proteger os laços afetivos que circundam o núcleo familiar, pois não se pode deixar de proteger a criança.⁶⁶

No mesmo cenário de proteção ao melhor interesse da criança é que se encaixa o artigo 71-B da referida lei, que permite, no caso de falecimento de segurado ou segurada com direito ao salário-maternidade, que o cônjuge ou companheiro receba o benefício, devendo ser segurado para a concessão da licença-maternidade.

Nesse sentido, os casais homoafetivos também estão amparados. Se um casal de companheiros ou companheiras adotar uma criança, pode haver opção, sendo o benefício devido a quem, tendo a qualidade de segurado, afastar-se do trabalho.⁶⁷

Discorrendo sobre o artigo 71-C da Lei nº 8.213/1991, o autor ainda explica que prevaleceu o interesse prioritário na proteção da família, bem como por uma questão de isonomia entre as empregadas, tal artigo vedou o exercício de atividade por parte das demais seguradas, sob pena de suspensão do benefício. O autor atenta para o fato de que, embora a medida seja bem-intencionada, existe dificuldade para fiscalização da aplicação desta medida.⁶⁸

Nota-se que as beneficiárias do salário-maternidade são as seguradas de todas as espécies e, a partir da Lei nº 12.873/2013, também os segurados do sexo masculino em casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção e, ainda, nos casos de falecimento da segurada ou segurado que faria jus ao recebimento do salário-maternidade originariamente, o que demonstra grande inclusão. Contudo, o evento gerador do salário maternidade continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção, o que não são as únicas formas de constituição de família, excluindo e deixando sem regulamentação as outras maneiras, como as inseminações ou as “barrigas de aluguel”.⁶⁹

⁶⁵ ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁶⁶ Ibid., p. 461.

⁶⁷ Ibid., p. 461.

⁶⁸ Ibid., p. 464.

⁶⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Percebe-se que a legislação foi se adequando aos poucos às novas configurações familiares, mas ainda não consegue abarcar todos os tipos de família existentes. Contudo, diante dessas alterações legislativas, é possível perceber que os princípios explicados anteriormente, sobretudo o princípio da afetividade e do melhor interesse da criança, têm sido observados no momento da concessão do salário-maternidade. Ainda, considerando essas mutações ocorridas ao longo do tempo na Lei nº 8.213/1991 e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), observa-se a desconexão da maternidade com o gênero, como no caso de adotantes homossexuais por exemplo, situação em que apenas um deles pode receber o benefício, independentemente do gênero.

Nesse cenário de mudanças nas configurações familiares, entende-se que a licença-maternidade foi sendo interpretada de maneira extensiva e que essas modificações nas leis que dispõem sobre a licença-maternidade e sobre o salário-maternidade foram ao encontro dos princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

É nesse contexto que se desenvolve o caso do RE nº 1211446, no qual se discute a possibilidade da concessão da licença-maternidade no caso da mãe não gestante em união homoafetiva em inseminação artificial na qual houve fecundação do óvulo da mãe não gestante, sendo também mãe biológica. Este caso deve levar em conta todos os tópicos aqui abordados, como os critérios de concessão do salário-maternidade, bem como os princípios que devem tutelar os arranjos familiares existentes e que venham a existir.

3 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1211446/SP

Neste capítulo serão analisadas as hipóteses propostas para o presente caso concreto. Nesse sentido, é importante entender o trâmite do Recurso Extraordinário.

O RE foi movido pelo Município de São Bernardo do Campo (SP) contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo que garantiu a licença-maternidade de 180 dias a uma servidora municipal cuja companheira engravidou por meio de inseminação artificial heteróloga (em que o óvulo fecundado é da mãe não gestante).⁷⁰

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

A mãe não gestante é servidora pública pertencente ao quadro do referido ente municipal e convive em união estável homoafetiva, ela e sua companheira realizaram tratamento de fertilização *in vitro* utilizando seus óvulos, o que ocasionou a gravidez em sua parceira, a qual atua profissionalmente como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, não tendo usufruído da licença-maternidade por este motivo. Argumentou que, pertencendo a criança a uma família composta por duas mães e, na impossibilidade de a mãe gestante ficar em casa, pois é autônoma e precisa trabalhar, tem a segunda mãe direito à garantia constitucional da licença-maternidade.⁷¹

Segundo a Turma Recursal, o direito à licença-maternidade é assegurado no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e que esses dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade. Entendeu também que o benefício é uma proteção à maternidade e possibilita o cuidado e o apoio ao filho no estágio inicial da vida, independentemente da origem da filiação.⁷²

No Supremo Tribunal Federal (STF), o município alega que a interpretação extensiva atribuída ao direito à licença-maternidade contraria o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, caput, da Constituição Federal), pois não há qualquer autorização legal para a concessão da licença no caso em comento. Argumenta ainda que o direito ao afastamento remunerado do trabalho é exclusivo da mãe gestante, que necessita de um período de recuperação em decorrência da gestação e do parto.⁷³

Para o Ministro Luiz Fux, relator do recurso, a questão apresenta repercussão geral do ponto de vista social, em razão da natureza do direito à licença-maternidade e do impacto gerado pela sua extensão a qualquer servidora pública ou trabalhadora que vivencie a situação jurídica em exame. Do ponto de vista jurídico, o ministro observa que a discussão envolve a proteção especial à maternidade, e, do econômico, trata da concessão de benefício de natureza previdenciária, com custos para a coletividade. Ainda, o debate transcende os limites individuais da causa e é passível de repetição em inúmeros casos em que se confrontam o

⁷¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

interesse da mãe não gestante em união homoafetiva de usufruir da licença-maternidade e o interesse social concernente aos custos do pagamento do benefício previdenciário e à construção de critérios isonômicos em relação às uniões heteroafetivas. A manifestação do relator de considerar constitucional a questão e reconhecer a existência de repercussão geral foi seguida por maioria, vencido o ministro Edson Fachin.⁷⁴

Diante da elucidação do caso concreto, passa-se às hipóteses propostas para buscar possíveis soluções ao referido problema.

3.1 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE PARA AS DUAS MULHERES (MÃE GESTANTE E MÃE NÃO GESTANTE)

Analisando os conceitos abordados, percebe-se a importância de trazer os argumentos favoráveis e os argumentos desfavoráveis à concessão da referida licença para as duas mães (gestante e não gestante).

De um lado, seria possível que as duas mulheres recebessem, tanto a mãe gestante quanto a mãe não gestante. Considerando os conceitos abordados sobre as entidades familiares, não restariam dúvidas de que as duas mulheres constituem uma entidade familiar. Nessa perspectiva, a mãe gestante receberia a licença-maternidade por força do artigo 7º, XVII, da Constituição Federal e do artigo 392 da CLT, bem como do artigo 71 da Lei nº 8.213/1991, os quais explicitam que a gestante tem direito à referida licença. Nota-se, ainda, que a licença-maternidade surgiu para as mães gestantes, assim, ela teria seu direito assegurado.

No caso da mãe não gestante, ela também seria mãe biológica, tendo em vista que houve a fecundação de seu óvulo. Apesar de a origem do direito à licença-maternidade encontrar razões nas circunstâncias pós-parto ou a recuperação física-psíquica da mãe, este direito também poderia ser concedido considerando o convívio familiar e o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida.⁷⁵

Ainda, o afastamento estendido à mãe não gestante do trabalho atenderia ao princípio do melhor interesse do menor elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1211446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

considerando que o convívio da criança com os pais ou mães, biológicos ou adotivos, seria essencial para sua criação. Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a mãe gestante e mãe não gestante (ADPF 132/RJ), o direito à licença maternidade deveria ser estendido à mãe não gestante, sob o fundamento de maximização de direitos fundamentais, tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar.⁷⁶

Apesar de o artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991 vedar a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a), não seria possível que este artigo fosse aplicado de modo literal às relações homoafetivas, sendo que poderia haver uma interpretação integrativa ao ordenamento jurídico considerando a isonomia material, aplicando ao caso a dignidade da pessoa humana, a proteção da família e a vedação a atos de discriminação de qualquer espécie, sendo todos estes princípios constitucionais. Tal interpretação garantiria à mulher, independentemente de sua orientação sexual, todos os seus direitos, sob pena de transformar o Estado Democrático de Direito um instrumento de exclusão.⁷⁷

Nota-se que a licença-maternidade seria instrumento de proteção ao núcleo familiar, pois trata-se de auxílio à criança e à mãe para formação de seus vínculos. Assim, aplicar tal proteção nas relações homoafetivas entre mulheres significaria conferir a ambas o direito à licença-maternidade. Esse duplo reconhecimento teria base na dignidade da pessoa humana, bem como na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie.⁷⁸

Assim, diante de uma relação homoafetiva entre duas mulheres em que ambas se identificam pelo gênero feminino, não seria possível mitigar o direito de se tornarem mães e, por consequência, de usufruir das garantias que a lei confere à mulher, sob pena de se ferir o princípio da dignidade humana e de haver a promoção de atos preconceituosos, vedado pelo ordenamento brasileiro.⁷⁹

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1211446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁷⁷ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁸ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁹ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

Interpretando-se a ADI nº 4.277, as diferenças entre as relações heterossexuais e homossexuais deveriam ter como parâmetro a igualdade material prevista na Constituição Federal. Contudo, vive-se em uma sociedade diversa, em que a aplicação da isonomia deveria ser interpretada de maneira integrativa a fim de igualar indivíduos desiguais e permitir a todos o exercício de seus direitos sem qualquer discriminação. Nesse viés, importante reconhecer que todas as mulheres são iguais perante a lei, bem como as entidades familiares homossexuais e heterossexuais. Em virtude disso, o direito à proteção à família e as garantias dele decorrentes poderiam ser exercidos por todas as mulheres/mães que se inserem em ambas as entidades familiares.⁸⁰

Ainda, para que a família homoafetiva tenha o mesmo valor social, deveria ser estendido às duas mulheres o direito de se reconhecerem como mães, sob pena de reconhecimento apenas parcial da entidade familiar formada por duas mulheres, desvirtuando o sentido de família e mitigando o direito de constituição de família permitido a elas na ADI nº 4.277.⁸¹

Nesse contexto, a vedação legal de o benefício ser concedido a mais de um segurado feriria os direitos de uma das mulheres homoafetivas de exercerem a maternidade de maneira ampla, mitigaria parcialmente a concepção de família garantida pela ADI nº 4.277, além de promover exclusão social. Assim, a garantia da isonomia às mulheres homoafetivas perpassaria pela perspectiva material, ou seja, desprezar-se-ia a literalidade da lei para integrar a norma aos preceitos constitucionais, exigindo-se do intérprete uma hermenêutica conforme a Carta Magna, de modo a garantir a igualdade material a todos os gêneros e sexos, de modo a alcançar a todos o direito e acesso à justiça no mundo prático.⁸²

Por outro lado, há argumentos que não considerariam possível que as duas mulheres recebessem a licença, com base nos artigos 7, XVIII, da CF e 392, da CLT, os quais deixam explícito que o direito à licença-maternidade seria resguardado apenas para as gestantes, ou seja, aquela que teria um feto sendo desenvolvido no útero, o que não seria o caso da mãe não gestante, assim, não seria possível que ela recebesse a referida licença. Por este motivo, o direito conferido por interpretação analógica deixaria de observar o princípio da legalidade prevista no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, não seria possível que as duas recebessem a

⁸⁰ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸¹ LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸² LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

licença-maternidade por força do artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que veda a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a).

Outro argumento contrário à concessão da licença-maternidade para as duas mulheres seria o de que assegurar dois benefícios de salário-maternidade seria um privilégio não assegurado ao relacionamento entre homem e mulher ou à família que adota uma criança, por exemplo. A regra previdenciária assegura o afastamento somente a um dos pais ou, no caso, a uma das mães. Assim, a concessão do salário-maternidade ao pai, ao adotante ou à mãe gestante tratar-se-ia de exceção em relação à natureza jurídica do benefício, que surgiu para assegurar à mãe gestante sua recuperação após o parto e as circunstâncias decorrentes dele. Em virtude disso, assegurar o benefício aos companheiros ou companheiras não gestantes seria admitido apenas na ausência de outro companheiro ou companheira que zele pelo convívio familiar do menor.⁸³

Nessa perspectiva, a concessão do benefício à mãe não gestante poderia existir caso a mãe gestante não pudesse cuidar da criança, deixando-a desprotegida. Se fosse concedida a licença-maternidade às duas mães, elas teriam o privilégio de desfrutarem deste período com o filho, situação desejada por todos os adotantes e pais, mas vedada pela sistemática adotada pela lei. Destaca-se que nenhum pai ou adotante tem direito ao salário-maternidade concomitantemente com o período em que o outro adotante ou a mãe está cuidando e zelando da criança, ainda que desempregados. A única autorização legislativa, expressa inclusive no caso do pai, seria que na ausência da mãe, o pai poderia receber o benefício.⁸⁴

No caso da mãe não gestante, deveria ser adotada a mesma sistemática, tendo em vista que a mãe gestante foi quem necessitou de semanas de recuperação, sendo que ela zelaria pelo filho durante esse tempo. Além disso, a mãe gestante foi quem produziu o leite materno e poderia assegurar a amamentação do filho e seu desenvolvimento saudável. Se o Estado permitisse a opção ao salário-maternidade em favor da mãe não gestante em detrimento da mãe gestante, estaria descumprindo a própria Constituição em relação à proteção da criança. Por este motivo, estando presente a mãe gestante no cuidado do filho, não se poderia conceder o

⁸³ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

benefício à mãe não gestante, sob pena de conferir a ela tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos ou ao pai.⁸⁵

Diante dos posicionamentos divergentes apresentados acerca da temática, interessante trazer também o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) sobre o caso em comento. Analisando a situação, a PGR destacou a dimensão plural do benefício, tratando-se de tutela da relação parental e da família como um todo, bem como salientou a impossibilidade de a licença-maternidade concorrer com eventual benefício idêntico dentro da mesma entidade familiar, além de refutar a afronta ao princípio da legalidade no caso.⁸⁶

Manifestou-se a PGR no sentido de que o benefício teria o objetivo de tutelar o vínculo formado entre mãe e filho e, com base na interpretação sistemática da Constituição, possuiria dimensão plural, de forma a proteger os direitos de todos os envolvidos na relação parental, sendo que a concessão do benefício deveria levar em consideração, principalmente, a proteção constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família. Deveriam ser sopesados os interesses de todos na relação parental (pais e criança), em uma interpretação que valorizasse a integração familiar, retirando da licença-maternidade seu caráter individualista, fundado na recuperação da mulher após o parto.⁸⁷

A PGR entendeu que o acórdão recorrido estaria em harmonia com os princípios da proteção à família e da primazia do vínculo afetivo e que, no caso de dupla maternidade e da impossibilidade de a mãe gestante usufruir da licença-maternidade, poderia ser concedido à mãe não gestante o gozo da licença, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo.⁸⁸

Além disso, o parecer da PGR apontou a importância de considerar também os princípios da igualdade e da legalidade, para que não se crie discriminações entre os diversos tipos de família. Assim, no atual contexto jurídico-constitucional, que deveria favorecer a interação familiar, deveriam ser considerados também os princípios do equilíbrio atuarial na

⁸⁵ FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

⁸⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

concessão dos benefícios previdenciários, da legalidade e da isonomia, sendo viável apenas a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar e vedada a concessão de dupla licença-maternidade.⁸⁹

O entendimento que se firmou no parecer foi o de que a concessão da licença-maternidade seria balizada pela proteção constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família, de modo que o fundamento para a concessão do benefício ultrapassaria os critérios biológicos e deveria promover os vínculos afetivos e a integração familiar.⁹⁰

Nesse sentido, entendeu-se pela não violação do princípio da legalidade pois a concessão do benefício à mãe não gestante estaria resguardada pelo estatuto constitucional da proteção à família. Apesar de tal proteção, somente seria possível a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar, sendo inviável a concessão de dupla licença-maternidade. Como explicitado, a mãe gestante atua profissionalmente como autônoma e não usufruiu da licença-maternidade, sendo, por isso, assegurada a outorga do benefício à mãe não gestante. Ao final do parecer, o Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário.⁹¹

3.2 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE APENAS PARA A MÃE GESTANTE

Como explicitado anteriormente, os argumentos que poderiam ser trazidos para que a licença-maternidade fosse concedida apenas para a mãe gestante vão no sentido de considerar a literalidade dos artigos 7º, XVIII, da CF e 392, da CLT, os quais deixam explícito que o direito à licença-maternidade seria resguardado apenas para as gestantes, ou seja, aquela que teria um feto sendo desenvolvido no útero, o que faz com que o direito não se estenda à mãe não gestante, não sendo possível que ela receba a referida licença.

Por este motivo, o direito conferido à mãe não gestante por interpretação analógica não observaria o princípio da legalidade prevista no artigo 37 da Constituição Federal. Além disso,

⁸⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

⁹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP**. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdencirio.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

não seria possível que as duas recebam a licença-maternidade por força do artigo 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que veda a concessão da licença-maternidade a mais de um(a) segurado(a).

Nesse sentido, tais argumentos considerariam a exegese do benefício como o ponto fundamental para sua concessão. Defender-se-ia que apenas a mãe gestante poderia receber a licença-maternidade pois o direito ao benefício surgiu para a recuperação física e psíquica da mãe que deu à luz, o que não é o caso da mãe não gestante. Este período também seria crucial para o recém-nascido tendo em vista que permitiria a amamentação, o desenvolvimento do recém-nascido, bem como a formação dos vínculos entre a mãe e o bebê.

Por essas circunstâncias, argumentar-se-ia que a mãe gestante deveria ter a prioridade no recebimento do benefício, em virtude de ser a responsável pelo zelo e desenvolvimento deste novo membro da família. Além disso, pela vedação legal de concessão do benefício a mais de um segurado, a mãe gestante deveria ser priorizada em detrimento da mãe não gestante justamente pelas circunstâncias físicas e psíquicas que ela vai passar, as quais a mãe não gestante não vai passar.

3.3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE APENAS PARA A MÃE NÃO GESTANTE

Igualmente explicitado em tópico anterior, tem-se entendimentos divergentes acerca da concessão do benefício para a mãe não gestante.

De um lado, apesar de a origem do direito à licença-maternidade se basear nas circunstâncias pós-parto ou a recuperação física-psíquica da mãe, este direito também poderia ser concedido considerando o convívio familiar e o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Ainda, o afastamento da mãe não gestante do trabalho atenderia ao princípio do melhor interesse do menor elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considerando que a integração familiar dos pais ou mães com o bebê seria essencial para sua criação.

No caso concreto, a mãe não gestante também é mãe biológica, tendo em vista que houve a fecundação de seu óvulo. Assim, seria possível a concessão do benefício apenas para a mãe não gestante, que também é mãe biológica e também possui papel fundamental no atendimento às necessidades do recém-nascido.

De outro lado, alegar-se-ia que, por vedação legal à dupla concessão da licença-maternidade, a concessão do benefício apenas para a mãe não gestante poderia existir somente no caso de a mãe gestante não conseguir zelar pela criança, deixando-a desprotegida.

Se houvesse a opção de salário-maternidade em favor da mãe não gestante em detrimento da mãe gestante, isso feriria a Constituição em relação à proteção da criança. Por este motivo, estando presente a mãe gestante no cuidado do filho, não se poderia conceder o benefício à mãe não gestante, sob pena de conferir a ela tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos ou ao pai, por exemplo.

Assim, no caso de impossibilidade de a mãe gestante usufruir da licença-maternidade ou de zelar pela criança, o benefício poderia ser concedido à mãe não gestante, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo.

Além disso, ressaltar-se-ia que é defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar e vedada a concessão de dupla licença-maternidade, sendo que seria viável apenas a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, como uma licença-maternidade e uma licença-paternidade. Por este motivo, no caso, como a mãe gestante é autônoma e não usufruiu da licença-maternidade por não ser filiada a qualquer regime de previdência, foi assegurada a concessão do benefício à mãe não gestante.

3.4 POSSIBILIDADE DE QUE AS DUAS MULHERES ESCOLHAM CONSENSUALMENTE QUAL DELAS RECEBE A LICENÇA-MATERNIDADE

Existe também a hipótese em que as duas mulheres poderiam decidir consensualmente qual delas receberia a licença-maternidade, sendo que a mãe gestante receberia o benefício por força dos artigos 7º, XVIII, CF e 392, da CLT. Já a mãe não gestante poderia receber em razão de tal direito ser concedido para possibilitar o convívio familiar e o cuidado com a criança, maximizando direitos fundamentais como a dignidade humana, a igualdade, a liberdade reprodutiva e o melhor interesse do menor.

Nesse sentido, existem projetos de lei (PLs) e também propostas de emenda constitucional (PECs) sobre a licença parental ou compartilhada, caso em que as duas poderiam ficar afastadas e estar com a criança, escolhendo o tempo de cada de uma de forma consensual.

A mais recente é a PEC nº 229/2019, que alteraria o inciso XVIII do artigo 7º da CF e revogaria o inciso XIX do artigo 7º da Constituição Federal e o §1º do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Ou seja, a licença-maternidade com duração de 120 dias seria substituída pela licença parental

compartilhada, com duração de 180 dias, aos genitores e àqueles que adotarem ou obtiverem a guarda judicial para fins de adoção, sem prejuízo do emprego e do salário.⁹²

Na justificação da proposta, apresenta-se um estudo feito pela ONG Save the Children, em 2015, o qual constatou que os países considerados como os melhores para ser mãe possuem em suas legislações sistemas de licença-maternidade e de licença-paternidade mais flexíveis, em que se permite responsabilidades mais compartilhadas entre os genitores. Noruega, Finlândia, Islândia, Dinamarca e Suécia ocupam as primeiras cinco posições.⁹³

Nesse sentido, vários países estão substituindo a licença-maternidade pela licença parental compartilhada, em que os pais decidem quem fica com o filho e durante quanto tempo cada um fica com o infante, permitindo a igualdade na continuação das carreiras profissionais e maior convivência de ambos com a criança. Além disso, o sistema de licença parental compartilhada proporciona um desenvolvimento maior da autoestima e autocontrole dos filhos, tornando-os crianças e adultos menos impulsivos, com menor probabilidade de sofrer depressão, e com comportamento social adequado.⁹⁴

Considerando que, no caso em comento, as duas mães são biológicas, e que a PEC nº 229/2019 dispõe que os genitores teriam 180 dias à disposição, a PEC se aplicaria às duas mulheres, sendo que seria permitido que elas escolhessem consensualmente o tempo de cada uma com o bebê.

Assim, a licença parental compartilhada poderia ser uma hipótese para a resolução do problema enfrentado no RE nº 1211446, bem como importante instrumento para um tempo de convivência mais equilibrado entre todos os envolvidos, sendo que cada família escolhe o que for mais conveniente para si.

Por outro lado, apesar das diversas propostas neste sentido em trâmite no Congresso Nacional, ainda não há no Brasil a regulamentação da licença parental ou de um período de

⁹² BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁹³ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

⁹⁴ BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

licença unificado para os responsáveis pela criança. Em virtude disso, pode-se defender que não é possível que as duas mulheres escolham consensualmente qual delas fica com a licença-maternidade e por quanto tempo, pois na legislação ainda não existe a possibilidade desse tipo de disponibilidade nas licenças parentais (maternidade e paternidade).

Outro argumento que poderia ser trazido seria o fato de que já existe no ordenamento a possibilidade de escolha consensual do benefício entre os casais homoafetivos nos casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, previsto no artigo 392-A, §5º, da CLT. Restaria entender qual a consistência do critério de distinção entre a hipótese de adoção e o caso em estudo.

Nesse cenário, as famílias formadas por intermédio da adoção ou formadas por meio da inseminação artificial em nada se difeririam, considerando que se tratariam de entidades familiares, as quais deveriam ser respeitadas e tuteladas pelos princípios da afetividade, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, a pluralidade das novas configurações familiares é crescente em nossa sociedade, devendo o Direito resguardar as escolhas pessoais de constituição de família, diante da reconfiguração da conjugalidade e da parentalidade nesse contexto.

Invocando-se o artigo 392-A, §5º, da CLT, seria possível desprezar a literalidade deste dispositivo para integrar a norma aos preceitos constitucionais, em virtude da indiferença entre a inseminação e a adoção, que são apenas duas formas de constituição de família diferentes, mas são tuteladas da mesma maneira, pela proteção especial à família do artigo 226 da Constituição Federal.

Assim, se é possível a escolha de quem fica com o benefício na hipótese de adoção, não se justifica que não haja escolha na hipótese de duas mulheres em união homoafetiva que recorreram à inseminação artificial, de modo a garantir a todos o direito e acesso à justiça e a igualdade material.

Apesar de a hipótese de inseminação artificial ainda não se configurar como evento gerador do salário-maternidade e não ser critério de concessão para a licença-maternidade, deveria ser considerada como tal, mesmo que não expresse na lei, pois os princípios constitucionais autorizariam a concessão do benefício por hipótese de inseminação, sendo esta uma forma de constituição de família também tutelada e protegida pela Constituição. Por isso, seria possível que as duas mulheres escolhessem consensualmente qual delas ficaria com a licença.

Outro argumento que poderia ser trazido para defender que as duas mulheres escolham consensualmente quem receberia a licença-maternidade seria o de que deveria ser considerado

o fato de que o custeio da previdência social é realizado de forma idêntica por homens e mulheres. Além disso, a previdência social não opera em função do sexo dos beneficiários, mas tem a finalidade de protegê-los contra as necessidades sociais causadas pelos riscos sociais. Tomada a premissa de que a previdência tem natureza securitária, de formação de um fundo para necessidades futuras dos segurados, conforme plano de benefícios prevista na Lei nº 8.213/1991, poder-se-ia concluir que o benefício do salário-maternidade é custeado de forma idêntica por homens e mulheres.

Nesse sentido, o salário-maternidade seria um benefício comum familiar, já que os homens custeiam o benefício, mas não se beneficiam dele pessoalmente, mas indiretamente, quando tem sua família beneficiária. Conforme as ideias apresentadas, a escolha de conceder o benefício apenas para a mulher representaria mais uma decisão de política pública do que uma imposição contábil do modelo de previdência. Desse modo, não haveria empecilho algum em deixar que as duas mulheres escolhessem consensualmente quem receberia a licença-maternidade, pois aquele benefício auxiliaria toda a família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que a licença maternidade surgiu como forma de proteger a maternidade, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. Contudo, as configurações familiares foram mudando, com isso, os critérios de concessão da licença-maternidade tiveram de ser interpretados de maneira extensiva, a fim de considerar e reconhecer essas novas famílias. É nesse contexto que se insere o RE nº 1.211.446/SP.

Nessa perspectiva, faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares e considere como entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem na afetividade, independentemente de sua conformação. Assim, o Direito deve resguardar as escolhas pessoais de constituição de família, não podendo selecionar as formas dignas de proteção, pois a proteção da família significa a plena dignidade da pessoa humana.

A partir da análise dos critérios de concessão da licença-maternidade, nota-se que as beneficiárias do salário-maternidade são as seguradas de todas as espécies, os segurados do sexo masculino em casos de adoção ou em caso de falecimento da segurada ou segurado que faria jus ao recebimento do salário-maternidade originariamente, o que demonstra grande inclusão. Todavia, o evento gerador do salário-maternidade continua sendo apenas o parto, o aborto espontâneo e a adoção, que não são as únicas formas de constituição de família,

excluindo e marginalizando outras configurações familiares, como as inseminações ou as “barrigas de aluguel”.

Em relação ao RE nº 1.211.446/SP, foram trazidas quatro hipóteses que poderiam auxiliar na solução do caso. A mais adequada para o caso é a última hipótese, que discute a possibilidade de que as duas mulheres (mãe gestante e mãe não gestante) possam escolher consensualmente qual delas recebe a licença-maternidade.

Esta hipótese se demonstra a mais harmônica porque, por intermédio dela, as duas mulheres podem escolher o que for mais conveniente para a família, permitindo a continuação das carreiras profissionais e maior convivência de ambas com a criança, sendo que essa possibilidade abriria um precedente que pode auxiliar na promoção da licença parental compartilhada no Brasil.

Além disso, é a hipótese mais conveniente porque já existe no ordenamento a possibilidade de escolha consensual do benefício entre os casais homoafetivos nos casos de adoção, previsto no artigo 392-A, §5º, da CLT. Os casais homoafetivos que adotam ou que recorrem à inseminação artificial em nada se diferem, visto que são entidades familiares, que devem ser respeitadas e tuteladas pelo Direito. Assim, é possível desprezar a literalidade do referido artigo para integrar a norma aos preceitos constitucionais.

Ainda, esta hipótese se demonstra a mais adequada porque a licença-maternidade é um benefício custeado de maneira igual por todos os segurados, mesmo os que não se beneficiam dela diretamente. Porém, todos se beneficiam dela mesmo que indiretamente quando tem sua família beneficiária. Percebe-se que a escolha de conceder o benefício apenas para a mulher é mais uma decisão de política pública do que uma imposição contábil do modelo de previdência. Desse modo, não há empecilho em deixar que as duas mulheres escolham consensualmente quem recebe a licença-maternidade, pois o benefício auxiliaria toda a família.

Entende-se esta última hipótese como a que mais se encaixa à realidade das duas mulheres (mãe gestante e mãe não-gestante), porém, é importante também acompanhar o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do caso, no intuito de saber como a Corte vai entender a questão e qual entendimento vai prevalecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas 1/1992 a 107/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 16.300 de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16300.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20A%20Previd%C3%AAncia%20Social,daqueles%20de%20quem%20dependiam%20economica mente. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social. **Salário-maternidade.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/salario-maternidade/>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação no RE nº 1211446/SP.** Brasília, 2020. Disponível em:

http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE1211446_Previdenciario.pdf/view. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 229/2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056601&ts=1594008770658&disposition=inline>. Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.211.446, Tribunal Pleno. Recorrente: Município de São Bernardo do Campo. Recorrida: Tatiana Maria Pereira Fernandes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341717987&ext=.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF discutirá extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429497&caixaBusca=N>. Acesso em: 8 set. 2020.

BRITO, C. **Licença-maternidade e licença-paternidade: elementos de igualdade ou diferença de gênero?** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 64. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20203/6/LicencaMaternidadeLicensa.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Direito previdenciário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a#:~:text=Direito%20%C3%A0%20diferen%C3%A7a.,RESUMO%3A&text=A%20aus%C3%Aancia%20de%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20imp%C3%B5e,ser%20reconhecido%20como%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>. Acesso em 15 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Família cidadã. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2002. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/67/Fam%C3%ADlia+cidad%C3%A3>. Acesso em: 07 set. 2020.

FIGUEIREDO, Douglas Tanus Amari Farias de. Salário-maternidade para a mãe não gestante de casal homoafetivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5415, abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65731/salario-maternidade-para-a-mae-nao-gestante-de-casal-homoafetivo>. Acesso em: 15 out. 2020.

LEITE, Kaleen Sousa; POZZETTI, Valmir César. Licença-maternidade nas relações homoafetivas: um olhar sob o princípio da isonomia material. **Revista Percurso**, Curitiba, v. 1, n. 28, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3444>. Acesso em: 29 set. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do numerusclausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas%3A+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Nota 4 – proteção da maternidade**. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229653/lang-pt/index.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 10 set. 2020.

PRONI, T. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 108. 2012. Disponível em: <http://www.tesesusp.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze; SALIBA, Graciane Rafisa. (Re)pensando a finalidade e efetividade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 45, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/42941>. Acesso em: 15 de abr. 2020.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. Licença-maternidade na união homoafetiva diante de uma abordagem contemporânea da família brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3943, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27647/licenca-maternidade-na-uniao-homoafetiva-diante-de-uma-abordagem-contemporanea-da-familia-brasileira>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SPELLMANN, Samuel. A luta pelo direito do cuidado de outrem: a evolução histórica da licença-maternidade e a expansão da licença-paternidade no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 22, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.direitosbc.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A GUERRA FISCAL ENTRE O ICMS E O ISS EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DE *STREAMING* E *SOFTWARE*: UM ESTUDO ACERCA DA REFORMA TRIBUTÁRIA PREVISTA NA PEC 45

Rafaela Gonçalves dos Santos

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo principal a análise da PEC 45, bem como a tributação acerca do ICMS e do ISS em relação aos licenciamentos de *softwares* e contratos de *streaming* da economia digital. Para tanto, foi realizado um estudo acerca das legislações e decisões do STF sobre a guerra fiscal que enfrentamos atualmente na tributação da economia digital. Ao final, um compilado sobre os principais pontos da PEC 45, com o fulcro em compreender a reforma tributária como hipótese de solução para guerra fiscal envolvendo o ICMS e o ISS relativo aos licenciamentos de *softwares* e contratos de *streaming* da economia digital. Neste trabalho utilizou-se o método dedutivo, com revisão bibliográfica e foco na reforma tributária prevista na PEC 45, conferindo-se relevância as várias nuances que a temática proporciona.

Palavras-chave: Reforma Tributária; Economia Digital; Tributação; PEC 45.

THE TAX WAR BETWEEN ICMS AND ISS IN RELATION TO STREAMING AND SOFTWARE CONTRACTS: A STUDY ABOUT THE TAX REFORM PROVIDED IN PCA 45

ABSTRACT: The main purpose of this paper is the analysis of PEC 45, as well as the taxation on ICMS and ISS in relation to software licensing and streaming contracts in the digital economy. To this end, a study was carried out on the laws and decisions of the STF on the fiscal war that we currently face in the taxation of the digital economy. At the end, a compilation on the main points of PCA 45, with the focus on understanding tax reform as a hypothesis for a solution to tax war involving the ICMS and ISS related to software licensing and streaming contracts in the digital economy. In this work the deductive method was used, with bibliographic review and focus on the tax reform provided in PCA 45, giving relevance to the various nuances that the theme provides.

Keywords: Tax reform; Digital Economy; Taxation; PCA 45.

INTRODUÇÃO

O sistema tributário brasileiro é um dos mais caros que existe e também um sistema muito complexo. Com mais de 363 mil normas em matéria tributária editadas desde a Constituição Federal de 88, é visto como um sistema arcaico, burocrático e ineficiente. De 88

para cá, foram criados, por exemplo, tributos como a CPMF, Confins, Cide, CSLL, PIS Importação, entre outros. Essa complexidade dificulta o desenvolvimento e atividades de empresas tanto nacionais quanto investimentos internacionais, além de dificultar o exercício das obrigações tributárias pelo próprio contribuinte pessoa física.

Em contraponto a essa ancestralidade do nosso sistema tributário, temos o fenômeno da economia digital, que hoje está entrelaçada com a economia tradicional, dificultando um delineamento claro e objetivo de onde começa uma e termina a outra. *Softwares*, *streaming*, impressoras 3D, inteligências artificiais, criptomoedas, *fintechs* entre outros. As inovações tecnológicas passam a oferecer oportunidades valiosas para as empresas reinventarem seus modelos de negócio em meio aos avanços digitais, o que é inevitável e acontece em ritmo acelerado. Dessa forma, em muitos casos, o texto da tributação atual não consegue se adequar à essas novas tecnologias, gerando insegurança jurídica, guerras fiscais, bitribuições e necessidade de criar cada vez mais legislações complementares com um intuito de se adequar o velho ao novo.

Então, em meio de tantos outros problemas tributários que encontramos hoje no Brasil, especialmente em relação aos tributos sobre bens e serviços (PIS, COFINS, IPI, ICMS e ISS), que possuem regras próprias e requerem conhecimento específico sobre as características de cada um deles, temos a PEC 45, em tramitação hoje na Câmara dos Deputados, que propõe simplificar essas questões.

Nesse contexto, o presente trabalho busca compreender se a reforma tributária prevista na PEC 45 seria uma hipótese de solução ou não para o fim da guerra fiscal que presenciamos na economia digital, especialmente em relação aos contratos de *streaming* e *softwares*.

Dessa forma, a hipótese de pesquisa é que, em relação à guerra fiscal que presenciamos em questões relativas ao ICMS e ISS na economia digital, haverá uma diminuição e/ou finalização dessas questões se for aprovada a Proposta de Emenda Constitucional número 45.

O primeiro capítulo deste trabalho revisitará a doutrina sobre conceitos gerais do que é tributo, do que é economia digital, uma visão geral dos principais tributos que se aplicam à economia digital, que é o ICMS, o ISS e alguns números sobre os contratos de *streaming* e licenciamentos de *softwares* hoje no Brasil.

O segundo capítulo objetivará compreender a guerra fiscal, em espécie, entre ICMS

x ISS nos licenciamentos de *softwares* e contratos de *streaming*, trazendo as principais e mais atuais legislação e jurisprudência do STF sobre o assunto abordado, além que mencionar algumas dificuldades que o contribuinte passa em decorrência de se aplicar uma legislação obsoleta para uma economia nova que não foi abarcada na lei.

Por fim, o terceiro capítulo terá por escopo uma explicação sobre os principais pontos da Proposta de Emenda à Constituição número 45, sua tramitação e quais dispositivos previstos na letra da lei que servirá especificamente para o problema de guerra fiscal já dantes mencionado.

1 PANORAMA ATUAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO DA ECONOMIA DIGITAL

O estudo aprofundado dos tributos é algo altamente necessário no atual cenário brasileiro, principalmente pelo delicado momento de propostas de reformas legislativas que estamos passando. Segundo Geraldo Ataliba, “tributo é um conceito primário e fundamental, tendo a função de categoria de pensamento que aglutina todos os demais institutos do Direito Tributário”.¹ Já Érico Hack nos diz que tributo “é uma prestação obrigatória em dinheiro paga ao Estado e que tem a destinação principal de prover recursos para sua manutenção e para a realização de suas atividades.”² Imprescindível é, também, trazermos a definição de tributo que encontramos no artigo 3º do Código Tributário Nacional, onde lemos que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.³

Tributo é gênero e comporta cinco espécies, de acordo com entendimento da doutrina, e são eles: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e

¹ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.35.

² HACK, Érico. **Direito Tributário**. 2º ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2008, p.12.

³ BRASIL. Lei nº 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. Brasília, DF, 25 out. 1966. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm> Acesso em: set. 2020.

contribuições.⁴ Dentre os principais tributos no Brasil, podemos citar o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), o ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza), o PIS (Programas de Integração Social), a COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), o IR (Imposto de Renda), a Contribuição Social sobre o Lucro e as Contribuições sobre a folha de pagamento. A nossa tributação atual que recai sobre o consumo é composta especialmente por três impostos: IPI (Imposto sobre Produto Industrializado), ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) e o ISS (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza).

No Brasil, podemos classificar os tributos de várias maneiras. Alexandre Mazza nos ensina, em seu livro, que podemos classificar os tributos quanto à função, à competência, à vinculação, quanto ao objeto, ao tipo de incidência, à cumulatividade, à natureza, seletividade, progressividade, quanto à natureza jurídica e quanto ao impacto financeiro.⁵ Para os fins deste artigo, o que nos importa é somente a classificação quanto ao impacto financeiro, que nos diz que os tributos podem ser divididos em tributação direta e indireta.

Tributação direta é a taxação aplicada diretamente sobre a renda, patrimônio ou consumo. Como exemplo, podemos citar o Imposto de Renda, contribuição previdenciária sobre o salário, o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores). Já a tributação indireta é aquela cujo valor, embutido no preço final do produto, é repassado ao consumidor. Conforme Alexandre Mazza, os tributos diretos “são pagos por uma pessoa (contribuinte de direito) mas seu valor é embutido no custo do produto de modo a repercutir financeiramente no patrimônio de um terceiro (contribuinte de fato)”.⁶ Por exemplo, o lojista paga um tributo chamado ICMS, mas esse valor é repassado para o consumidor final, o que comprou o produto. Pode-se dizer, então, que é o consumidor final que de fato suporta a carga tributária. O IPI e o ISS também são classificados como impostos indiretos.

O sistema tributário brasileiro atual, tal qual podemos constatar em diversos estudos

⁴ MIRANDA, Felipe Tavares. **O Tributo e Suas Espécies**. Jus Navigandi, abr 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38158/o-tributo-e-suas-especies>> Acesso em: out. 2020.

⁵ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 151.

⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 151.

da área, vem encontrando grande dificuldade em se adaptar ao paradigma da economia digital. Como um fato que não podemos ignorar, a alta velocidade do progresso tecnológico é uma característica dos últimos anos e um fenômeno que vemos diariamente. Esse progresso tecnológico trouxe novos desafios aos Estados e aos contribuintes. Atualmente há diversas modalidades de *softwares*, internet das coisas, plataformas de economia compartilhada, jogos *online*, *e-commerce*, *market place*, *cloud computing*, *streaming*, *bitcoins* e outros negócios que desafiam as nossas leis tributárias atuais.⁷

A Economia digital usa, em sua base, tecnologias de computação digital, e também podemos achar referências a ela como Economia da Internet, Nova Economia ou Economia da Web. Hoje, já podemos dizer que a economia digital já está entrelaçada com a economia tradicional, o que traz uma dificuldade em delinear claramente onde começa uma e termina a outra. Não é à toa que o nosso mercado tradicional está a cada dia mais se modernizando e implementando serviços digitais em suas bases o tanto quanto possível. Como exemplo, podemos citar “o setor bancário com as *fintechs*, o *agribusiness* muito intensivo em IOT, o setor automotivo com seus carros autônomos, a educação com suas plataformas *online* e até a indústria de base com suas linhas de fábrica inteligentes.”⁸ O fenômeno da substituição do trabalho, que antes era realizado pelas pessoas, por essas tecnologias já em uma realidade que temos que lidar, e as consequências de tais fatos é objeto de estudo de grandes especialistas e instituições em preparação para o futuro.

Segundo a OCDE, citado por José Roberto Afonso, ao menos quatro características definem o que se convencionou chamar de economia digital: acentuada dependência de intangíveis; o uso maciço de dados especialmente os de caráter pessoal dos usuários e consumidores; a frequente adoção de modelos de negócios multilaterais; e a dificuldade de determinar a jurisdição na qual a criação de valor ocorre, notadamente em razão da marcante mobilidade dos ativos e estabelecimentos.⁹

⁷ OKUMA, Alessandra de Souza. **Breve panorama da tributação da economia digital**. Consultor Jurídico, fev 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-16/alessandra-okuma-breve-panorama-tributacao-economia-digital>> Acesso em: out. 2020.

⁸ FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NÓBREGA, Marcos. **A tributação na economia digital**. Jota, set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-tributacao-na-economia-digital-19092019> Acesso em: out. 2020.

⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros; RODRIGUES AFONSO, José Roberto; FUCK, Luciano Felício. **A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 145-167, set. 2019. ISSN 2238-0604. Apud OECD. **Organisation for Economic co-operation and Development. Addressing the Tax challenges of the Digital**

Um dos problemas que tem sido importante foco de discussões aqui no Brasil em relação à economia digital é exatamente o fato de se saber se os serviços prestados por empresas de tecnologia estão sujeitos à tributação pelo ICMS ou ISS. Essa dita guerra fiscal entre ICMS e ISS traz desarmonia entre os entes federados e até perda de receita decorrente de falhas na legislação e uso de um sistema obsoleto e rígido que não mais acompanha o desenvolvimento da economia tal como presenciamos hoje, o que demanda um sistema claro e passível de incidir sobre todas as novas tecnologias. Ademais, essa discussão sobre incidir ICMS ou ISS “é uma discussão que não existe na maioria dos outros países, pois eles normalmente cobram um único imposto sobre vendas ou imposto sobre valor agregado (IVA)”.¹⁰ Tributos brasileiros como PIS, CONFINS, IPI, ICMS e ISS desempenham um papel semelhante ao IVA¹¹, e mais a frente nesse artigo falaremos sobre a possibilidade que encontramos na proposta de reforma tributária de unificar esses tributos e torná-los um só.

Podemos dizer que tais problemas em decidir se incide ICMS ou ISS nos serviços digitais se dá em decorrência de um Código Tributário Nacional totalmente obsoleto e rígido, conforme é o nosso, criado nos anos 60 e com um anteprojeto elaborado nos anos 50.

O nosso Código Tributário Nacional surgiu com a Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 como decorrência da reforma iniciada pela Emenda Constitucional nº 18 de 1º de dezembro de 1965, que instituiu o Sistema Tributário Nacional.¹² Esse texto, por ser muito antigo, não aborda questões atuais da economia digital, necessitando de uma reforma também no âmbito infraconstitucional. Segundo a ministra do STJ, Regina Helena Costa:

Alguns ajustes poderiam ser feitos em nível infraconstitucional [por meio de leis ordinárias e complementares]. E se for mudar estruturalmente o sistema, também não se pode achar que a mudança constitucional vai resolver tudo.

Economy, Action1-2015 Final Report, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em:

<<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3356>> Acesso em: nov. 2020.

¹⁰ UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços.** ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

¹¹ IVA é a sigla de Imposto sobre Valor Agregado. As características básicas do IVA estão delineadas na Primeira Diretriz emitida pelo Conselho da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e podem ser resumidas da seguinte forma: imposto sobre consumo de bens e serviços, multifásico, não cumulativo, cuja base de cálculo é o respectivo preço dos bens e serviços. Mais informações disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/293/edicao-1/valor-agregado>>

¹² Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/historico/80anosir/Textos/1966/3.htm?InFram#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Tribut%C3%A1rio%20Nacional%20surgiu,instituiu%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Nacional>> Acesso em: nov. 2020.

Há problemas que estão nas leis.¹³

1.1 A REALIDADE DE *SOFTWARES* E *STREAMING* NO BRASIL

Importante é o estudo, a indagação e a reflexão sobre a questão da tributação na economia digital no Brasil porque seus números são bem significativos e sabemos que a tendência é só aumentar exponencialmente. Como estamos nos modernizando e fazendo a cada dia mais uso de tecnologias, os *softwares*, por exemplo, estão intrínsecos no nosso dia-a-dia. Podemos dizer que *software* é todo programa rodado em um computador, celular, *smart-TV*, *videogame* ou qualquer outro dispositivo que permita ao mesmo executar suas funções.¹⁴ E alguém consegue, hoje, imaginar alguma realidade em que o uso de celulares e computadores não faça parte? Segundo pesquisa realizada pela Google em, parceria com a consultoria global Bain & Company, 9 em cada 10 brasileiros usam celular Android.¹⁵

Além disso, segundo estudo publicado pela Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES, houve, em 2019, um crescimento de 10,5% do setor, com uma movimentação de R\$ 161,7 bilhões, se considerados os mercados de software, serviços, hardware e também as exportações do segmento. Nesse estudo, chamado “Mercado Brasileiro de Software – Panorama e Tendências 2020”, vemos que “o crescimento brasileiro foi maior que a média mundial, pois o estudo aponta que o setor de TI cresceu 5% no mundo em 2019. O Brasil representa 1,8% do mercado mundial de TI e 40,7% do mercado da América Latina.”¹⁶

Em relação às plataformas de *streaming*, o Brasil acumula 37 milhões de assinaturas entre a *Globoplay* e *Netflix*, segundo pesquisa de mercado encabeçada pela Fundação Getúlio Vargas, *Research and Markets* e Conviva.¹⁷ Segundo pesquisa realizada por Toluna¹⁸, nove em

¹³ COSTA, Regina Helena. **Nenhuma proposta de reforma se preocupa com justiça tributária**. Jota, ago. 2019. Disponível em: <<https://mauronegruni.com.br/2019/08/24/regina-helena-costa-nenhuma-proposta-de-reforma-se-preocupa-com-justica-tributaria/>> Acesso em: out. 2020.

¹⁴ GOGONI, Ronaldo. **O que é software?** Tecnoblog, c2020. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/311647/o-que-e-software/>> Acesso em: out. 2018.

¹⁵ CARDOSO, Beatriz. **9 em cada 10 brasileiros usam celular Android, diz relatório do Google**. TechTudo, nov. 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/09/9-em-cada-10-brasileiros-usam-celular-android-diz-relatorio-do-google.ghml>> Acesso em: nov. 2020.

¹⁶ **SETOR cresce no Brasil 10,5% em 2019**. ABES, c2020. Disponível em: <<https://abessoftware.com.br/dados-do-setor/>> Acesso em: nov.2020.

¹⁷ SOUZA, Ramon de. **Globoplay já tem 20 milhões de usuários e é líder nacional de streaming**. Canaltech, out. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/entretenimento/globoplay-ja-tem-20-milhoes-de-usuarios-e-e-lider-nacional-de-streaming-172792/>> Acesso em nov.2020.

¹⁸ Toluna é uma plataforma de pesquisas online, mais informações disponível em : <<https://br.toluna.com/About>>

cada dez pessoas usam serviços de *streaming* no Brasil. Foram entrevistadas 826 pessoas e mostra que 93% dos entrevistados acessam alguma dessas plataformas ou serviços de conteúdo em vídeo pela internet.¹⁹

Chega a ser contraditório o fato de o Brasil já ser o 3º país do mundo em que pessoas passam mais tempo em aplicativos²⁰ e ainda termos uma legislação tão ultrapassada no que se refere a tributação da economia digital.

1.2 BREVE INTRODUÇÃO SOBRE ICMS E ISS

O ICMS (Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) é de competência dos Estados e do Distrito Federal e um dos impostos mais complexos do sistema tributário brasileiro. Dentre as legislações que regulam a incidência do ICMS, podemos citar a Constituição Federal no artigo 155, inciso II e nos parágrafos 2º a 5º, as Resoluções do Senado que estabelecem alíquotas máximas e mínimas para determinadas situações, a intermediação de lei complementar que uniformiza diversos pontos do seu regime jurídico (artigo 155, § 2º, XII, da CF, LC n. 87/96) e os convênios entre os estados (Convênios Confaz) que especificam os benefícios fiscais que podem ser concedidos. O fato gerador do ICMS é a circulação de mercadoria ou prestação de serviços interestadual ou intermunicipal de transporte e de comunicação, ainda que iniciados no exterior.

As regras de tributação de bens digitais pelo ICMS estão dispostas em apenas sete cláusulas, no Convênio ICMS 106/2017, sendo que a primeira somente circunscreve o âmbito de aplicação do Convênio: estão sujeitas às suas determinações “as operações com bens e mercadorias digitais [...], comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados”²¹.

¹⁹ **NOVE em cada dez pessoas usam serviços de streaming no Brasil, segundo pesquisa.** Isto é Dinheiro, jul.2019. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/nove-em-cada-dez-pessoas-usam-servicos-de-streaming-no-brasil-segundo-pesquisa/>> Acesso em: out. 2020.

²⁰ **BRASIL é o 3º país do mundo em que pessoas passam mais tempo em aplicativos.** Canaltech, jan. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/apps/brasil-e-o-3o-pais-do-mundo-em-que-pessoas-passam-mais-tempo-em-aplicativos-159152/>> Acesso em: out. 2020.

²¹ BRASIL. Convênio ICMS n. 106/2017. Cláusula primeira. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao

Sobre a tributação de bens digitais pelo ICMS, é relevante mencionar que, segundo Tathiane Piscitelli,

pelo fato de a LC n. 116/2003 ter estabelecido que as licenças de uso de *software* seriam tributadas via ISS, resultou na delimitação da competência dos municípios para fazê-lo, em prejuízo do ICMS. Isso porque, o artigo. 146, inciso I, da Constituição determina que os conflitos de competência entre os entes da Federação serão solucionados por lei complementar. Ora, havendo dúvidas sobre a correta incidência tributária no caso de *software*, o legislador complementar optou por atribuir aos municípios o poder de tributar contratos de licença de uso, independentemente de qualquer ressalva quanto à padronização ou personalização sobre os programas.²²

De outro lado, os estados, para se valerem da possibilidade de tributar, editaram um Convênio estabelecendo os contornos da incidência do ICMS na hipótese de transações com *softwares* padronizados. Esse instrumento legislativo, contudo, não tem o condão de superar as determinações da LC n. 116/2003. Ademais, sua aplicação materializa a hipótese de bitributação e invasão de competência própria dos municípios.²³

Já o ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza) é de competência dos municípios e está previsto no artigo 156, III, da Constituição Federal e na Lei Complementar 116/2003 (alterada pela Lei Complementar 157/2016). Ou seja, o fato gerador do ISS é uma prestação de serviço, com regras gerais subordinadas a Lei Complementar 116/2003 e a Lei 11.438/1997 ainda que esses não se constituam prestador. A base de cálculo será o valor bruto do preço do serviço e, como é a cidade que o aplica, cabe a ela escolher a alíquota a ser adotada, por isso é fundamental que se conheça as leis municipais do local em que se irá pagar o ISS. Conforme entendimento de Alexandre Mazza sobre o assunto, o Imposto Sobre Serviços é “imposto cobrado com finalidade essencialmente arrecadatória, daí a doutrina considerá-lo como um tributo de função fiscal instituído somente para obtenção de receitas

consumidor final. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 dez. 2017. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17#:~:text=Disciplina%20os%20procedimentos%20de%20cobran%C3%A7a,sa%C3%ADda%20destinada%20ao%20consumidor%20final.&text=Publicado%20no%20DOU%20de%2005.10,%2C%20pelo%20Despacho%20139%2F17>. Acesso em: nov. 2020.

²² PISCITELLI, Tathiane. Tributação indireta da economia digital: o Brasil está pronto para aderir às orientações da OCDE? **Revista Direito Tributário Atual**, 43-2019. Disponível em: <<https://ibdt.org.br/RDTA/43-2019/tributacao-indireta-da-economia-digital-o-brasil-esta-pronto-para-aderir-as-orientacoes-da-ocde/>> Acesso em: nov. 2020.

²³ UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços**. ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

aos cofres públicos municipais e distritais”.²⁴

As regras gerais relativas ao ISS, previstas na LC n. 116/2003, são as aplicáveis a tal realidade da economia digital. Abaixo podemos ver na letra dessa lei quais serviços de tecnologia são tributados pelos municípios:

1 – Serviços de informática e congêneres.

1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas.

1.02 – Programação.

1.03 – Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres.

1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.

1.06 – Assessoria e consultoria em informática.

1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.

1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).²⁵

²⁴ UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços**. ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

²⁵ BRASIL. Convênio ICMS n. 106/2017. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Brasília, 29 set. 2017. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 out. 2017. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17#:~:text=Disciplina%20os%20procedimentos%20de%20cobran%C3%A7a,sa%C3%ADda%20destinada%20ao%20consumidor%20final.&text=Publicado%20no%20DOU%20de%2005.10.%2C%20pelo%20Despacho%20139%2F17>. Acesso em: nov. 2020.

Na economia digital, nesse novo e espaçoso mercado da tecnologia, podemos classificar as atividades da empresa, que podem ser fornecimento de serviços de comunicação, fornecimento de mercadorias digitais/intangíveis ou prestação de outros serviços. Nos dois primeiros casos, os governos estaduais poderiam impor o ICMS. Por outro lado, no terceiro caso, poderia haver a incidência do ISS.²⁶

As disputas federativas que atualmente cercam o debate sobre a tributação da economia digital são causa de profunda insegurança jurídica e consequente bitributação interna. Desse modo, fica claro que a divisão efetuada pelo legislador complementar foi no sentido de atribuir para cada obrigação a regra do tudo ou nada. Ou bem estamos diante de um fornecimento de uma mercadoria sujeito ao ICMS, ou de uma prestação de serviço sujeita ao ISS,²⁷ o que não é o cenário ideal quando falamos sobre serviços digitais, pois podemos ter tecnologias que se enquadram muito bem nos dois conceitos de mercadoria e serviços assim como já temos debates sobre tecnologias que não se enquadram em nenhum dos conceitos. Nesse sentido, temos o entendimento de Luiz Guilherme Ferreira e Marcos Nóbrega, que nos dizem que há

a necessidade de um sistema baseado na tributação sobre o valor agregado, com alíquota única e no destino, de forma a neutralizar a atual necessidade de tipificação de ofertas e separação de competências em razão dos segmentos da economia (comércio, indústria e serviços).²⁸

Dito isso, e compartilhando da visão dos autores acima citados, a problemática mostrada só contribui com a necessidade de se fazer uma legislação que englobe toda a economia digital, que muda e evolui tão constantemente, e deixe de lado a regra do tudo ou nada, visto que a economia digital tem um caráter intangível e que as categorias constitucionais de hoje não refletem a realidade vivenciada com as tecnologias em ascensão.

²⁶UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços**. ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

²⁷ FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na economia digital e o conflito de competência. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 104.

²⁸ Ibid., p. 120.

2 A GUERRA FISCAL ENTRE ICMS X ISS NA ECONOMIA DIGITAL

Nesse capítulo falarei especificamente sobre a guerra fiscal entre ICMS X ISS na economia digital, principalmente no que se refere à incidência desses tributos nos licenciamentos de *software* e nos contratos de *streaming*. Importante ressaltar que o problema aqui destacado se repete também em vários outros âmbitos da economia digital, por exemplo, em relação às impressoras 3D. Produtos resultantes de impressão em 3D estão sujeitos à cobrança de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) no momento em que saem do estabelecimento industrial, segundo entendimento da Solução de Consulta 97 da Receita Federal. Já de acordo com o artigos 1º e 2º do RICMS/DF, incidirá ICMS na saída do objeto manufaturado em impressora 3D. Além disso, a impressora 3D pode ser enquadrada como um serviço de reprografia (incidindo ISS) e também pode ser usada para a produção e venda de produtos em grande escala.²⁹

2.1 ICMS X ISS E OS LICENCIAMENTOS DE *SOFTWARES*

O *software* é todo programa rodado em um computador, celular ou dispositivo que os permita executar suas funções. Os *softwares* são intangíveis, não palpáveis, imateriais, sem qualquer corpo físico e nascem a partir de ideias de seus desenvolvedores.

Em 1998, no RE 176.626-3, o Supremo Tribunal Federal definiu que *software* de prateleira (entende-se como *software* de prateleira, sistemas que são produzidos uniformemente em grande escala sem propriedades desenvolvidas especialmente para os seus clientes, que irão utilizar o sistema)³⁰ se encaixava no conceito de bens ou mercadorias, não remanescendo dúvida, segundo o julgado, quanto à tributação pelo ICMS; enquanto *software* de cópia única precisava ser tratado como serviço, porque era feito para um usuário em particular e, por consistirem em licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador, estavam sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

²⁹ FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na economia digital e o conflito de competência. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 107.

³⁰ **SOFTWARES de prateleira e softwares personalizados**. Dotse, jun.2017. Disponível em: <<https://dotse.com.br/blog/software-de-prateleira-e-software-personalizados>> Acesso em out. 2020.

(ISS). Vejamos a transcrição desse julgado:

EMENTA: [...] III. Programa de computador ("*software*"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador, matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "*software de prateleira*" (of the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.³¹

O que traz implicações para o nosso ditame atual é que, na época em que a decisão foi proferida os fornecedores realmente vendiam *software* inserido em mídia física, como disquetes ou CDs, isto é, um corpo físico contendo programas de computador. Hoje em dia é incomum utilizarmos esse tipo de serviço, o que traz a necessidades de novas atualizações.

Atualmente, em relação ao licenciamento de *software*, os Estados afirmam que existe ICMS, uma vez que os *softwares* são caracterizados como bens intangíveis e mercadorias intangíveis e, como tal, estão sujeitos ao ICMS. Em sentido contrário, "os municípios afirmam que o licenciamento de *software* não pode ser visto como uma venda de mercadorias, pois não há transferência de título, mas apenas uma permissão para o cliente ter o direito de usar um *software*", conforme observa Ana Cláudia Utumi.³² A Lei Complementar nº 116/2013 determina que a licença de uso do *software* é considerada como serviço e está sujeita à ISS.

No que diz respeito especificamente ao estado de São Paulo, a Secretaria da Fazenda editou a Resposta à Consulta Tributária 15.093/2017³³ e entendeu que

I. A comercialização de *software* padronizado, ainda que seja ou possa ser

³¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Especial 176626. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: MUNPS processamento de dados LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 nov. 1998. **Diário de Justiça**, 11 dez.1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740089/recurso-extraordinario-re-176626-sp>> Acesso em: nov.2020.

³² UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços**. ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

³³ Segundo o site do Portal da fazenda de São Paulo, "a consulta tributária, formulada por escrito, é o instrumento que o contribuinte possui para esclarecer dúvidas quanto a determinado dispositivo da legislação tributária relacionado com sua atividade. O entendimento contido na resposta é vinculante, tanto para o contribuinte como para a Administração Tributária".

adaptado, em regra, está sujeita à incidência do ICMS independentemente da forma como se dê, seja por mídia física ou por transferência eletrônica de dados (*download* ou *streaming*).

II. Todavia, enquanto não houver definição do local de ocorrência do respectivo fato gerador as operações com *softwares* padronizados, ainda que sejam ou possam ser adaptados, por meio de transferência eletrônica de dados (*download* ou *streaming*) estão isentas do ICMS (artigo 37 das DDTT do RICMS/2000) e não será exigida pelo Estado de São Paulo a emissão de documentos fiscais relativos a tais operações.³⁴

Em resposta ao entendimento do estado, o município de São Paulo, por sua vez, também externou posicionamento oficial sobre o tema, dizendo, no Parecer Normativo 1/2017, que

O Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, por meio de suporte físico ou por transferência eletrônica de dados , ou quando instalados em servidor externo enquadra-se no subitem 1.05 da lista de serviços do "caput" do artigo 1º da Lei nº 13.701 , de 24 de dezembro de 2003,³⁵

No entanto, ainda há grande discussão no âmbito do STF acerca da incidência ou não de ICMS ou ISS, o que trás grandes divergências entre as opiniões da Procuradoria Geral da República e dos tributaristas. Segundo Alexandre Leoratti, a PGR defende, por meio de seus pareceres, a incidência de ICMS sobre operações com bens e mercadorias digitais , tais como *softwares*; já os advogados consideram que o posicionamento da PGR não acompanha o desenvolvimento tecnológico digital.³⁶

O parecer assinado pelo Procurador-Geral da República, Augusto Aras, é referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade 5958, que tramita no Supremo Tribunal Federal e

³⁴ SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda Estadual. Resposta à Consulta Nº 15093/2017 de 18 abr. 2017. ICMS – Operações com filmes cinematográficos comercializados por meio de mídia física ou transferência eletrônica de dados ("*download*" ou "*streaming*") – Incidência – Redução de base de cálculo – Inscrição Estadual - Emissão de documento fiscal. **Legisweb**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=344181>> Acesso em: out. 2018.

³⁵ SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda Municipal. Parecer Normativo SF Nº 1 de 18 jun. 2017. Incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS relativamente aos serviços de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, por meio de suporte físico ou por transferência eletrônica de dados, ou quando instalados em servidor externo. **Legisweb**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=346412>> Acesso em: out. 2018.

³⁶ LEORATTI, Alexandre. **PGR defende tributação de ICMS sobre comércio eletrônico de softwares**. Ibet, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/pgr-defende-tributacao-de-icms-sobre-comercio-eletronico-de-softwares/>> Acesso em: out. 2020.

contesta a constitucionalidade do Convênio ICMS 106/2017, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Esse convênio estabelece as hipóteses para a incidência do ICMS e, segundo ele, o imposto será recolhido nas saídas internas e nas importações realizadas por meio de site ou de plataforma eletrônica que efetue a venda ou a disponibilização dos produtos digitais. Esse posicionamento da PGR utiliza como base duas decisões do STF, e uma delas está relacionada ao RE 176.626, de 1999, que já falamos no começo dessa análise.

A requerente da ADI 5958, a Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom), afirma que a incidência de ICMS sobre as mercadorias digitais gera uma bitributação, pois as operações com programas de computador já estariam submetidas à incidência do ISS.

Já em 26 de maio de 2010, o Plenário do STF manteve em vigor a Lei estadual nº 7.098/98, do Mato Grosso, que consolida normas referentes ao ICMS e que tratava da tributação de softwares, determinando a incidência do ICMS mesmo sobre operações realizadas por transferência eletrônica de dados. O PMDB propôs, em 1999, medida cautelar na ADI 1945 para fixar entendimento no sentido de restringir a incidência do ICMS às operações de circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador, produzidos em série e comercializados no varejo, não abrangendo, porém, o licenciamento ou cessão de uso dos ditos programas. A cautelar foi negada, prevalecendo a norma em vigor. Parte da controvérsia sobre a tributação de *softwares* tem como base essa decisão do STF, que entendeu que o avanço da tecnologia repercute na interpretação do texto constitucional, e que o *download* de *softwares* ou de músicas equivale à sua compra em CD. Ou seja, o posicionamento do STF indica que deveria incidir o ICMS sobre a disponibilização de *softwares* via *download*, não havendo distinção na venda em CD/DVD ou através da internet. De maneira semelhante a PGR exarou em seu parecer no RE-RG 651.703 PR que:

se o bem ou mercadoria digital (*softwares*, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres) é posto para venda no comércio (seja por meio físico ou digital), incidirá o ICMS. Todavia, se esses produtos digitais forem desenvolvidos por encomenda do adquirente, incidirá o ISS.³⁷

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 651.703 PR. Recorrente: Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA. Recorrido: Secretário Municipal De Finanças De Marechal Cândido Rondon - PR. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 06 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 nov. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629256/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-651703-pr-parana/inteiro-teor-311629263>> Acesso em: nov.2020.

No último dia 05 de novembro de 2020, o STF retomou o julgamento dessas ações que discutem a incidência do ISS ou do ICMS sobre o direito de uso de *software*, ou seja, a ADI 1945 e a ADI 5659, e o entendimento já não é o mesmo que se tinha na época. Para Dias Toffoli, que iniciou o julgamento da 5659, incide ISS sobre os licenciamentos de *softwares*, independentemente de a transferência do uso ocorrer via download ou por meio de acesso à nuvem, padronizado ou por encomenda. Para ele, o simples fato de o serviço estar definido em lei complementar (LC116/2003) como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS. Além disso, ele também fundamentou que, no caso de fornecimento de *software* personalizado por meio do comércio eletrônico direto, é claro a identificação de dar e fazer, então deve incidir ISS. No mesmo sentido, votaram, também, os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski e, na conclusão, o ministro Marco Aurélio votou pelo afastamento da incidência do ICMS sobre o licenciamento e a cessão de direito de uso de *software*.³⁸

A ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI 1945, e o ministro Edson Fachin, mantiveram seu entendimento ao votarem em ambas as ações. No entendimento deles, programas de computador só não são considerados mercadoria quando se contrata o serviço para desenvolvê-los. Quando a criação intelectual é produzida em série e há atividade mercantil, deve incidir o ICMS, e não o ISS.

O ministro Gilmar Mendes divergiu em parte, ao admitir a incidência do ISS sobre os *softwares* desenvolvidos de forma personalizada e do ICMS sobre os *softwares* padronizados, comercializados em escala industrial e massificada, retomando o entendimento que já havia sido exarado em 1998, no RE 176.626-3, conforme já exposto antes.

Em fevereiro de 2021, o STF continuou o julgamento iniciado em novembro de 2020, e, após o voto vencido do ministro Nunes Marques, restou consolidado entendimento externado pelo voto do ministro relator Dias Toffoli de forma a reconhecer a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), e não ICMS, tanto para os *softwares*

³⁸ **SUSPENSO julgamento de ações que discutem a incidência do ISS ou do ICMS sobre o direito de uso de software.** Portal STF, nov. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454692&ori=>> Acesso em : out. 2020.

padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda.

2.2 ICMS X ISS E OS SERVIÇOS DE *STREAMING* DE MÚSICAS E VÍDEOS

O *Streaming* é a disponibilização temporária de conteúdo de áudio e vídeo por meio da internet sem a necessidade de efetuar *downloads* do que está se vendo e/ou ouvindo. O arquivo, que pode ser um vídeo ou uma música, é acessado pelo usuário online. O detentor do conteúdo transmite a música ou filme pela internet e esse material não ocupa espaço no computador ou no celular.³⁹ Podemos citar como exemplo de plataforma de *streaming* o *Netflix* e o *Spotify*.

A LC 116/03, já alterada pela LC 157/16, prevê, em seu item 1.09 a incidência do ISS sobre a “disponibilização, sem sessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet(...)”⁴⁰, ou seja, estamos falando de uma cessão temporária de direito de acesso a determinados conteúdos⁴¹. “Logo, estar-se-ia diante de serviço tributável pelo ISS, na medida em que se trata de serviço de qualquer natureza previsto em lei complementar, tal como determina a norma de competência prevista no artigo 156, III, da Constituição Federal”.⁴² No entanto, no artigo 156, inciso III da CF, entende-se que não é permitido a tributação de cessão de direitos.

Dessa forma, Rafael Korff Wagner, vice-presidente do Instituto de Estudos

³⁹ GOGONI, Ronaldo. **O que é streaming?** Tecnoblog, c 2005-2020. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/290028/o-que-e-streaming/>> Acesso em: out. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Convênio ICMS n. 106/2017. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Brasília, 29 set. 2017. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 out. 2017. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17#:~:text=Disciplina%20os%20procedimentos%20de%20cobran%C3%A7a,sa%C3%ADda%20destinada%20ao%20consumidor%20final.&text=Publicado%20no%20DOU%20de%2005.10,%2C%20pelo%20Despacho%20139%2F17>. Acesso em: nov. 2020.

⁴¹ SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. Novas tecnologias e a necessidade de reforma tributária. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 180.

⁴² GOMES, Eduardo; DIAS, Felipe; FROTA, Phelipe. **A disputa entre estados e municípios pela tributação do streaming**. Consultor Jurídico, abr.2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opiniao-disputa-entre-estados-municipios-tributacao-dostreaming>> Acesso em: nov. 2020.

Tributários (IET) e sócio da Lippert Advogados, e Evandro Grili, sócio do escritório Brasil Salomão e Matthes entendem que a Lei Complementar 157/2016, que permitiu a incidência de ISS sobre serviços de *streaming*, erra ao tratar um produto, que é o conteúdo disponibilizado pela empresa, como serviço. Efetivamente não é um serviço, pois não há caracterização de prestação de serviços. Segundo o vice-presidente do IET, quando há um serviço, existe obrigação de fazer, mas no caso do streaming a obrigatoriedade é de dar. Ele explica que as empresas desse ramo de negócios nada mais são do que cedentes, por tempo determinado, de um direito autoral já adquirido por elas.⁴³

Segundo o artigo 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), o serviço de telecomunicações caracteriza-se pelo “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, então o *streaming* também não é um serviço de comunicação⁴⁴ já que não disponibiliza meios que possibilitam a transmissão de mensagens entre um emissor e um receptor por si sós. Segundo Daniel Szelbracikowski,

no caso do *streaming*, a utilidade comumente negociada entre as empresas e os consumidores é o conteúdo comunicado (filmes, vídeos, séries, músicas, novelas, etc) que, em função da aludida tecnologia, é acessado em tempo real desde que haja acesso a um serviço de comunicação (já tributado pelo ICMS) que disponibilize internet. Por essas razões, não havendo serviço de comunicação, o streaming igualmente não pode ser tributado pelo ICMS (artigo 155, II, da CF)⁴⁵

Para aqueles, assim como Daniel Szelbracikowski, que adotam tal entendimento, eventual tributação do *streaming* seria constitucionalmente possível somente pelo exercício da competência residual da União, prevista no artigo 154, I, da CF.

Por outro lado, não se pode ignorar que, recentemente, no julgamento do RE 651.703, realizado sob a sistemática da repercussão geral, o STF firmou entendimento no sentido de

⁴³ GRILLO, Brenno. **Lei que tributa *streaming* iguala cessão de uso a serviço, alertam advogados** Consultor jurídico, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/imposto-streaming-igual-cessao-uso-servico-dizem-advogados>> Acesso em: nov. 2020.

⁴⁴ Vide: GREGO, Marco Aurélio; LOURENZO, Anna Paola Zonari de. ICMS - **Materialidade e Princípios Constitucionais**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. Belém: Cejup, 1993. p. 155.

⁴⁵ SZELBRACIKOWSKI, Daniel. **Novas tecnologias e a necessidade de reforma tributária**. Consultor Jurídico, jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-20/daniel-correa-novas-tecnologias-exigem-reforma-tributaria#_ftn8> Acesso em: nov. 2020.

que o conceito de “serviço” tributável pelo ISS está relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, obtida pelo exercício de atividades materiais ou imateriais realizadas com habitualidade e intuito de lucro, que pode estar atrelada ou não à entrega de bens. Logo, de acordo com o conceito recentemente fixado pela suprema corte, a existência de uma obrigação de fazer é irrelevante para incidência do ISS, inexistindo, portanto, óbices à incidência do tributo municipal sobre a atividade de *streaming*.⁴⁶

Independentemente dessa decisão do STF, esses espaços para diversas interpretações entre ICMS e ISS não deveriam existir na legislação, principalmente na que recai sobre a tributação da economia digital, demandado uma edição de texto na Constituição de maneira que abandone essa rigidez que só permite que algo seja enquadrado ou como serviço, ou como mercadoria, ou como produto industrializado e assim por diante, pelo simples motivo que a economia digital vem se desenvolvendo de maneiras que não estão previstas na legislação e não se tem ideia das tecnologias que ainda advirão. Um texto rígido e restrito trás a necessidade de emendas e legislação complementar constantemente, o que acaba dificultando ainda mais a realidade tributária, e , simplificação, é que vem sendo buscado atualmente, principalmente pela PEC 45.

Um dos exemplos que podemos citar para ilustrar essa problemática é quando se compara os serviços prestados dentro de pacotes de TV a cabo com serviços de *streaming*. Se eu assisto um filme na plataforma da *Netflix*, que tem natureza jurídica de serviços de *streaming*, eu estou sujeito ao ISS. Agora, se eu consumo o mesmo filme por serviços como a *Globoplay*, por exemplo, eu estou sujeito ao ICMS, pois tem natureza de serviços de telecomunicação.⁴⁷ De um lado, cobra-se ISS a 2,9% e de outro ICMS comunicação de 10 a 25%, o que demonstra mais uma distorção do sistema tributário.

Com os exemplos de tributação de *softwares* e *streaming* trazidos acima, podemos constatar um nítido conflito de competência tributária e um grande espaço para interpretações divergentes dos legisladores, o que resulta em insegurança jurídica prejudicando, severamente,

⁴⁶ GOMES, Eduardo; DIAS, Felipe; FROTA, Phelipe. **A disputa entre estados e municípios pela tributação do *streaming***. Consultor Jurídico, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opiniao-disputa-entre-estados-municipios-tributacao-dostreaming>> Acesso em: nov. 2020.

⁴⁷ FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NOBREGA, Marcos. Tributação na economia digital e o conflito de competência. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 100.

a tomada de decisão e o planejamento dos contribuintes que desejam pagar o imposto adequado, mas ficam confusos quanto ao pagamento de ICMS aos estados ou ISS aos municípios. A única certeza que se tem nesse contexto, é que as penalidades por descumprimento por parte do contribuinte previstas em lei virão e, dependendo da cidade ou estado, a multa pode atingir 100% do valor da transação.

Importante ressaltar, também, que a guerra fiscal entre ICMS e ISS trazida acima não se limita somente aos contratos de *streaming* e *software*, mas também é presente em outras tecnologias da economia digital a até da economia tradicional, o que corrobora com a necessidade de uma legislação tributária mais simples e objetiva que nos traga segurança jurídica.

3 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NÚMERO 45

A PEC 45 tem como principal objetivo a alteração do Sistema Tributário Nacional e a racionalização da tributação sobre a produção e a comercialização de bens e a prestação de serviços - base tributável atualmente compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, pretende extinguir o IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS e os fundir em dois novos impostos: (i) um imposto sobre bens e serviços (IBS), nos moldes dos impostos sobre valor agregado cobrados na maioria dos países desenvolvidos; e (ii) um imposto específico sobre alguns bens e serviços, chamado Imposto Seletivo (IS).⁴⁸ Atualmente a PEC está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário, com regime de tramitação especial.

A base de incidência do IBS é sobre bens e serviços, exploração de bens e direitos, tangíveis e intangíveis, e a locação de bens, operações que, em regra, escapam da tributação do ICMS estadual e do ISS municipal no quadro normativo atualmente em vigor. Na visão no Deputado Federal Alexis Fontayne, a questão de incluir a tributação da locação de bens

⁴⁸ CORREIA NETO, Celso de Barros *et alii*. **Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019**. Câmara dos Deputados, jan. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019> Acesso em: nov. 2020.

é um fato muito importante, porque hoje temos setores que não pagam nada de tributação ao tempo que outros setores tem um custo elevadíssimo, como por exemplo o setor de autopeças/automotivo, que tem aproximadamente 35% do custo de produção das montadoras envolvendo impostos.⁴⁹

Um importante aspecto a ser mencionado é que o IBS será semelhante à um IVA, ou seja, a alíquota incidirá sobre o valor agregado. Um dos objetivos é simplificar o sistema, já que os impostos atuais têm regras consideradas burocráticas, com diferentes alíquotas de acordo com o produto e regimes diversos.⁵⁰ Segundo o advogado tributarista Guilherme Abblas, o IVA poderia acabar com a cobrança em cascata. “Hoje, impostos como o PIS/Cofins são cobrados em cada etapa da produção. Com isso, acabam sendo aplicados mais de uma vez e se acumulam, aumentando o preço para o consumidor final”.⁵¹

A PEC 45 tem muitos outros aspectos a serem discutidos e estudados. No entanto, como objeto dessa pesquisa, a questão na nova distribuição de alíquotas vem a ser fator principal para uma resolução da questão da guerra fiscal entre o ICMS x ISS na economia digital. Durante todos esses anos sem uma decisão definitiva do STF, na compra de um *software*, por exemplo, o contribuinte estava passível de pagar os dois tributos, pois, como vimos, há entendimentos dos estados e municípios sobre as duas hipóteses de incidência. Hoje já temos uma decisão que reconhece a não incidência do ICMS, no entanto, ainda tem uma decisão “fundamental a ser enfrentado definitivamente pelo STF, qual seja, a modulação dos efeitos de tal decisão no tempo (retroage ou não e em quais casos), isso porque possui o potencial de atingir situações já consolidadas e recolhimentos já efetuados pelas empresas.”⁵²

Com a proposta de reforma em questão, cada ente federativo fixa uma parcela da alíquota total do imposto por meio de lei ordinária, federal, estadual, distrital ou municipal, que vamos chamar de sub-alíquota; uma vez fixado o conjunto das sub-alíquotas federal, estadual e municipal (ou distrital), forma-se a alíquota única aplicável a todos os bens e

⁴⁹ FONTEYNE, Alexis. Entrevista concedida a Rafaela Gonçalves dos Santos. Brasília, 18 nov.2020.

⁵⁰ MARCHESAN, Ricardo. **O que é IVA, tributo único que pode ser criado? Você pagará menos imposto?** Uol Economia, nov. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/09/05/o-que-e-o-iva-imposto-sobre-valor-agregado.htm?cmpid=> Acesso em: out. 2020.

⁵¹ Ibid.

⁵² COSTA, Ricardo. **STF confirma incidência do ISS sobre licenciamento de uso de software.** Consultor Jurídico, fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/costa-stf-confirma-iss-licenciamento-software> Acesso em mar. 2021.

serviços consumidos em ou destinados a cada um dos Municípios/Estados brasileiros; é criada a figura da “alíquota de referência”, assim entendida aquela que, aplicada sobre a base de cálculo do IBS, substitui a arrecadação dos tributos IPI, PIS, Cofins, ICMS e do ISS municipal.⁵³ Ou seja, agora não precisamos mais da discussão sobre qual produto estou comprando, se é um bem tangível ou intangível, se é de competência dos estados ou municípios ou se é passível de incidência de ICMS ou ISS. O que agora vai acontecer é: independente do que eu estiver comprando, eu vou pagar uma alíquota única que será dividida entre a União, DF e os Estados e o Municípios.

Dessa forma, o que o cidadão comprar será taxado por uma mesma alíquota, mas a tributação não é uniforme em todo território nacional, pois cada Município/Estado pode fixar sua alíquota. Cada ente federativo tem sua parcela na arrecadação do tributo determinada pela aplicação direta de sua sub-alíquota⁵⁴, e essa divisão do que for arrecadado em tributo ficará à postos de um Comitê Gestor. Em resumo, o IBS faz com que o contribuinte pague o imposto com apenas uma alíquota. Entretanto, internamente, o valor arrecadado seria dividido entre o poder federal, estadual e municipal.⁵⁵ No texto da proposta de emenda, está assim configurado, *in verbis*:

§ 2º A alíquota do imposto aplicável a cada operação será formada pela soma das alíquotas fixadas pela União, pelos Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios (...)

Art. 159-A. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pela União será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações:

I – seguridade social; II – financiamento do programa do seguro-desemprego e do abono de que trata o § 3º do art. 239; III – financiamento de programas de desenvolvimento econômico, nos termos do § 1º do art. 239; IV – Fundo de Participação dos Estados; V – Fundo de Participação dos Municípios; VI – programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, nos termos do art. 159, I, “c”; VII – transferência

⁵³ CORREIA NETO, Celso de Barros *et alii*. **Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019**. Câmara dos Deputados, jan. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019> Acesso em: nov. 2020.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ SOUZA, Thiago . **Reforma tributária: diferenças entre PEC 45 e sistema atual**. Dootax, ago. 2019. Disponível em: <<https://dootax.com.br/reforma-tributaria-diferencas-entre-pec-45-e-sistema-atual/>> Acesso em: nov. 2020.

aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados; VIII – manutenção e desenvolvimento do ensino; IX – ações e serviços públicos de saúde; X – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota federal do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a IX deste artigo.”

Art. 159-B. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pelos Estados e pelo Distrito Federal será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações: I – manutenção e desenvolvimento do ensino; II – ações e serviços públicos de saúde; III – transferência aos municípios de cada Estado; IV – outras destinações previstas na Constituição do Estado ou do Distrito Federal; V – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota estadual ou distrital do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a IV deste artigo.”

“Art. 159-C. A alíquota do imposto sobre bens e serviços fixada pelos Municípios será formada pela soma das alíquotas singulares vinculadas às seguintes destinações: I – manutenção e desenvolvimento do ensino; II – ações e serviços públicos de saúde; III – outras destinações previstas na lei orgânica do Município; IV – recursos não vinculados, sendo a alíquota singular associada a esta destinação correspondente à diferença entre a alíquota municipal do imposto e as alíquotas singulares a que se referem os incisos I a III deste artigo.”⁵⁶

A redação da PEC 45 também engloba alguns âmbitos da economia digital, trazendo termos genéricos como “intangíveis” e “cessão e licenciamento de direitos”, o que não temos hoje previsto no nosso Código Tributário Nacional. Tal entendimento depreende-se com a leitura do parágrafo 1º, inciso I do artigo 152-A da PEC 45, *in verbis*:

Art. 152-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços, que será uniforme em todo o território nacional, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exercer sua competência exclusivamente por meio da alteração de suas alíquotas.

§1º. O imposto sobre bens e serviços: I – incidirá também sobre:

- a) os intangíveis;
- b) a cessão e o licenciamento de direitos;
- c) a locação de bens;

⁵⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº45 de 2019**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=255B362C8829DED8B95DD39006D4F3A4.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019> Acesso em: out. 2020. Texto Original.

d) as importações de bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos;⁵⁷

O Deputado Federal Alexis Fontayne, do partido NOVO, tem seu posicionamento a favor da PEC 45. De acordo com ele, a proposta configurada dessa forma “elimina as zonas de conflito entre o contribuinte e o fisco, não importando o que você está comprando. A PEC 45 resolve a guerra fiscal da economia e também a guerra entre os estados sobre origem e destino pra onde vai o produto.”⁵⁸

A reforma, então, ainda de acordo com o Deputado, teria 4 pilares, que seria: simplicidade, para ser acessível; transparência, para o brasileiro saber o quanto esta pagando de imposto em suas compras; neutralidade, para os entes não ficarem atraindo empresas para os seus territórios de maneira errada em decorrência de incentivos fiscais; e equanimidade, para respeitar a capacidade contributiva.

A reforma que enfrentamos agora é sobre o consumo.

Alexis Fonteyne nos dá a sua visão de que a PEC 110, que também é uma proposta de reforma tributária, também poderia resolver essa questão da guerra fiscal da economia digital. No entanto, seria pior em relação à uma aprovação dessa PEC, pois ela tem um projeto mais difícil, já que mistura imposto de propriedade com imposto de consumo e imposto de renda, trazendo então uma discussão mais ampla. Já a PEC 45 é só impostos sobre o consumo, então primeiro se arruma a questão do consumo, feito isso se começa as discussões sobre reforma no âmbito da renda e depois no âmbito da propriedade. Ele justifica esse entendimento explicando que imposto na renda só seria relevante quando a renda da população subir, pois hoje, no Brasil, se tributaria só uma pequena parte da população. Então resolvendo primeiro os entraves relativos à tributação do consumo, se entra em um ciclo virtuoso de aumento de renda, empregabilidade, geração de emprego e oportunidades, fazendo a renda subir, e aí sim possibilitando uma tributação sobre a renda.

Já o período de transição é um elemento mais sensível da PEC 45. Isso pelo fato de termos um período de transição relativamente grande e já encontrarmos autores criticando esse período. Segundo o Comparativo da PEC 45/2019 e da PEC 110/2019 feito pelos Consultores Legislativos da Área III Direito Tributário e Tributação da Câmara dos Deputados, “durante

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ FONTEYNE, Alexis. Entrevista concedida a Rafaela Gonçalves dos Santos. Brasília, 18 nov.2020.

dois anos é cobrada uma contribuição “teste” de 1%, com a mesma base de incidência do IBS, e, depois, a transição dura oito anos, sendo os atuais tributos substituídos pelos novos tributos à razão de um oitavo ao ano”⁵⁹ mais 50 anos para a transição da partilha de recursos.

Em síntese, é uma reforma grande e complicada, demorada mas necessária, que precisa do apoio de todos os setores direta ou indiretamente afetados no intuito de se buscar um bem maior para o futuro do Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema tributário brasileiro atual é complexo, rígido e obsoleto. Não só pela pesada carga de tributos, mas também pelo emaranhado de normas que regulam o recolhimento. Como resultado de um texto elaborado na década de 50 e uma aprovação da década de 60, já nos primeiros anos da nossa Constituição Federal de 88 encontramos entraves na hora de enquadrar a economia nas três categorias constitucionais vigentes.

Maior problema enfrentamos agora, com o fenômeno da economia digital, onde temos vários produtos e serviços digitais que não conseguem ser enquadrados na legislação vigente. Dessa forma, foi necessária a criação de legislações complementares com o intuito de encaixar a nova economia em uma realidade ancestral, o que ainda não foi suficiente para liquidar nosso entrave, e, de acordo com o apresentado, só abriu espaço para discussões, guerras fiscais, bitributações em umas economias, falta de arrecadação em outras e um cenário nada favorável para o crescimento e expansão digital, não sem uma tributação insuficiente, incorreta e injusta.

Como exemplo do problema acima exposto, trouxemos o caso dos contratos de *streaming* e licenciamentos de *softwares* da economia digital, onde temos os Estados defendendo a incidência do ICMS sobre esses serviços e os Municípios afirmando que deve

⁵⁹ CORREIA NETO, Celso de Barros *et alii*. **Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019**. Câmara dos Deputados, jan. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019> Acesso em: nov. 2020.

incidir o ISS, e, mesmo estando em discussão no STF qual imposto incidirá sobre qual produto, tal discussão demorou 20 anos para ser debatida, deixando o contribuinte no meio dessa guerra sem saber qual imposto pagar, ou pagando os dois impostos, ou então ficando sem pagar e sendo cobrando por multas.

Dessa forma, afiam-se os debates sobre uma reforma tributária, onde ganha destaque a PEC 45, que extingue o ICMS, ISS, PIS, CONFINS e IPI (impostos esses foco dos debates da guerra fiscal da economia digital) e cria um IBS, com uma alíquota única que incidirá em tudo o que for comprado pelo contribuinte, e com valor de arrecadação dividido entre a União, os Estados, DF e os Municípios, através de uma comissão gestora.

Então, conclui-se que, em relação à economia digital, a PEC 45 é eficiente no quesito de por um fim na guerra fiscal entre ICMS x ISS nos contratos de *streaming* e licenciamentos de *softwares*, pois agora não se entra em discussão se um produto é tangível ou intangível, nem se é competência dos estados ou municípios, nem se incide ICMS ou ISS (até pelo fato que essas figuras serão extintas), e nem necessitando de debate e decisão do STF sobre o tema. O que pode acontecer é a incidência de uma alíquota uniforme que irá recair sobre qualquer compra feita pelo contribuinte e dividida entre os entes federados.

No entanto, é importante ressaltar que a reforma tributária deverá ser feita tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito infraconstitucional, principalmente no meio digital onde as bases tributárias existentes não alcançam todas as faces da nova economia.

Ou seja, o Brasil carece de uma reforma tributária afim de que o sistema tributário seja menos complexo. Assim, uma reforma que levará 50 anos de transição tem que abarcar todo o tipo de tributação existente. De forma contrária, além de todo esse tempo de transição, ainda estaremos suscetíveis à inúmeras reformas para tentar adequar o texto constitucional às novas realidades, tal qual acontece hoje.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.35.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília, DF, 25 out. 1966. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm> Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Convênio ICMS n. 106/2017. Cláusula primeira. Disciplina os procedimentos de cobrança do ICMS incidente nas operações com bens e mercadorias digitais comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados e concede isenção nas saídas anteriores à saída destinada ao consumidor final. Brasília, 29 set. 2017. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 5 out. 2017. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV106_17#:~:text=Disciplina%20os%20procedimentos%20de%20cobran%C3%A7a,sa%C3%ADda%20destinada%20ao%20consumidor%20final.&text=Publicado%20no%20DOU%20de%2005.10,%2C%20pel o%20Despacho%20139%2F17>. Acesso em: nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Especial 176626. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: MUNPS processamento de dados LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 nov. 1998. **Diário de Justiça**, 11 dez.1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740089/recurso-extraordinario-re-176626-sp>> Acesso em: nov.2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 651.703 PR. Recorrente: Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA. Recorrido: Secretário Municipal De Finanças De Marechal Cândido Rondon - PR. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 06 nov. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 nov. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629256/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-651703-pr-parana/inteiro-teor-311629263>> Acesso em: nov.2020.

1 SUSPENSO julgamento de ações que discutem a incidência do ISS ou do ICMS sobre o direito de uso de software. Portal STF, nov. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454692&ori=>>> Acesso em : out. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº45 de 2019**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=255B362C8829DED8B95DD39006D4F3A4.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019> Acesso em: out. 2020. Texto Original.

CORREIA NETO, Celso de Barros et alii. **Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019**. Câmara dos Deputados, jan. 2019. Disponível

em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019>> Acesso em: nov. 2020.

COSTA, Ricardo. **STF confirma incidência do ISS sobre licenciamento de uso de software.** Consultor Jurídico, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/costa-stf-confirma-iss-licenciamento-software>> Acesso em mar. 2021.>

FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NÓBREGA, Marcos. Tributação na economia digital e o conflito de competência. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 104.

FERREIRA, Luiz Guilherme de Medeiros; NÓBREGA, Marcos. **A tributação na economia digital.** Jota, set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-tributacao-na-economia-digital-19092019> Acesso em: out. 2020.

FONTEYNE, Alexis. Entrevista concedida a Rafaela Gonçalves dos Santos. Brasília, 18 nov. 2020.

GREGO, Marco Aurélio; LOURENZO, Anna Paola Zonari de. ICMS - Materialidade e Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Curso de Direito Tributário.** 2. ed. Belém: Cejup, 1993. p. 155.

GOGONI, Ronaldo. **O que é streaming?** Tecnoblog, c 2005-2020. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/290028/o-que-e-streaming/>> Acesso em: out. 2020.

GOMES, Eduardo; DIAS, Felipe; FROTA, Phelipe. **A disputa entre estados e municípios pela tributação do streaming.** Consultor Jurídico, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/opiniao-disputa-entre-estados-municipios-tributacao-dostreaming>> Acesso em: nov. 2020.

GRILLO, Brenno. **Lei que tributa streaming iguala cessão de uso a serviço, alertam advogados** Consultor jurídico, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/imposto-streaming-igualar-cessao-uso-servico-dizem-advogados>> Acesso em: nov. 2020.

HACK, Érico. **Direito Tributário.** 2º ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2008, p.12.

LEORATTI, Alexandre. **PGR defende tributação de ICMS sobre comércio eletrônico de softwares.** Ibet, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/pgr-defende-tributacao-de-icms-sobre-comercio-eletronico-de-softwares/>> Acesso em: out. 2020.

MARCHESAN, Ricardo. **O que é IVA, tributo único que pode ser criado? Você pagará menos imposto?** Uol Economia, nov. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/09/05/o-que-e-o-iva-imposto-sobre-valor-agregado.htm?cmpid>> Acesso em: out. 2020.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito tributário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Felipe Tavares. **O Tributo e Suas Espécies**. Jus Navigandi, abr 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38158/o-tributo-e-suas-especies>> Acesso em: out. 2020.

OKUMA, Alessandra de Souza. **Breve panorama da tributação da economia digital**. Consultor Jurídico, fev 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-16/alessandra-okuma-breve-panorama-tributacao-economia-digital>> Acesso em: out. 2020.

PISCITELLI, Tathiane. Tributação indireta da economia digital: o Brasil está pronto para aderir às orientações da OCDE? **Revista Direito Tributário Atual**, 43-2019. Disponível em: <<https://ibdt.org.br/RDTA/43-2019/tributacao-indireta-da-economia-digital-o-brasil-esta-pronto-para-aderir-as-orientacoes-da-ocde/>> Acesso em: nov. 2020.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda Estadual. Resposta à Consulta Nº 15093/2017 de 18 abr. 2017. ICMS – Operações com filmes cinematográficos comercializados por meio de mídia física ou transferência eletrônica de dados (“download” ou “streaming”) – Incidência – Redução de base de cálculo – Inscrição Estadual - Emissão de documento fiscal. **Legisweb**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=344181>> Acesso em: out. 2018.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda Municipal. Parecer Normativo SF Nº 1 de 18 jun. 2017. Incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS relativamente aos serviços de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, por meio de suporte físico ou por transferência eletrônica de dados, ou quando instalados em servidor externo. **Legisweb**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=346412>> Acesso em: out. 2018.

SOFTWARES de prateleira e softwares personalizados. Dotse, jun.2017. Disponível em: <<https://dotse.com.br/blog/software-de-prateleira-e-software-personalizados>> Acesso em: out. 2020.

SOUZA, Thiago . **Reforma tributária: diferenças entre PEC 45 e sistema atual**. Dootax, ago. 2019. Disponível em: <<https://dootax.com.br/reforma-tributaria-diferencas-entre-pec-45-e-sistema-atual/>> Acesso em: nov. 2020.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel. **Novas tecnologias e a necessidade de reforma tributária**. Consultor Jurídico, jan. 2017. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2017-jan-20/daniel-correa-novas-tecnologias-exigem-reforma-tributaria#_ftn8> Acesso em: nov. 2020.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. Novas tecnologias e a necessidade de reforma tributária. In: AFONSO, José Roberto; SANTANA Hadassah Laís. **Tributação 4.0**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 180.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Tecnologia no Brasil: Tributando produtos e serviços**. ITR, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1ky683fmpvq8k/tecnologia-no-brasil-tributando-produtos-e-servi231os>> Acesso em: nov. 2020.

A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS NÃO TARIFÁRIAS DE IMPORTAÇÃO, SOB A ALEGAÇÃO DE PROTEÇÃO À SAÚDE

Rodrigo Alencar Da Fonsêca

SUMÁRIO: Introdução; 1 Medidas Não Tarifárias e GATT; 1.1 Medidas Tarifárias e Medidas Não Tarifárias; 1.2 GATT: Princípios Gerais e Proteção à Saúde; 1.3 Acerca da Necessidade de Complementação Técnico-Regulamentar do GATT; 2. As Medidas não Tarifárias e o Acordo TBT e SPS; 2.1 Acordo TBT; 2.1.1 Acerca da Harmonização; 2.1.2 Acerca das Medidas Não Tarifárias; 2.2 Acordo SPS; 2.2.1 Incidência e Normas Gerais do Acordo SPS; 2.2.2 Avaliação de Risco; 2.3 A aplicação das medidas não tarifárias do Acordo SPS, no âmbito da COVID-19; e Conclusão.

RESUMO

Este estudo examina os parâmetros utilizados para se proceder a uma imposição de medida não tarifária de importação, sob o escopo do Acordo de Barreiras Técnicas (TBT) e do Acordo Sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), quando da alegação de proteção à saúde por um membro da Organização Mundial do Comércio (OMC). Para tanto, a construção do sistema multilateral de comércio e suas regras de funcionamento foram analisadas, assim como o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e as recentes imposições de medidas não tarifárias de importação para proteção da saúde, notadamente concernentes à COVID-19. A partir disso, o trabalho restringiu-se aos Acordos TBT e SPS, de modo a se observar quais são os parâmetros acordados multilateralmente – e em consonância com os entendimentos firmados pelo Sistema de Solução de Controvérsias da OMC – para a devida imposição de uma medida não tarifária de importação, sob a alegação de proteção à saúde. A metodologia adotada pelo trabalho consistiu na análise de tratados multilaterais e julgados pela OMC, doutrina especializada e também de análise quantitativa qualitativa, quando das medidas não tarifárias concernentes à COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: TBT; SPS; Medidas não tarifárias; Saúde; COVID-19.

THE IMPOSITION OF NON-TARIFF IMPORT MEASURES UNDER THE ALLEGATION OF HEALTH PROTECTION

ABSTRACT

This present study examines the parameters utilized to proceed to an imposition of a non-tariff-measure, under the scope of the Technical Barriers to Trade (TBT) and Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) Agreements, when a World Trade Organization (WTO) member undertakes those kinds of measures in order to safeguard its public health. Thereunto, the development of the multilateral trade system and its rules were analyzed, also encompassing the General Agreements on Tariffs and Trade (GATT) and the

current non-tariff-measures applied due to the COVID-19. After that, the TBT and SPS Agreements were approached, in order to observe which are the multilateral parameters – in line with the WTO's Dispute Settlement Understanding jurisprudence – for the duly imposition of a non-tariff-measure, under the argument of health protection. The methodology adopted in this work consisted in the exam of multilateral trade agreements and judged cases

under the scope of WTO, specialized doctrine and a quantitative-qualitative analysis, when the COVID-19's measures were undertaken.

KEYWORDS: TBT; SPS; Non-tariff-measures; public health; COVID-19.

INTRODUÇÃO

O presente artigo terá como objetivo questionar as medidas não tarifárias aplicadas sob uma perspectiva de defesa da saúde, inclusive na pandemia da COVID-19, investigando qual seria sua correta aplicação, nos termos das decisões já firmadas pelo Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Esse estudo se mostra relevante, na medida em que as medidas não tarifárias, quando impostas, especialmente numa situação de crise de saúde pública, afetam o fluxo de comércio internacional, tanto no fornecimento de insumos essenciais, como medicamentos, máscaras e instrumentos médicos, por exemplo, ou também se configurando como restrições disfarçadas ao comércio.

Com isso, a problemática desse estudo consiste em entender em que medida é possível – e juridicamente legítimo – sob a alegação de proteção da saúde pública, a aplicação de medidas não tarifárias de importação, focalizando-se principalmente as barreiras técnicas e sanitárias e fitossanitárias.

Desse modo, o trabalho foi subdividido em dois capítulos: o primeiro fornecendo as regras gerais de proteção à saúde no sistema multilateral, derivadas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e seus princípios e o segundo abordando as regras do Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT) e Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS).

Quanto à metodologia do trabalho, utilizar-se-á estudos de casos e também de análise qualitativa-quantitativa, dado que será detalhado um estudo referente aos tipos de medidas aplicadas pelos países durante a pandemia da COVID-19.

1 MEDIDAS NÃO TARIFÁRIAS E GATT

Este tópico abordará o que são medidas não tarifárias, diferenciando-se das medidas tarifárias, para então tratar da sua relação com o GATT e a proteção da saúde pública, bem como regras gerais do sistema multilateral de comércio nesse sentido.

1.1 Medidas Tarifárias e Medidas Não Tarifárias

Segundo Walter Goode, uma tarifa (ou barreira tarifária) deve ser entendida como o direito aduaneiro sobre a importação de mercadorias, podendo se dar de forma específica ou *ad valorem*. Trata-se de uma vantagem de preços para os produtos similares¹ produzidos localmente, além de aumentar as receitas domésticas. Ademais, as tarifas são cobradas principalmente sobre importações, podendo também recair, ainda que de forma mais rara, em exportações².

De acordo com Tom Pierre, as tarifas se operam quando os exportadores cruzam nossas fronteiras com bens ou mercadorias e sofrem com a imposição dos tributos incidentes na importação, tendo de pagá-los – em regra – nas alfândegas brasileiras, na proporção definida pelo Estado, de acordo com sua legislação aduaneira e fiscal³. Somado a isso, German Segre complementa que as tarifas são “representadas pelas alíquotas de imposto de importação, taxas diversas e valoração aduaneira⁴”.

Apresentado o conceito de medida tarifária, passa-se agora a tratar do que é uma medida não tarifária. Segundo a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), as medidas não tarifárias são conceituadas como:

Medidas políticas diferentes de tarifas aduaneiras que potencialmente possam ter um efeito econômico no comércio internacional de bens, quantidades comercializadas, preços, ou ambos (tradução livre)⁵.

Com isso, as medidas não tarifárias podem ser consideradas aquelas que se diferenciam das tarifárias alfandegárias e que podem, potencialmente, ter um efeito no comércio internacional, ao alterar as quantidades comercializadas e/ou preços.

É importante também observar que as medidas não tarifárias se diferenciam das barreiras não tarifárias, por estas últimas serem barreiras, de fato, ao comércio e por não serem tarifárias, como coloca Lawrence Kogan⁶. Nesse sentido, como coloca o autor, embora as

¹ Considera-se o produto similar o produto nacional com condições de substituir o importado, observada a qualidade e especificações, preço e prazo de entrega, nos termos do art. 1º do Decreto 61.574/1967 (BRASIL. **Decreto nº 61.574, de 20 de outubro de 1967**. Regulamenta a similaridade conforme o disposto no Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61574impressao.htm. Último acesso em: 16/11/2020).

² GOODE, Walter. **Dictionary of Trade Policy Terms**. 5ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

³ SILVA, Tom Pierre Fernandes da. **Tributação no Comércio Exterior Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 18

⁴ SEGRE, German. **Manual Prático de Comércio Exterior**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018. p. 23.

⁵ *Policy measures other than ordinary customs tariffs that can potentially have an economic effect on international trade in goods, changing quantities traded, or prices or both*. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Classification of Non-Tariff Measures**. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab2019d5_en.pdf. Último Acesso em: 03/09/2020.

⁶ KOGAN, Lawrence A. *REACH Revisited: a Framework for Evaluating Whether a Non-Tariff Measure Has Matured into an Actionable Non-Tariff Barrier to Trade*. **American University Law Review**, Washington, Vol. 28, No.2, 2012, p. 489-668.

medidas não tarifárias nem sempre restrinjam o comércio, frequentemente resultam em restrições desnecessárias a esse, como nos casos de regulações técnicas consumeristas e saúde pública, ensejando – assim – essa confusão de nomenclaturas: medidas e barreiras não tarifárias⁷.

A ASEAN (Associação de Nações do Sudeste Asiático) também complementa esse conceito ao colocar que as barreiras não tarifárias são aquelas medidas que não são tarifárias e que efetivamente proíbem ou restringem a importação ou exportações de bens de países membros⁸.

Além disso, em se tratando da previsibilidade e transparência das medidas não tarifárias, Michael Daly e Hiroaki Kuwahara se posicionam no sentido de que o GATT teve sucesso na negociação de reduções tarifárias devido à natureza de maior evidência e capacidade de quantificação. As medidas não tarifárias, por outro lado, apresentam-se mais opacas e necessitam de maior atenção, por poderem minar o progresso multilateralista comercial⁹.

A Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) complementa que as medidas não tarifárias são de uma previsibilidade e evidência mais difícil de quantificar, por gerarem restrições ao comércio com base em aspectos políticos e regulatórios complexos e podendo alterar variáveis como preços e quantidades de determinado produto¹⁰.

Ademais, de acordo com Robert Staiger, as medidas não-tarifárias também podem ser classificadas de três modos distintos: (i) impostas na importação, como proibições à importação ou licenciamento de determinado produto; (ii) impostas na exportação, como proibições à exportações, quotas, subsídios à exportação; e (iii) impostas internamente na economia doméstica, como legislações domésticas tratando de saúde, proteção ao meio ambiente ou padrões técnicos¹¹, ou subsídios domésticos¹², por exemplo.

⁷ Ibidem

⁸ ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. **Guidelines for the Implementation of ASEAN Commitments on Non-Tariff Measures on Goods**. Disponível em: https://asean.org/storage/2018/12/Guidelines_for_the_Implementation_of_ASEAN_Commitments_on_NTMs-July_2018-AEM-AFTAC_32.pdf. Último Acesso em: 07/09/2020.

⁹ DALY, Michael; KUWAHARA, Hiroaki. *The Impact of the Uruguay Round on Tariff and Non-Tariff Barriers to Trade in the 'Quad'*. **The World Economy**: Nottingham, Volume 21, No. 02, p. 207-234, 1998.

¹⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Looking Beyond Tariffs: The Role of Non-Tariff Barriers in World Trade**. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/trade/looking-beyond-tariffs_9789264014626-en#page1. Último acesso em: 05/09/2020.

¹¹ Como certas especificações que determinados produtos devem atender, como brinquedos, extintores de incêndio, berços, ou a questão da tomada de três pinos, por exemplo.

¹² STAIGER, Robert W. **Non-Tariff Measures and the WTO**. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/57619/1/68350097X.pdf>. Último Acesso em: 05/09/2020.

A UNCTAD também apresenta uma subcategoria dessas medidas não tarifárias de importação em técnicas e não técnicas, além de categorizá-las em capítulos específicos¹³. O presente estudo abordará somente as medidas impostas na importação, de natureza técnica, que guardem correlação com as medidas sanitárias e fitossanitárias.

1.2 GATT: Princípios Gerais e Proteção à Saúde

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio surgiu em 1947, como um instrumento provisório e marcado por sua dinamicidade e postulados multilaterais de comércio, em detrimento da visão unilateralista da época¹⁴.

A partir disso, oito rodadas de negociação foram realizadas, com o intuito de fomentar o multilateralismo comercial e a liberalização progressiva de medidas tarifárias e não tarifárias¹⁵. Dentre as rodadas mais importantes para a proteção da saúde, têm-se as rodadas Tóquio e a Uruguai, como as mais importantes, em termos de proteção da saúde pública.

Enquanto a Rodada Tóquio foi a primeira vez que em que foi debatida a questão de uma regulamentação adicional voltada medidas não tarifárias que tivessem risco à saúde (notadamente barreiras técnicas e medidas sanitárias e fitossanitárias), a rodada Uruguai foi responsável por incorporar os acordos sobre barreiras técnicas (Acordo TBT) e medidas sanitárias e fitossanitárias (Acordo SPS), dentre outros acordos, sendo inclusive considerado por autores como Luiz Felipe Lampreia, como o maior acordo comercial da história¹⁶.

Como regra geral, o GATT teria de respeitar o princípio da não discriminação, em sua profundidade tanto de tratamento nacional¹⁷, bem como de nação mais favorecida¹⁸. O autor

¹³ Para um maior detalhamento dos tipos de medidas não tarifárias que podem ser impostas, recomenda-se a leitura de UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Op. cit.

¹⁴ LARRAÑAGA, Félix Alfredo. **Organismos Internacionais de Comércio**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p.50.

¹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. **The Doha Round**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm. Último acesso em 06/11/2020.

¹⁶ LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. **Estud. av.**, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Abril 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso. Último acesso em: 04/10/2020.

¹⁷ O princípio do Tratamento Nacional determina que os produtos importados e produzidos nacionalmente devam ser tratados igualmente – na medida em que ingressam no mercado nacional (WORLD TRADE ORGANIZATION. **Principles of the trading system**. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=Most%2Dfavoured%2Dnation%20\(MFN,for%20all%20other%20WTO%20members](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=Most%2Dfavoured%2Dnation%20(MFN,for%20all%20other%20WTO%20members). Último acesso em: 25/10/2020).

¹⁸ O Princípio da Nação mais Favorecida estabelece a regra geral de tratamento do GATT, determinando que – dentro dos acordos da OMC – os países não podem normalmente discriminar seus parceiros comerciais e, caso um benefício seja concedido a um país, deve ser ampliado a todos os outros Estados membros (WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO Agreements & Public Health: a Joint Study by the WHO and the WTO Secretariat**. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who_wto_e.pdf. Último acesso em: 08/10/2020.)

John Jackson, contudo prevê que o art. XX do GATT possa permitir afastamentos desses princípios¹⁹.

Isso se daria pelo sistema multilateral reconhecer a aptidão dos Estados de conservar o seu direito de buscar outros objetivos, como a proteção da saúde de seus cidadãos ou proteção ambiental. Estes objetivos, contudo, podem requerer a utilização de medidas diferentes das tarifárias e que possam ter impacto no fluxo de comércio internacional²⁰.

Esta aptidão está englobada como uma das exceções gerais, presentes no artigo XX, alínea “b”, do GATT. Ressalte-se que também há disposição análoga aplicada ao comércio de serviços, como previsto no Artigo XIV, do GATS²¹. Neste sentido, cita-se o primeiro Acordo:

Artigo XX – Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: (...) (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais²²;

Com isso, a aplicação do Princípio da Nação Mais Favorecida pode se excepcionar com fundamento na proteção da saúde (inclusive animal e vegetal). Entretanto, a própria excepcionalidade a esse princípio se dá por parâmetros aplicados de forma irrestrita a todos os países, ou seja, caso determinado membro proceda à discriminação de um produto, com base em proteção da saúde, esta deverá se dar mediante a adoção de critérios iguais aos países²³. Ou seja, se um país discrimina determinado produto do Estado X, deve ampliar tal discriminação a produtos iguais de todos os outros estados membros.

1.3 Acerca da Necessidade de Complementação Técnico-Regulamentar do GATT

Ainda que o GATT e a Rodada Tóquio tenham tratado de questões relacionadas à saúde pública, essas regulações falharam em prover uma estrutura que promovesse uma adequada

¹⁹ JACKSON, John. *The World Trading System*. 7ª Edição. Boston: Massachusetts Institute of Technology Press, 1995.

²⁰ SANTANA, Roy; JACKSON, Lee Ann. *Identifying non-tariff barriers: evolution of multilateral instruments and evidence from the disputes (1948–2011)*. *World Trade Review*: Volume 11, No. 03, p. 462 – 478, 2012.

²¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Agreement on Trade in Services*. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf. Último acesso em: 02/09/2020.

²² BRASIL. **Lei nº 313, de 30 de julho de 1948**. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l313.htm. Último acesso em: 06/10/2020.

²³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO Agreements & Public Health: a Joint Study by the WHO and the WTO Secretariat*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who_wto_e.pdf. Último acesso em: 08/10/2020.

distinção entre quais medidas eram necessárias ou constituíam uma obstaculização do comércio internacional, em determinadas situações excepcionais, como crises sanitárias.

Somado a isso, a aplicação deficitária dessa regulamentação fez com que ocorresse um efeito ínfimo na redução de barreiras técnicas ao comércio²⁴.

A título de exemplo, no ano de 1966, as exportações do gênero alimentício dos EUA eram afetadas na faixa de 57%, por barreiras não tarifárias ao comércio. Já em 1986, ano de início das negociações da Rodada Uruguai, a influência dessas barreiras chegou a quase 90% das exportações, o que gerou interesse, por parte dos exportadores, em um melhor controle²⁵.

Entretanto, foi somente com a Rodada Uruguai que o GATT teve a devida complementação de seu art. XX(b), ocasião em que também se foram positivados os Acordos SPS e TBT.

Essas medidas, contudo, ainda permanecem como um entrave ao comércio internacional, na medida em que são vistas por países em desenvolvimento como uma maior restrição do que medidas tarifárias ou restrições quantitativas. Nesse sentido coloca o Fundo Monetário Internacional – FMI, baseado nos estudos de Tsunehiro Otsuki, John Wilson e Mirvat Sewadeh:

As barreiras técnicas viraram um problema principal concernente ao acesso de mercados. Notificações anuais de novas barreiras técnicas (incluindo padrões de saúde, segurança e de produtos) ao GATT/OMC aumentaram constantemente de uma ou duas dúzias no começo dos anos 80 a mais de 400 em 1999. Países de pequena e média renda reportaram que no período de 1996-1999, mais de 50% das suas potenciais exportações de peixe processado, carne, frutas e legumes foram “prevenidos”, dada a inabilidade de cumprimento com os requerimentos previstos pelo acordo SPS. Esses e outros requerimentos técnicos foram vistos, pelos países em desenvolvimento, como uma maior restrição às suas habilidades de explorar vantagens comparativas e, por conseguinte, de exportar, do que tarifas e restrições quantitativas (tradução livre)²⁶.

Ademais, esse mesmo estudo do FMI realizado em 2002, baseado em um estudo de Spencer Henson e da OCDE, também identificou que os requerimentos do SPS e outros

²⁴ DOWNES, Chris. *The Impact of WTO SPS Law on EU Food Regulations*. Bruxelas: Springer International Publishing, 2014. p. 4

²⁵KOUL, Autar Krishen. *Guide to the WTO and GATT*. Nova Déli: Satyam Law International, 2018. p. 451

²⁶ Technical barriers have become a key concern regarding Market access. Annual notifications of new technical barriers (including health and safety standards, and product standards) to GATT/WTO increased steadily from a dozen or two in the early 1980s to over 400 in 1999. Low- and middle-income countries reported that over the period from 1996-1999 more than 50 percent of their potential exports of fresh and processed fish, meat, fruit and vegetables into the EU were ‘prevented’ by their inability to comply with SPS (Sanitary and Phytosanitary Measures) requirements.⁸⁷ SPS and other technical requirements have been viewed by developing country trade officials as a greater constraint on their ability to exploit their comparative advantages and hence to export than tariffs and quantitative restrictions. (INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Market Access for Developing Country Exports – Selected Issues*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pdr/ma/2002/eng/092602.pdf>. Último acesso em: 16/10/2020).

requerimentos técnicos foram vistos como os principais fatores que impediram a exportação de produtos agrícolas e alimentícios para a União Europeia em 65 países de rendas baixas e médias²⁷.

2 AS MEDIDAS NÃO TARIFÁRIAS E O ACORDO TBT E SPS

Este segundo tópico abordará a aplicação das medidas não tarifárias acobertadas pelos Acordos TBT e SPS, delineando os requisitos que devem ser observados nesses tratados, quando da aplicação de uma medida. Ao final, será apresentado um estudo quantitativo sobre a aplicação dessas medidas e a COVID-19.

2.1 Acordo TBT

Com o Acordo TBT, visou-se a supressão das falhas e deficiências presentes nas normas acerca de barreiras técnicas, previstas no *GATT Standards*. Quanto ao escopo de aplicação do Acordo TBT, tem-se, segundo a *European Public Health Alliance*:

O Acordo TBT visa a assegurar que as regulações técnicas, padrões e procedimentos de avaliação de conformidade não sejam discriminatórios e não criem obstáculos desnecessários ao comércio. Também reconhece o direito dos membros para a implementação de medidas para alcançar objetivos políticos legítimos, como a proteção da saúde humana ou do meio ambiente (tradução livre)²⁸.

A autora Samantha Gaul também afirma que o Acordo TBT é estruturado de modo a atingir dois objetivos simultaneamente: assegurar a liberalização comercial, enquanto assegura que os Membros da OMC adotem regulações técnicas a fim de alcançar objetivos políticos específicos, como a proteção da saúde e meio ambiente. Ademais, aduz a autora que a estrutura do Acordo TBT também busca aliviar a tensão histórica entre regulação social e liberalização comercial²⁹.

A própria OMC também dispõe quanto aos objetivos desse tratado, que o maior número de regulações técnicas e padrões são voltados à proteção da saúde e segurança humana, com

²⁷ Ibidem

²⁸ *The TBT agreement aims to ensure that technical regulations, standards and conformity assessment procedures are not discriminatory and do not create unnecessary obstacles to trade. It also recognises members' right to implement measures to achieve legitimate policy objectives such as the protection of human health or the environment.* (EUROPEAN PUBLIC HEALTH ALLIANCE. **Trade, Investment and Public Health: Protecting Public Health in EU and post-Brexit Trade Agreements.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=19253>. Último acesso em: 11/09/2020).

²⁹ GAUL, Samantha. *The Technical Barriers to Trade Agreement: A Reconciliation of Divergent Values in the Global Trading System.* **Chicago-Kent Law Review**: Chicago, v. 91, n. 1, p. 267-294, 2016.

numerosos exemplos, como regulações nacionais que requerem veículos automotores sejam equipados com cintos de segurança, de modo a minimizar danos decorrentes de acidentes. Outro exemplo seriam as marcações de cigarros, a fim de demonstrar que estes produtos são perigosos à saúde, caso consumidos³⁰.

Dentre os casos acionados na OMC acerca de proteção da saúde e segurança humana, convém citar o *US – Clove Cigarettes*³¹, em que os EUA aplicou uma medida com fins à redução de fumantes jovens, e o caso *EC-Asbestos*³², que buscou a eliminação ou redução dos riscos postos decorrentes das fibras de Asbestos (que podem causar doenças, especialmente pulmonares³³).

Este Acordo também se aplica à proteção da saúde animal e vegetal, ao incluir regulamentos que asseguram que certas espécies ameaçadas não sejam extintas por conta de poluição marinha, atmosférica ou do solo. Como expõe a OMC, alguns países, por exemplo, requerem que certas espécies ameaçadas de extinção atinjam um determinado comprimento antes de serem capturadas³⁴.

O preâmbulo do Acordo TBT, por sua vez, dispõe que este tratado reconhece a importância de padrões internacionais e procedimentos e sistemas de avaliação de conformidade, aspirando ao desenvolvimento desses, a fim de aumentar a eficiência da produção e facilitar o comércio internacional, evitando obstáculos desnecessários³⁵.

O preâmbulo igualmente reconhece que nenhum país deve ser impedido de adotar medidas necessárias, de modo a assegurar a qualidade de suas exportações, ou proteção humana, vegetal, animal, da saúde, meio ambiente, segurança ou prevenção de práticas

³⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Technical Information on Technical barriers to trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_info_e.htm. Último acesso em: 19/10/2020.

³¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406R-01.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

³² WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities – Measures Affecting Asbestos And Asbestos-Containing Products. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

³³ Para mais informações acerca das doenças inter-relacionadas com os Asbestos, recomenda-se a leitura de TERRA FILHO, Mário; FREITAS, Jefferson Benedito Pires de; NERY, Luiz Eduardo. **N. Jornal. Brasileiro de pneumologia**: São Paulo, v. 32, supl. 2, p. S48-S53, Maio de 2006.

³⁴ Ibidem

³⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Technical Barriers to Trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf. Último acesso em: 10/09/2020.

enganosas - em níveis que são considerados apropriados³⁶, retomando a exegese do art. XX, alínea (b), do GATT³⁷.

Essas medidas adotadas, todavia, não podem ser discriminatórias, ou aplicadas de uma maneira que se constitua como uma discriminação entre países nas quais vigoram condições idênticas, ou que sejam restrições disfarçadas ao comércio internacional³⁸.

Excepcionalmente, contudo, o art. 12 desse acordo possibilita que um tratamento diferenciado e mais favorável seja concedido a países em desenvolvimento, inclusive levando em conta seus fatores financeiros e com vistas a assegurar que as medidas não tarifárias não criem obstáculos desnecessários às exportações desses países³⁹.

Já quanto às restrições ao comércio internacional, esse entendimento também é relatado no art. 2.2 desse acordo, acerca das regulações técnicas. *In verbis*:

2.2. Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, inter alia, imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, inter alia, a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos⁴⁰.

Desse artigo surgem algumas controvérsias. A expressão “objetivo legítimo”, por exemplo, como julgado no Órgão de Apelação (OAp) do caso *US-Tuna II (Mexico)*, é definida como um alvo lícito, justificável ou adequado. O rol disposto no art. 2.2, por sua vez, seria meramente exemplificativo e proveria apenas um guia para a análise de consideração da legitimidade de um objetivo, além de exemplos de objetivos legítimos⁴¹.

Já no que tange às restrições ao comércio, o Painel desse mesmo caso explicitou que a avaliação se determinada regulação técnica é mais restritiva que o necessário deve observar: (i) o grau de contribuição feito pela medida em alcançar o objetivo legítimo em questão; (ii) o grau

³⁶ Ibidem

³⁷ THORSTENSEN, Vera Helena. VIEIRA, Andreia Costa. ***TBT, SPS and PS: are the wolves of protectionism disguised under sheep skin?*** FGV EESP - CCGI – Papers, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16351>. Último acesso em: 11/09/2020.

³⁸ Ibidem

³⁹ Ibidem

⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020

⁴¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Concerning The Importation, Marketing and Sale Of Tuna and Tuna Products. Report of the Appellate Body***. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/WT/DS/381ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

de restrição dessa medida; e (iii) a natureza dos riscos do problema e a gravidade das consequências que poderiam surgir do não cumprimento do objetivos almejados pela medida não tarifária⁴².

Já a questão da restrição ao comércio da medida aplicada é principalmente analisada no caso *Australia – Tobacco Plain Packaging (Indonésia)*. O Painel desse caso notou que a demonstração da restrição ao comércio será derivada em decorrência das circunstâncias apresentadas em cada caso e que tais demonstrações poderão ser baseadas em aspectos quantitativos, qualitativos ou ambos, incluindo evidências relativas às características da medida desafiada⁴³.

2.1.1 Acerca da Harmonização

A questão da harmonização também é trazida no Acordo TBT, ao exigir dos membros que sejam consideradas normas internacionais em suas regulações domésticas, a menos que tal uso não seja efetivo ou inapropriado, como coloca o art. 2.4 desse tratado:

Quando forem necessários regulamentos técnicos e existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva for iminente, os Membros utilizarão estas normas ou seus elementos pertinentes como base de seus regulamentos técnicos, exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam um meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, por exemplo, devido a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais⁴⁴.

Segundo Gianluca Orefice, a harmonização serve como meio de redução dos potenciais efeitos negativos no comércio internacional e consiste na definição de um objetivo político comum, além dos aspectos técnicos para atingi-lo⁴⁵.

Jurisprudencialmente, a OMC separa a análise desse artigo em alguns tópicos. Primeiramente, quanto à definição do que seria um padrão internacional, o OAp no caso *US –*

⁴² WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Concerning The Importation, Marketing and Sale Of Tuna and Tuna Products. Report of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/381R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁴³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Report of the Panels*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/435R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁴⁵ OREFICE, Gianluca; PIERMATINI, Roberta; ROCHA, Nádia. **Harmonization and Mutual Recognition: What are the Effects on Trade**. Disponível em: <https://gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/5808.pdf>. Último acesso em: 19/10/2020.

Tuna II (Mexico) afirma que se trata de um padrão adotado por uma organização internacional de padronização e disponível ao público⁴⁶.

O OAp no Caso *EC – Sardines*, por sua vez, complementa e dispõe que ainda que não seja adotado por um consenso, um padrão adotado por um órgão internacional reconhecido de padronização, como a Organização Internacional de Padronização, também pode constituir um padrão relevante internacional⁴⁷.

Com isso, Michael Ming Du defende que esse os regulamentos técnicos impõem aos membros da OMC uma obrigação contínua de exame e possível modificação de sua regulação técnica, quando da existência de um novo padrão internacional. Com isso, os membros da OMC empregaram uma fonte externa de regulação internacional, de modo a promover um sistema harmonizado, se não comum, de regras que possam ser capazes de promover a limitação de barreiras ao comércio, decorrentes das legislações nacionais. Para esse autor, todas essas obrigações indicam a emergência de um novo modelo regulatório⁴⁸.

No tocante à saúde, a Organização Mundial da Saúde - OMS também apresenta papel essencial ao contribuir para o estabelecimento de padrões internacionais e aumentando o acesso ao mercado global de medicamentos produzidos em países em desenvolvimento. Essa organização internacional também contribui para o estabelecimento de padrões internacionais de saúde e commodities relacionados à saúde, incluindo medicamentos⁴⁹.

Baseado no Acordo TBT, os medicamentos genéricos que apresentam padrões internacionais aceitáveis e que são produzidos em países em desenvolvimento podem ter livre acesso ao mercado global, inclusive no mercado de países desenvolvidos, que não podem barrá-los por outras barreiras técnicas ou outras medidas não tarifárias, como as medidas antidumping⁵⁰.

⁴⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Concerning The Importation, Marketing and Sale Of Tuna and Tuna Products. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/381ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁴⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities – Trade Description Of Sardines. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/231ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁴⁸ MING DU, Michael. *Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From Non-discrimination to Harmonization*. *Chinese Journal of International Law*: Oxford, v. 6, n. 2, 2007, p. 269-306.

⁴⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The Implications of GATT and WTO Agreements on Health in General*. Disponível em: https://applications.emro.who.int/docs/em_RC47_6_en.pdf. Último acesso em: 18/10/2020.

⁵⁰ Ibidem

2.1.2 Acerca das Medidas Não Tarifárias

Quanto às medidas não tarifárias, nota-se que o Acordo TBT apresenta três tipos de medidas que podem ser adotadas, quais sejam: as regulações técnicas, padrões (*Standards*) e procedimentos de avaliação de conformidade⁵¹.

Segundo Vera Thorstensen, a diferença entre regulamentos técnicos e padrões (*Standards*) recai na obrigatoriedade de seu cumprimento. Enquanto os regulamentos técnicos são mandatórios, os padrões são de natureza voluntária⁵².

De acordo com o item 1 do Anexo 1 do Acordo TBT, os regulamentos técnicos são conceituados como:

Documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, cujo cumprimento é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção⁵³.

Como coloca Joseph Weiler, os regulamentos técnicos dispõem sobre atributos específicos de produtos, como tamanho, forma, design, função e desempenho, ou o modo como é rotulado ou embalado. Em certas situações, a forma de produção pode, inclusive, afetar essas características e então se provaria mais apropriado parametrizar tais aspectos desse produto⁵⁴.

Dois exemplos de regulamentos técnicos que podem ser aplicados à proteção da saúde são apresentados: critérios de qualidade de máscaras e procedimentos para a manufatura de sanitizantes e antissépticos. Na primeira situação, o regulamento técnico especifica os requerimentos para máscaras utilizadas para a prevenção de emissões de aerossóis de pessoa a pessoa⁵⁵, enquanto o segundo estabelece os critérios excepcionais para a produção e manufatura de antissépticos e sanitizantes, tais como a concentração e forma do álcool líquido e gel produzido⁵⁶.

⁵¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Technical Barriers to Trade*. Op. Cit.

⁵² THORSTENSEN, Vera Helena. VIEIRA, Andreia Costa. *TBT, SPS and PS: are the wolves of protectionism disguised under sheep skin?* FGV EESP - CCGI – Papers, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16351>. Último acesso em: 11/09/2020.

⁵³ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁵⁴ WEILER, Joseph; CHO, Sungjoon; Feichtner, Isabel. *International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization*. Disponível em: http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/Unit_VIII.-TBT.pdf. Último acesso em: 19/10/2020.

⁵⁵ TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM. *Regular notification G/TBT/N/KEN/1013*. Disponível em: <http://tbims.wto.org/en/RegularNotifications/View/166995?FromAllNotifications=True>. Último acesso em: 13/11/2020.

⁵⁶ TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM. *Addendum G/TBT/N/BRA/989/Add.1*. Disponível em:

Conclui esse autor que as barreiras técnicas geralmente surgem da preparação, adoção e aplicação de diferentes regulamentos técnicos e procedimentos de avaliação de conformidade, exemplificando que se um produtor do país A exporta para o país B, este estará obrigado a satisfazer os regulamentos técnicos que vigem em B. Esses regulamentos podem inclusive estar associados a fatores geográficos (como em maiores requerimentos para artigos de construção em áreas com alto índice de terremotos) ou renda *per capita* (que resulta em maior demanda por alta qualidade e segurança de produtos)⁵⁷.

Quanto à preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos, observa-se no Acordo TBT que os Membros devem assegurar que não haja um tratamento menos favorável do que aqueles concedidos aos produtos similares domésticos e de outro país, não criem obstáculos restritivos ou desnecessários ao comércio, seja harmonizado em normas internacionais – quando aplicável e levando em conta seus recursos - e apresente as justificativas quando adotar um regulamento técnico que possa ter efeito significativo sobre o comércio de outro membro⁵⁸.

Dado que as questões das restrições ao comércio e harmonização foram tratadas anteriormente, tratar-se-á aqui como se dá a questão do tratamento menos favorável e apresentação de justificativas de normatização de um regulamento técnico ante a outro membro.

Quanto à participação do SSC da OMC, o OAp do caso *US – Clove Cigarettes* constatou que o art. 2.1 do Acordo TBT contém uma obrigação de tratamento nacional e Nação Mais Favorecida, proibindo a discriminação via utilização de barreiras técnicas entre produtos similares domésticos e importados⁵⁹.

Além disso, esse caso também dispõe que há uma inconsistência com esses princípios analisando se a medida não tarifária constitui uma regulação técnica, os produtos realmente são similares⁶⁰ e se o tratamento dado a eles está sendo inferior aos produtos similares domésticos

<http://tbims.wto.org/en/ModificationNotifications/View/167902?FromAllNotifications=True>. Último acesso em: 13/11/2020.

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁵⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁶⁰ Entendido por esse caso como os produtos diretamente competitivos ou substituíveis.

ou de outras origens, ou seja, se os produtos estão sofrendo mais restrições ao comércio, sob a alegação de se perquirir o objetivo legítimo auferido⁶¹.

Nesse caso, entendeu-se que os EUA falharam em demonstrar que o banimento das importações indonésias de cigarros de cravo seria suficiente para reduzir o consumo desse tipo de cigarro pelos jovens e prevenir o fumo por este grupo, consequentemente melhorando a saúde pública. O OAp entendeu que - em verdade - a adoção dessa medida pelos EUA seria inconsistente e oferecia um tratamento mais desfavorável ao produto similar indonésio, em relação ao estadunidense⁶².

Noutro giro, no tocante à apresentação de justificativas de um regulamento técnico ante outro membro, observa-se que o OAp do caso *EC – Sardines*⁶³ apenas estabelece uma obrigação compulsória de apresentar a informação regulatória ao outro membro, que – segundo o Painel de *US - Clove Cigarettes* – deve se dar acompanhada de quatro elementos, quais sejam: (i) o membro está preparando, adotando ou aplicando uma regulação técnica; (ii) essa medida pode ter um efeito significativo a outros membros; (iii) há um requerimento de um outro membro afetado; e (iv) a justificação dessa medida⁶⁴.

O Anexo 1 do Acordo TBT também disponibiliza, em seu item 2, a conceituação dos Padrões (*Standards*), como se segue:

Documento aprovado por uma instituição reconhecida que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção conexos, cujo cumprimento não é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção⁶⁵.

⁶¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁶² WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁶³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities – Trade Description Of Sardines. Report of the Appellation Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/231ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁶⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406R-01.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

Diferentemente dos Regulamentos Técnicos, os Padrões são de cumprimento voluntário. Isso implica que os produtos de países que não os cumprem ainda podem ser permitidos no mercado. Entretanto, sua participação pode ser afetada caso os consumidores preferiram adotar padrões locais, como de qualidade ou de cor (no caso de produtos têxteis e vestuário)⁶⁶.

Como exemplos de padrões aplicados à saúde, possuímos padrões para a terminologia e rotulagem de medicamentos. Isso é importante por evitar confusão com outros medicamentos e evitar também o engano e fraude, por pacientes e profissionais de saúde⁶⁷.

O art. 4 desse Acordo também dispõe sobre a preparação, adoção e aplicação de padrões, ao dispor que os membros devem assegurar que os seus órgãos padronizadores centrais aceitem e cumpram com o Código de Boas Práticas para Preparação, Adoção e Aplicação de Padrões.

Em suma, esse Código previsto no Anexo 3 do tratado em questão dispõe de regras a fim de evitar a criação de obstáculos ao comércio, harmonizar mais amplamente os regulamentos técnicos e aumentar a transparência desses⁶⁸.

Já os procedimentos de avaliação de conformidade são o terceiro tipo de medida não tarifária prevista no Acordo TBT, sendo conceituados como “Qualquer procedimento utilizado direta ou indiretamente para determinar que as prescrições pertinentes de regulamentos técnicos ou normas são cumpridas”⁶⁹. Ademais, estão consubstanciados em, *inter alia*, procedimentos de amostragem, testagem e inspeção, avaliação, verificação e garantia de conformidade, registro, credenciamento e aprovação, além das combinações destes.

Para o caso de proteção à saúde, pode-se citar a avaliação de desempenho e qualidade de respiradores, com o intuito de identificar se são aptos ou não para serem utilizados no combate à COVID-19⁷⁰, por exemplo.

Para a avaliação de conformidade, por órgãos governamentais centrais⁷¹ (com regras extensíveis a órgãos locais e também não governamentais, como previsto nos arts. 7 e 8), devem

⁶⁶ WEILER, Joseph; CHO, Sungjoon; Feichtner, Isabel. Op. Cit.

⁶⁷ KARET, Gail. *How Do Drugs Get Named?* **American Medical Association Journal of Ethics**: Chicago, vol. 21, n.8, p. 686-696, 2019.

⁶⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *WTO Analytical Index. TBT Agreement – Article 4 (Practice)*. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/tbt_art4_oth.pdf. Último acesso em: 24/10/2020.

⁶⁹ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁷⁰ TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM. **Addendum G/TBT/N/USA/1602/Add.** Disponível em: <http://tbims.wto.org/en/ModificationNotifications/View/167382?FromAllNotifications=True>. Último acesso em: 13/11/2020.

⁷¹ Incluindo órgãos centrais e locais, os quais são detalhados no Anexo 1 desse Acordo.

os Membros garantir a observância dos parâmetros previstos no art. 5º⁷² desse Acordo. Esses procedimentos serão elaborados e aplicados, com a finalidade de garantir o acesso ao mercado de determinado membro por fornecedores de outro membro, sem que haja uma discriminação⁷³.

Ademais, esses devem ser realizados de maneira mais célere possível e com transparência, ao comunicar um prazo de processamento ao requerente desse procedimento, além de informá-lo dos prazos e se explicar, quando ocorrer um atraso. As informações requeridas devem igualmente se limitar somente ao necessário para a avaliação de conformidade e serão confidenciais⁷⁴.

O SSC da OMC encarou a avaliação de conformidade sob alguns aspectos, quais sejam: discriminatório, de restrição ao mercado e procedimentos que devem ser observados pelo Membro avaliador.

O aspecto discriminatório foi analisado em *Russia – Railway Equipment*. Nesse caso, a Ucrânia desafiou a aplicação da avaliação de conformidade russa e seu tratamento discriminatório aos produtos ucranianos, em condições menos favoráveis. O painel decidiu que as obrigações seriam discriminatórias se os procedimentos para acesso ao mercado fossem menos favoráveis do que as de produtores domésticos ou de produtos de outro país, devendo também analisar se essas eventuais diferenças nas avaliações são decorrentes de uma legítima distinção regulatória⁷⁵.

O painel igualmente determinou que as condições menos favoráveis também deveriam ser analisadas individualmente (em cada caso) e que fossem baseadas em um mesmo produto similar, possibilitando assim uma coerência entre o produto e as condições da avaliação de conformidade⁷⁶.

Já a restrição ao mercado, de acordo com o Painel do caso *EC – Seal Products* se relaciona com a exegese do art. 2.2⁷⁷ desse acordo, devendo levar em conta o grau de restrição

⁷² Dada a extensão desse artigo, recomenda-se a leitura complementar em BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁷³ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁷⁴ Ibidem

⁷⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Russia – Measures Affecting The Importation Of Railway Equipment And Parts Thereof. Report of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/499R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

⁷⁶ Ibidem

⁷⁷ 2.2. Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo tendo em

adotado, a sua contribuição ao objetivo pretendido e outras possíveis alternativas menos restritivas, considerando os riscos que a ausência dessa avaliação geraria⁷⁸.

O Painel do caso *Russia – Railway Equipment* complementou essas restrições pelas medidas não tarifárias ao dispor que não podem ser somente teóricas, mas que também não gerem um ônus indevido no membro importador e sejam factíveis⁷⁹.

Além disso, de acordo com Joseph Weiler, levando em conta os artigos 5.2.3⁸⁰ e 5.2.6⁸¹ do Acordo TBT, a obrigação de evitar obstáculos desnecessários ao comércio também é extensível aos procedimentos de avaliação de conformidade, visto que um obstáculo desnecessário também pode gerar procedimentos mais estritos ou demorados do que o necessário para a avaliação de se um produto cumpre com as regulações e leis do país importador⁸².

Ademais, os Membros, sempre que possível, formularão e adotarão sistemas internacionais – e serão parte desses – para a avaliação de conformidade⁸³.

2.2 Acordo SPS

O outro acordo de suma importância a ser abordado, fruto das negociações da Rodada Uruguai, e que tem como cerne a saúde pública é o SPS, ou Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. Este tópico analisará qual o escopo de aplicação desse tratado no sistema multilateral, quais são seus princípios gerais e âmbito de aplicação, como se dá a

conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, inter alia, imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, inter alia, a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos.

⁷⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities – Measures Prohibiting The Importation And Marketing Of Seal Products. Reports of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/400R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

⁷⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Russia – Measures Affecting The Importation Of Railway Equipment And Parts Thereof. Report of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/499R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

⁸⁰ 5.2.3. as informações requisitadas limitem-se ao necessário para avaliar a conformidade e determinar as taxas;

⁸¹ 5.2.6. a localização das instalações utilizadas em procedimentos de avaliação de conformidade e a coleta de amostras não causem inconvenientes desnecessários aos solicitantes ou seus agentes;

⁸² WEILER, Joseph; CHO, Sungjoon; Feichtner, Isabel. *International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization*. Disponível em: http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/Unit_VIII.-TBT.pdf. Último acesso em: 19/10/2020.

⁸³ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

harmonização dos padrões adotados, a realização das avaliações de risco e também dos procedimentos de inspeção, controle e aprovação.

2.2.1 Incidência e Normas Gerais do Acordo SPS

De acordo com o autor Philippe Sands, vem ocorrendo o aumento do relacionamento entre comércio e direito internacional ambiental com a adoção de medidas comerciais em prol de objetivos como proteção da saúde e segurança humanas, animais e vegetais. Essas medidas, com possibilidade de impactar o comércio, são enfrentadas pelo Acordo SPS, que estabelece as condições básicas que governam as medidas promulgadas por membros, expandindo o art. XX (b) do GATT⁸⁴.

No próprio preâmbulo deste tratado, tem-se que nenhum membro deve ser prevented de adotar medidas de proteção da saúde humana, vegetal ou animal. Essas medidas, por sua vez, devem ser aplicadas de modo que não constituam meios arbitrários e injustificáveis de discriminação entre membros, cujas condições sejam semelhantes⁸⁵, ressalvado o tratamento especial e diferenciado de países em desenvolvimento⁸⁶.

Além disso, o preâmbulo também prima pela a harmonização de medidas pelos membros, com base em padrões internacionais, como o *Codex Alimentarius*, por exemplo, elaborado pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura – FAO/ONU. Desse modo, as medidas sanitárias e fitossanitárias devem ter por base padrões, guias ou recomendações internacionais, quando existirem. Os membros também podem introduzir outras medidas que vão além dessas medidas sanitárias e fitossanitárias, quando da existência de determinada justificação científica, conforme o Artigo 3 desse tratado⁸⁷.

⁸⁴ SANDS, PHILIPPE. *Principles of International Environmental Law*. 2ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 977

⁸⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15-sps.pdf. Último acesso em: 26/09/2020.

⁸⁶ Essa ressalva tem por intuito assegurar as suas oportunidades de exportação, como o estabelecimento gradual e com prazos mais longos para o devido cumprimento de medidas sanitárias e fitossanitárias, também possibilitando a concessão de exceções específicas, levando em conta os fatores comerciais e financeiros do membro em desenvolvimento, requerente dessas exceções (Ibidem).

⁸⁷ Artigo 3

1. Com vistas a harmonizar as medidas sanitárias e fitossanitárias da forma mais ampla possível, os Membros basearão suas medidas sanitárias e fitossanitárias em normas, guias e recomendações internacionais, nos casos em que existirem, exceto se diferentemente previsto por este Acordo e em especial no parágrafo 3.

2. Presumir-se-ão como necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, assim como serão consideradas compatíveis com as disposições pertinentes do presente Acordo e do GATT 1994 as medidas sanitárias e fitossanitárias que estejam em conformidade com normas guias e recomendações internacionais.

3. Os Membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica ou como consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado, de acordo com as disposições

De acordo com Chris Downes, apesar do Acordo SPS se esforçar para buscar a harmonização, este não necessariamente requer uma homogeneidade de medidas. Além disso, os membros também devem aceitar medidas de outros membros, independentemente de sua forma regulatória, desde que presentes os níveis aceitáveis de proteção para o membro importador⁸⁸.

Quanto aos níveis de proteção que considera um país como apropriado, como colocou o Painel do caso *Australia – Apples*, é necessário que o nível de proteção abordado seja específico e, portanto, não genérico. O painel desse caso também retomou a interpretação do OAp do caso *Australia – Salmon*, o qual determinou que é incorreta a exegese dos artigos do SPS com vistas a tornar ineficazes seus preceitos normativos, desse modo, possibilitando os membros a escaparem de suas obrigações⁸⁹.

Já para se demonstrar que uma medida não tarifária imposta seja mais restritiva do que o necessário para alcançar seu nível de proteção sanitária e fitossanitária, o OAp do caso *Australia – Salmon* impõe que são necessários três elementos cumulativos: (i) a viabilidade técnica e econômica da medida alternativa; (ii) alcançar o nível sanitário ou fitossanitário de proteção; e (iii) ser significativamente menos restritiva ao comércio do que a proteção fitossanitária de uma outra medida alternativa⁹⁰.

Quanto ao seu âmbito de aplicação, cita o Anexo I desse tratado que uma medida sanitária ou fitossanitária é:

1. Medida sanitária ou fitossanitária - Qualquer medida aplicada:
 - (a) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde animal ou vegetal, dos riscos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas, doenças ou Organismos patogênicos ou portadores de doenças;
 - (b) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, dos riscos resultantes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal;
 - (c) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, de riscos resultantes de pragas transmitidas por animais, vegetais ou por produtos deles derivados ou da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas ou

relevantes dos parágrafos 1 a 8 do Artigo 5². Não obstante o acima descrito, todas as medidas que resultem em nível de proteção sanitária ou fitossanitária diferente daquele que seria alcançado pela utilização de medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais não serão incompatíveis com qualquer outra disposição do presente Acordo⁸⁷.

⁸⁸ DOWNES, Chris. Op. Cit. p. 19

⁸⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Australia – Measures Affecting The Importation Of Apples From New Zealand. Report of the Panel.* Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/367R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

⁹⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon. Report of the Appellate Body.* Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/18ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

(d) para impedir ou limitar, no território do Membro, outros prejuízos resultantes da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas⁹¹.

Complementa o item I do Anexo A, do Acordo SPS, ao colocar que as medidas sanitárias e fitossanitárias incluem todas as leis, decretos, regulações, requerimentos e procedimentos relevantes incluindo, dentre outros, critérios ao produto final, processos e métodos de produção, testagem, inspeção, certificação e procedimentos de aprovação, tratamentos de quarentena, incluindo requerimentos relevantes associados ao transporte de animais ou plantas, ou materiais relevantes necessários à sua sobrevivência durante o transporte, provisões de métodos estatísticos relevantes, procedimentos de amostragem e métodos de avaliação de risco e requerimentos de empacotamento e rotulagem diretamente relacionados à segurança alimentar⁹².

Quanto à classificação de medidas não tarifárias apresentadas pela UNCTAD, as referentes ao Acordo SPS são categorizadas na forma dos seguintes capítulos: (1) proibições/restrições de importação por razões sanitárias e fitossanitárias; (2) limites de resíduos e uso restrito de certas substâncias; (3) requerimentos de marcação, empacotamento e rotulagem; (4) requerimentos higiênicos relacionados a condições sanitárias e fitossanitárias; (5) tratamentos de eliminação de pestes ou organismos causadores de doenças no produto final, ou proibição de determinados tratamentos nesse sentido; (6) requerimentos relacionados a processos de produção ou pós-produção; (7) avaliação de conformidade relacionada a medidas sanitárias e fitossanitárias; e (8) demais medidas não especificadas⁹³.

2.2.2 Avaliação de Risco

Além de não poderem ser discriminatórias e, preferencialmente, serem com base em parâmetros internacionais, a avaliação de risco⁹⁴ também é outro critério importante para a adoção de uma medida não tarifária.

⁹¹ BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

⁹² WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures***. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15-sps.pdf. Último acesso em: 16/10/2020.

⁹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Op. cit.

⁹⁴ Entendida, conforme o item 4 do Anexo 1 desse tratado como A avaliação da possibilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de uma praga ou doença no território de Membro importador, em conformidade com as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam ser aplicadas, e das potenciais consequências biológicas e econômicas ou a avaliação do potencial existente, no que se refere a efeitos adversos à saúde humana ou animal, resultante da presença de aditivos contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos bebidas ou ração animal.

A avaliação de risco deve ser empreendida tendo por critérios os riscos envolvidos, evidência científica disponível, processos pertinentes, fatores econômicos relevantes, dano potencial (em termos de perda de produção ou vendas), estabelecimento e disseminação de uma peste ou doença, custos de controle e erradicação do Membro importador e custo benefício de enfoques alternativos⁹⁵.

Complementa Autar Krishen Koul, que para a aplicação de medidas não tarifárias, conforme o acordo SPS, deve-se levar em conta quatro fatores: (1) a avaliação de risco; (2) o tipo de medida baseada nessa avaliação; (3) a não utilização dessa medida, como uma medida discriminatória ou uma barreira disfarçada ao comércio; e (4) a não restrição ao comércio mais do que o necessário para atingir o nível de proteção doméstica que o membro deseja⁹⁶.

O OAp do caso *EC - Hormones* também concluiu que as análises referentes a doenças devem ser relevantes e suficientemente específicas, tanto quanto à matéria demandada, bem como individualizada quanto ao possível produto causador de risco. Nesse caso, visto que se tratava de uma controvérsia acerca dos efeitos deletérios que certos hormônios poderiam causar à saúde humana, a análise de risco empreendida reconheceu como necessária a inclusão dos possíveis efeitos carcinogênicos que poderiam ser advindos do consumo de carnes de animais, com administração desses hormônios (especificidade) e avaliação dos riscos causados por cada hormônio em específico (individualidade)⁹⁷.

Muito embora o Acordo SPS opte pela adoção de medidas com base em critérios científicos, quando do empreendimento da avaliação de riscos, também faz uma ressalva na hipótese de evidência científica insuficiente (art. 5.7), possibilitando que ocorra a adoção provisória de medidas não tarifárias, com base nas informações pertinentes, incluindo as advindas de organizações internacionais, bem como medidas aplicadas por outros membros. Nessas circunstâncias, o Acordo SPS encoraja que as partes busquem informações necessárias, a fim de se fazer uma avaliação mais objetiva do risco e implementar uma revisão dessas medidas dentro de um período razoável.

Nesse sentido, o Painel do Caso *EC – Approval and Marketing of Biotech Products*, que em casos em que a avaliação de risco não seja possível, dada a incerteza científica, o Acordo

⁹⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15-sps.pdf. Último acesso em: 16/10/2020.

⁹⁶ KOUL, Autar Krishen. Op. Cit. p. 456

⁹⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *EC - Measures Concerning Meat and Meat Products. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/26ABR-00.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

SPS preveria que membros possam tomar decisões substantivas quanto à aplicação deste acordo e que, embora haja reflexões disso nos resultados nessas avaliações, elas não afetam inerentemente a capacidade de um membro de tomar decisões substantivas quanto à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, especialmente por poderem levar em conta tais incertezas, quando de uma aplicação de medida⁹⁸.

Completa o OAp do caso *Japan – Agricultural Products II* que o art. 5.7, que trata da precaução, é uma exceção que se qualifica como possível a aplicação de medidas não tarifárias sob o escopo do SPS, sem evidências científicas⁹⁹.

De acordo com Akawat Laowonsiri, não havia instrumento que tivesse endossado o princípio da precaução na área da proteção da saúde, até a aparição do Acordo SPS, como resultado da Rodada Uruguai¹⁰⁰.

Esse mesmo autor trata que o princípio da precaução foi refletido no art. 5.7 desse acordo, ao possibilitar aos membros que façam a imposição de medidas que tenham o caráter de precaução, em casos de incerteza científica, desde que apresente quatro características: quatro características: (i) uma situação com informação científica insuficiente, (ii) adotada com base na informação disponível e pertinente, (iii) que não seja mantida a menos que o membro busque uma avaliação de risco mais objetiva, e (iv) que se dê sob um período razoável de tempo¹⁰¹.

De acordo com David Winickoff, a informação disponível e pertinente deve ser interpretada incluindo também deliberações públicas, dados experimentais não publicados na literatura científica e outras informações concernentes a valores públicos, como dados de consumo e atitudes públicas¹⁰².

A avaliação de risco também deve levar em conta a adaptação a condições regionais, cabendo ao exportador demonstrar que existem em seus territórios áreas livres ou com baixa

⁹⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities – Measures Affecting the Approval And Marketing Of Biotech Products. Reports of the Panel*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/293R-00.pdf&Open=True> . Último acesso em: 21/10/2020.

⁹⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *Japan – Measures Affecting Agricultural Products. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/76abr.pdf&Open=True>. Último acesso em: 25/10/2020.

¹⁰⁰ LAOWONSIRI, Akawat. *Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Heidelberg, Volume 14, 2010. p. 565- 623.

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² WINICKOFF, David; JASANOFF, Sheila; BUSCH, Lawrence; GROVE-WHITE, Robin; WYNNE, Brian. *Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law*. **The Yale Journal of International Law**: New Haven, v. 30, 2005, p. 114.

incidência de doenças e pragas, levando em conta fatores geográficos, ecossistêmico, de controle epidemiológico e também a eficácia de controles sanitários e fitossanitários.

De acordo com o Painel do caso *US - Animals*, a adaptação da medida não tarifária às condições regionais é entendida como a adequação ou calibração da medida com as características da área em questão. Coloca o painel, por exemplo, que no caso de uma área da qual provenham produtos com menos riscos biológico do que o resto do território do exportador, aquela terá condições menos rígidas de importação, ocorrendo também a situação contrária. Todavia, caberá ao exportador o ônus de demonstrar objetivamente que as áreas não estejam afetadas e que têm a tendência de continuar sem pestes ou doenças¹⁰³.

O OAp do caso *India - Agricultural Products*, ao tratar da pandemia da *Influenza* Aviária também trouxe o entendimento de que as áreas relevantes e sujeitas a adaptação das medidas não tarifárias previstas pelo SPS são variáveis, podendo ser menores, do mesmo tamanho ou inclusive maiores que o país exportador. Esse órgão julgador também apresentou que essa obrigação de adaptação é contínua, requerendo reajuste com o tempo¹⁰⁴.

2.3 A aplicação das medidas não tarifárias do Acordo SPS, no âmbito da COVID-19

Analizados os Acordos TBT e SPS, apresenta-se o caso da COVID-19. De acordo com a OMC, esta pandemia representa uma situação sem precedentes de ruptura na economia e comércio internacional, ensejando a redução da produção e consumo globais¹⁰⁵.

Este tópico pretende versar sobre as medidas não tarifárias e recomendações feitas pelo Grupo de Ottawa, OMC e seus Membros, sob a alegação de proteção à saúde, em decorrência do combate à pandemia da COVID-19. Também se fará uma conexão com as declarações mais recentes dadas pelas Nações Unidas.

O grupo de Ottawa é um conjunto de membros da OMC¹⁰⁶, com atuação reformista e liderados pelo Canadá, criado para enfrentar os problemas e desafios que pressionam o sistema

¹⁰³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Measures Affecting The Importation Of Animals, Meat And Other Animal Products From Argentina. Report of the Panel*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/447r_e.pdf . Último acesso em 25/10/2020.

¹⁰⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *India – Measures Concerning The Importation Of Certain Agricultural Products. Report of the Appellate Body*. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/430ABR.pdf&Open=True> . Último acesso em: 25/10/2020.

¹⁰⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *COVID-19 and World Trade*. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

¹⁰⁶ Austrália, Brasil, Canadá, Chile, União Europeia, Japão, Quênia, Coreia do Sul, México, Nova Zelândia, Noruega, Cingapura e Suíça.

de comércio multilateral e com o objetivo de alcançar reformas da OMC, de modo realista, significativo e pragmático, a curto, médio e longo prazo¹⁰⁷.

A atuação do Grupo de Ottawa, além de tratar da melhora do Sistema de Solução de Controvérsias – SSC, facilitação de investimento a pequenas e médias empresas e subsídios referentes à pesca, recentemente abordou a questão da COVID-19, ocasião na qual elaborou uma nota à imprensa com o escopo de estabelecer um plano de trabalho e ações coordenadas dos membros e OMC em resposta a essa pandemia¹⁰⁸.

Esta nota, por sua vez, foi subdividida em seis itens: (i) transparência e retirada de medidas restritivas ao comércio; (ii) manutenção da abertura e previsibilidade do comércio agrícola; (iii) *E-commerce*; (iv) facilitação do comércio: uso da tecnologia da informação e procedimentos simplificados; (v) iniciativa de suplementos médicos; e (vi) aumento do engajamento com partes interessadas (*stakeholders*)¹⁰⁹.

Para fins do presente trabalho, somente o item (i), ou a transparência e retirada de medidas restritivas ao comércio, será abordado de forma mais aprofundada. Nesse sentido, o Grupo de Ottawa entende como prioritário que seja assegurada e ampliada a transparência de medidas comerciais introduzidas por membros em resposta à pandemia e seus efeitos econômicos¹¹⁰.

Além disso, o Grupo de Ottawa também se posicionou estimulando seus membros a restringir a imposição de medidas que possam ser consideradas como eventuais obstáculos desnecessários ao comércio, devendo também considerar a possibilidade de imposição de medidas de facilitação comercial, e eliminando qualquer medida restritiva comercial, em resposta à COVID-19¹¹¹.

No tocante às medidas tomadas pela OMC, há um estímulo à cooperação e transparência e uma série de relatórios emitidos por ela acerca de temas variados, como *e-commerce*, agricultura, propriedade intelectual, comércio de bens¹¹² e apresentando também uma tabela

¹⁰⁷ CANADA. *Ottawa Group and WTO Reform*. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/05/ottawa-group-and-wto-reform.html#a1>. Último Acesso em: 02/10/2020.

¹⁰⁸ CANADA. *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on Covid-19*. Disponível em: https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/wto-omc/2019-06-covid-19.aspx?lang=eng. Último acesso em: 02/10/2020.

¹⁰⁹ Ibidem

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ Ibidem

¹¹² WORLD TRADE ORGANIZATION. *Trade in Medical Goods in the Context of Tackling COVID-19*. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf. Último acesso em: 20/10/2020.

com a classificação, no sistema harmônico¹¹³, de suprimentos médicos para a COVID-19, realizado em conjunto com a Organização Mundial das Alfândegas e Organização Mundial da Saúde - OMS¹¹⁴.

Além desses relatórios, a OMC também disponibilizou um banco de dados¹¹⁵ com a descrição de todas as medidas não tarifárias aplicadas pelos seus membros e relacionadas à COVID-19¹¹⁶, perfazendo o total de 256 diferentes medidas. Essas se referem aos: Acordos SPS, TBT e Agricultura, Restrições à Exportação, GATT, Compras Governamentais, Acesso a Mercados, Propriedade Intelectual, Restrições Quantitativas e Acordos sobre Facilitação de Comércio e outros¹¹⁷.

As medidas aplicadas referentes à COVID-19, nos âmbitos do SPS e TBT, foram especialmente importantes por demonstrar quais são os tipos de medidas não tarifárias, em espécie, que podem ser aplicadas em uma crise de saúde pública. Com isso, buscou-se também uma análise quantitativa e qualitativa desses dados apresentados pela OMC:

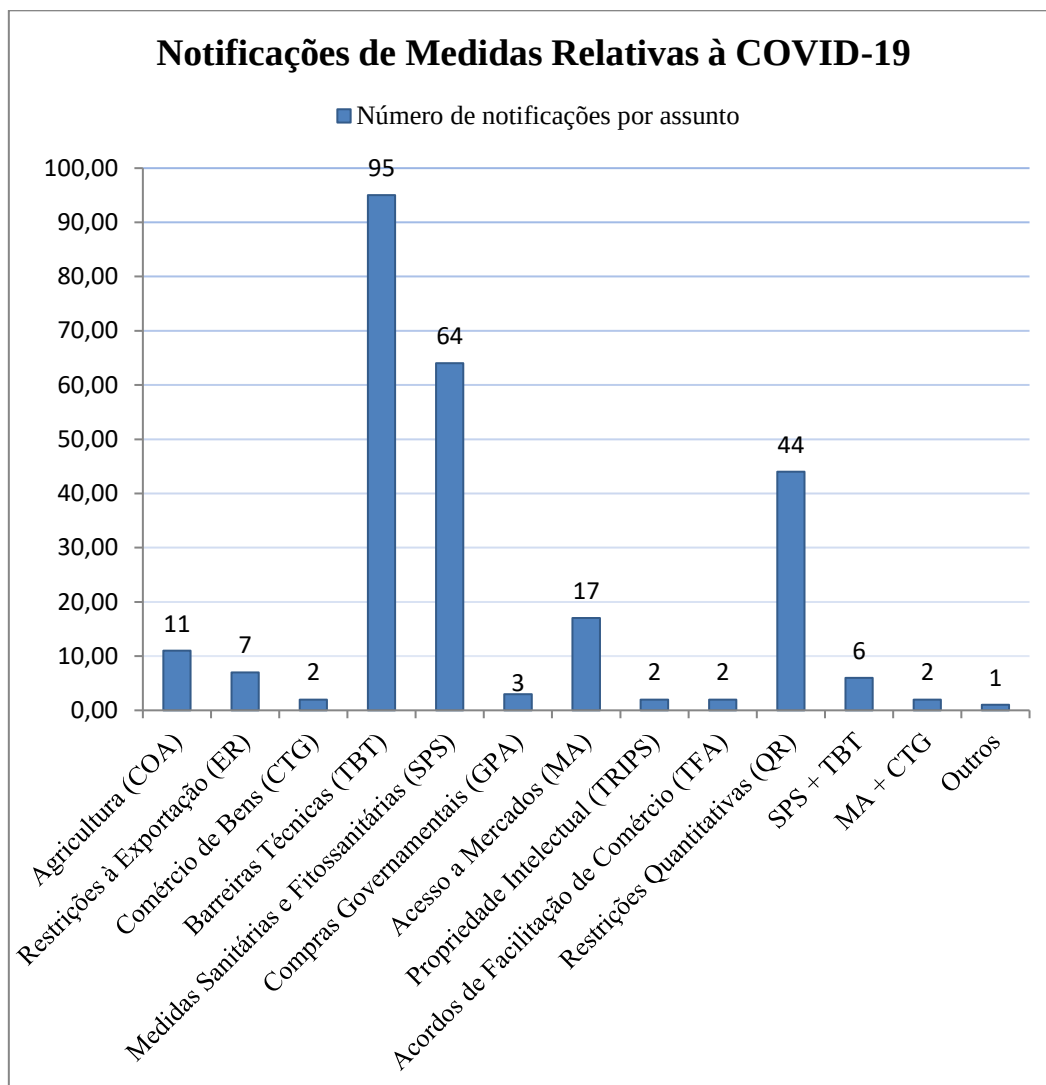
¹¹³ O sistema harmônico ou harmonizado é um método internacional de classificação de mercadorias, baseado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições. Para mais informações, recomenda-se acessar (MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. **Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/206-assuntos/categ-comercio-exterior/sgp-sistema-geral-de-preferencias/1799-sgp-nomenclatura-comum-do-mercosul-ncm> . Último acesso em 11/11/2020).

¹¹⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION; WORLD CUSTOMS ORGANIZATION; WORLD HEALTH ORGANIZATION. **HS classification reference for Covid-19 medical supplies 2.1 Edition**. Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/covid_19/hs-classification-reference_2_1-24_4_20_en.pdf?la=en . Último acesso em: 20/10/2020.

¹¹⁵ Este trabalho acompanhou estas alterações até a data de 13/10/2020.

¹¹⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO members' notifications on COVID-19**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

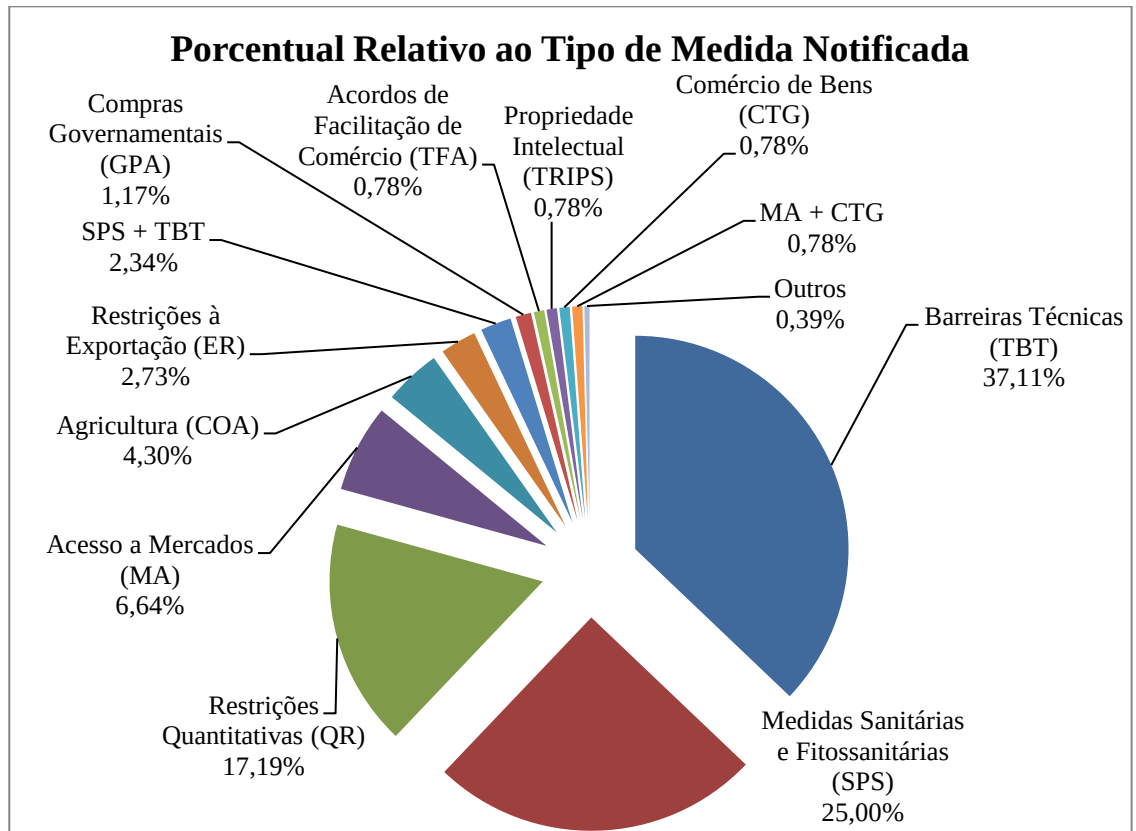
¹¹⁷ Referiu-se à medida notificada pela Nova Zelândia acerca do fundo de resposta e desenvolvimento à COVID-19.

Gráfico 1 – Notificações de Medidas Relativas à COVID-19

Fonte: Gráfico elaborado pelo autor, com base em dados coletados do sítio eletrônico da OMC.

As medidas não tarifárias referentes ao Acordo SPS perfizeram um percentual de 25,00% e as referentes ao Acordo TBT um total de 37,11%. Ocorreram também algumas medidas em que a notificação abrangia ambos os tratados (TBT + SPS). Estas totalizaram 2,34% do total de notificações realizadas:

Gráfico 2 – Percentual Relativo ao Tipo de Medida Notificada

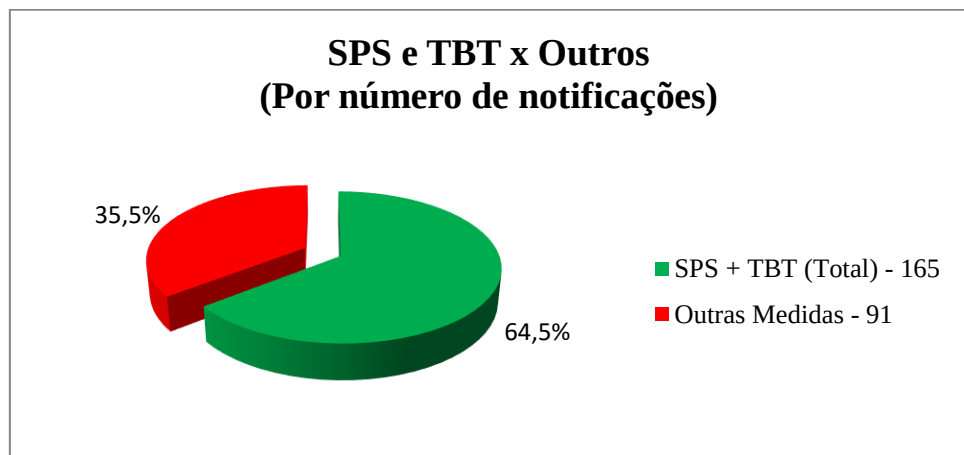


Fonte: Gráfico Elaborado pelo autor, com base em dados coletados do sítio eletrônico da OMC e Gráfico

I.

Quando somadas, as medidas não tarifárias referentes aos acordos SPS e TBT chegaram à quantia de 64,5% de todas as medidas adotadas pelos membros em relação à COVID-19, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 3 – Percentual relativo às notificações dos Acordos SPS e TBT, em relação às demais Medidas Não Tarifárias.



Fonte: Gráfico Elaborado pelo autor, com base em dados coletados do sítio eletrônico da OMC e Gráficos I e II.

Os temas mais recorrentes dessas medidas foram para o Acordo SPS: mudanças de certificações de importação e exportação, medidas de testagem de alimentos para COVID-19 e proibição temporária de importação de animais vivos. Já para o Acordo TBT, as medidas mais recorrentes foram relacionadas ao estabelecimento de requisitos específicos de máscaras, mudanças para os procedimentos de autorização e comercialização de medicamentos, substâncias sanitizantes e aparelhos médicos.

Cumpram também mencionar que embora ocorrera a imposição dessas medidas não tarifárias - desde a descoberta da COVID-19¹¹⁸ até a data de 20/10/2020¹¹⁹ -, nenhuma nova demanda no SSC foi instaurada, contendo algum argumento de proteção à saúde. As únicas três demandas propostas (*Korea – Measures Affecting Trade Commercial Vessels*¹²⁰, *European Union – Safeguard Measures on Certain Steel Products*¹²¹ e *Brazil – Measures Concerning the Importation of PET Film from Peru and Imported Products in General*¹²²) versam exclusivamente sobre matéria de defesa comercial.

O último aspecto a ser abordado é que há também um viés de atuação de Organizações Internacionais no combate à COVID-19. Para a OMC e seu Ex-Diretor-Geral, Roberto Azevêdo, discursou-se no sentido de que é necessária a cooperação intergovernamental para criar um ambiente propício e inclusivo ao comércio, que ensejaria uma recuperação mais rápida da economia mundial¹²³.

Nesse mesmo sentido, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) também afirmou que seria importante estabelecer uma maior cooperação entre os países,

¹¹⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Archived: WHO Timeline - COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>. Último acesso em 15/10/2020.

¹¹⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Chronological List of Disputes Cases**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm. Último acesso em 15/10/2020.

¹²⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. **DS 594: Korea – Measures Affecting Trade Commercial Vessels**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds594_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

¹²¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. **DS 595: European Union – Safeguard Measures on Certain Steel Products**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds595_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

¹²² WORLD TRADE ORGANIZATION. **DS 596: Brazil – Measures Concerning the Importation of PET Film from Peru and Imported Products in General**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds596_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

¹²³ WORLD TRADE ORGANIZATION. **Trade Forecast Press Conference**. Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra303_e.htm. Último acesso em: 12/11/2020.

especialmente com os menos desenvolvidos e também pedindo a retirada de sanções econômicas que possam prejudicar a resposta de países à pandemia¹²⁴.

A Alta-Comissária da ONU para Direitos Humanos, Michele Bachelet, ainda complementou que – em um contexto de pandemia global – as sanções econômicas e dificuldades de acesso a equipamentos deveriam ser retiradas ou mitigadas, a fim de se evitar um colapso da saúde pública e violações de direitos humanos¹²⁵. A Alta-Comissária ainda enfatizou que obstáculos à importação de suprimentos médicos criarão danos de longa duração a países com sistemas de saúde frágeis e que seria necessária a cooperação dos líderes mundiais para a superação da pandemia¹²⁶.

CONCLUSÃO

O sistema multilateral de comércio foi criado com o intuito de favorecer a cooperação econômica, liberalizar a economia e reduzir as medidas tarifárias e não tarifárias impostas pelos países, oferecendo uma maior previsibilidade ao comércio internacional. A partir da Conferência de Bretton-Woods, esse sistema começou a se desenvolver com tais ideais, divergindo da proposta inicial da criação da OIC, mas adotando o GATT como principal documento.

Com o passar do tempo e avanço das negociações, sobretudo após a Rodada Tóquio, passou-se também a incluir temas mais abrangentes e não somente tarifários, como barreiras técnicas à importação por alegações relacionadas à saúde pública, por exemplo.

Não obstante, a ausência de uma devida regulamentação dessas medidas não tarifárias ensejou a sua imposição exacerbada, passando a constituir um dos principais entraves ao livre comércio. Apesar de obterem uma melhor regulamentação após a Rodada Uruguai e Acordos TBT e SPS, por serem mais opacas e menos objetivas do que as medidas tarifárias, ainda persistem como as principais barreiras de acesso a certos mercados, notadamente os de países mais desenvolvidos.

Além disso, alguns princípios foram estabelecidos pelo GATT, como a liberalização comercial, vedação a um tratamento discriminatório a outras nações e de produtos similares importados, em relação aos seus domésticos, guiando as relações comerciais dos membros.

¹²⁴ UNITED NATIONS. *Secretary-General Urges G20 Countries to Suppress COVID-19 Transmission, Keep Households Afloat, amid Pandemic's 'Human Crisis'*. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2020/sgsm20024.doc.htm>. Último acesso em: 13/11/2020.

¹²⁵ UNITED NATIONS. *Ease sanctions against countries fighting COVID-19: UN human rights chief*. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/03/1060092>. Último acesso em: 13/11/2020.

¹²⁶ Ibidem

Excepcionalmente, dispõe esse Acordo, no art. XX (b), que podem ser tomadas medidas que possam ter impacto no comércio internacional e que não sejam tarifas (denominadas de medidas não tarifárias), com o cunho de resguardar a saúde pública, também extensível a casos de animais e vegetais. No caso de importações, podem-se vislumbrar as barreiras técnicas e medidas sanitárias/fitossanitárias.

As medidas não tarifárias decorrentes do Acordo TBT são classificadas em três tipos especiais: regulamentos técnicos, padrões e avaliações de conformidade, impondo que sejam observados como critérios de aplicação a harmonização internacional e vedação da aplicação que possa configurar uma restrição disfarçada ou obstáculo desnecessário ao comércio.

Para tanto, exige-se um paralelismo entre o objetivo da medida aplicada e o seu propósito específico, ou seja, o nível de proteção à saúde pretendido. Caso seja verificado que há maior restrição do que necessário para alcançar esse objetivo, considerar-se-á tal medida como restritiva.

Como exemplos de medidas não tarifárias englobadas pelo Acordo TBT e que se conectam com a proteção à saúde, temos o estabelecimento de regulamentos técnicos para a produção de máscaras, padrões para nomes e rótulos de medicamentos e avaliações de conformidade que se referem ao desempenho e qualidade de instrumentos médicos, notadamente respiradores, ao se referir à COVID-19.

O outro tratado comercial de suma importância apresentado foi o Acordo SPS, responsável por proteger a saúde humana, animal e vegetal de riscos que surjam de pestes, toxinas, aditivos ou pestes.

Esse também apresenta semelhanças com o Acordo TBT, na medida em que prima pela harmonização internacional e com medidas que não sejam aplicadas de modo configurem uma restrição disfarçada ou obstáculo desnecessário ao comércio. Entretanto, difere – principalmente - por ser exclusivamente voltado à proteção da saúde e ter um caráter cientificista quando da imposição de suas medidas.

A aplicação de uma medida não tarifária decorrente do Acordo SPS também deve adotar uma avaliação de riscos de determinado produto, a qual pode ser mitigada por uma situação de incerteza científica (a qual ensejará a aplicação do Princípio da Precaução) ou de uma condição de adaptação regional.

Já para a checagem e controle se as exportações cumprem os requisitos pretendidos adotados pelo importador, há a previsão nesse acordo para a implementação de procedimentos de controle, inspeção e aprovação.

Este trabalho também apresentou um estudo de caso referente à situação das medidas não tarifárias de importação e COVID-19. Vislumbrou-se que essas medidas foram devidamente utilizadas e notificadas, perfazendo a quantia de aplicação de 165 vezes, ou 64,5% do total de notificações que se referiam de algum modo ao controle dessa pandemia, além de serem debatidas em iniciativas mais recentes quanto ao seu uso, notadamente pelo Grupo de Ottawa.

Com isso, observou-se que as medidas não tarifárias de importação, impostas sob a alegação de proteção a saúde, devem observar certos critérios delineados pelos tratados e jurisprudência do sistema de solução de controvérsias da OMC. Estas medidas são resultados de uma construção histórica multilateral que ampliou o escopo do art. XX(b) do GATT, possibilitando – assim – uma exceção à plena aplicação dos princípios multilaterais, desde que não se reste configurada uma restrição ou obstáculo disfarçado ao comércio.

Por fim, o sistema comercial multilateral e suas normativas ainda são um importante meio para a reconstrução comercial e assegurar as condições de competitividade internacional e acesso a mercados, especialmente de países menos desenvolvidos. Dessa forma, com a devida aplicação das medidas não tarifárias de importação, oportunizar-se-á que haja uma recuperação econômica mais rápida, solidária e conjunta dos Estados, propiciando uma cooperação e sedimentando o ideal de Comunidade Internacional.

REFERÊNCIAS

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. *Guidelines for the Implementation of ASEAN Commitments on Non-Tariff Measures on Goods*. Disponível em: https://asean.org/storage/2018/12/Guidelines_for_the_Implementation_of_ASEAN_Commitments_on_NTMs-July_2018-AEM-AFTAC_32.pdf. Último Acesso em: 07/09/2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm. Último acesso em: 18/10/2020.

BRASIL. **Decreto nº 61.574, de 20 de outubro de 1967**. Regulamenta a similaridade conforme o disposto no Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61574impressao.htm. Último acesso em: 16/11/2020.

BRASIL. **Lei nº 313, de 30 de julho de 1948**. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l313.htm. Último acesso em: 06/10/2020.

CANADA. *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on Covid-19*. Disponível em: https://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/wto-omc/2019-06-covid-19.aspx?lang=eng. Último acesso em: 02/10/2020.

CANADA. *Ottawa Group and WTO Reform*. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/05/ottawa-group-and-wto-reform.html#a1>. Último Acesso em: 02/10/2020.

DALY, Michael; KUWAHARA, Hiroaki. *The Impact of the Uruguay Round on Tariff and Non-Tariff Barriers to Trade in the 'Quad'*. **The World Economy**: Nottingham, Volume 21, No. 02, p. 207-234, 1998.

DOWNES, Chris. *The Impact of WTO SPS Law on EU Food Regulations*. Bruxelas: Springer International Publishing, 2014.

EUROPEAN PUBLIC HEALTH ALLIANCE. *Trade, Investment and Public Health: Protecting Public Health in EU and post-Brexit Trade Agreements*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=19253>. Último acesso em: 11/09/2020).

GAUL, Samantha. *The Technical Barriers to Trade Agreement: A Reconciliation of Divergent Values in the Global Trading System*. **Chicago-Kent Law Review**: Chicago, v. 91, n. 1, p. 267-294, 2016.

GOODE, Walter. *Dictionary of Trade Policy Terms*. 5ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Market Access for Developing Country Exports – Selected Issues*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pdr/ma/2002/eng/092602.pdf>. Último acesso em: 16/10/2020).

JACKSON, John. *The World Trading System*. 7ª Edição. Boston: Massachusetts Institute of Technology Press, 1995.

KARET, Gail. *How Do Drugs Get Named?* **American Medical Association Journal of Ethics**: Chicago, vol. 21, n.8, p. 686-696, 2019.

KOGAN, Lawrence A. *REACH Revisited: a Framework for Evaluating Whether a Non-Tariff Measure Has Matured into an Actionable Non-Tariff Barrier to Trade*. **American University Law Review**, Washington, Vol. 28, No.2, p. 489-668, 2012.

KOUL, Autar Krishen. *Guide to the WTO and GATT*. Nova Déli: Satyam Law International, 2018.

LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. **Estud. av.**, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Abril 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso. Último acesso em: 04/10/2020.

LAOWONSIRI, Akawat. *Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Heidelberg, Volume 14, p. 565- 623, 2010.

LARRAÑAGA, Félix Alfredo. **Organismos Internacionais de Comércio**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MING DU, Michael. *Domestic Regulatory Autonomy under the TBT Agreement: From Non-discrimination to Harmonization*. **Chinese Journal of International Law**: Oxford, v. 6, n. 2, p. 269-306, 2007.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. **Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/206-assuntos/categ-comercio-exterior/sgp-sistema-geral-de-preferencias/1799-sgp-nomenclatura-comum-do-mercosul-ncm> . Último acesso em 11/11/2020.

OREFICE, Gianluca; PIERMATINI, Roberta; ROCHA, Nádia. **Harmonization and Mutual Recognition: What are the Effects on Trade**. Disponível em: <https://gtap.agecon.purdue.edu/resources/download/5808.pdf>. Último acesso em: 19/10/2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Looking Beyond Tariffs: The Role of Non-Tariff Barriers in World Trade*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/trade/looking-beyond-tariffs_9789264014626-en#page1 . Último acesso em: 05/09/2020.

SANDS, PHILIPPE. *Principles of International Environmental Law*. 2ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANTANA, Roy; JACKSON, Lee Ann. *Identifying non-tariff barriers: evolution of multilateral instruments and evidence from the disputes (1948–2011)*. **World Trade Review**: Volume 11, No. 03, p. 462 – 478, 2012.

SEGRE, German. **Manual Prático de Comércio Exterior**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

SILVA, Tom Pierre Fernandes da. **Tributação no Comércio Exterior Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

STAIGER, Robert W. *Non-Tariff Measures and the WTO*. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/57619/1/68350097X.pdf>. Último Acesso em: 05/09/2020.

TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM. **Addendum G/TBT/N/BRA/989/Add.1**. Disponível em: <http://tbims.wto.org/en/ModificationNotifications/View/167902?FromAllNotifications=True>. Último acesso em: 13/11/2020.

TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM. **Addendum G/TBT/N/USA/1602/Add.** Disponível em:

<http://tbtims.wto.org/en/ModificationNotifications/View/167382?FromAllNotifications=True>.
Último acesso em: 13/11/2020.

TECHNICAL BARRIERS TO TRADE INFORMATION MANAGEMENT SYSTEM.
Regular notification G/TBT/N/KEN/1013. Disponível em:
<http://tbtims.wto.org/en/RegularNotifications/View/166995?FromAllNotifications=True>.
Último acesso em: 13/11/2020.

TERRA FILHO, Mário; FREITAS, Jefferson Benedito Pires de; NERY, Luiz Eduardo. N.
Jornal. Brasileiro de pneumologia: São Paulo, v. 32, supl. 2, p. S48-S53, Maio de 2006 .

THORSTENSEN, Vera Helena. VIEIRA, Andreia Costa. **TBT, SPS and PS: are the wolves of protectionism disguised under sheep skin?** FGV EESP - CCGI – Papers, São Paulo, 2015.
Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16351>. Último acesso em: 11/09/2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International Classification of Non-Tariff Measures.** Disponível em:
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab2019d5_en.pdf. Último Acesso em:
03/09/2020.

UNITED NATIONS. **Ease sanctions against countries fighting COVID-19: UN human rights chief.** Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/03/1060092>. Último acesso em:
13/11/2020.

UNITED NATIONS. **Secretary-General Urges G20 Countries to Suppress COVID-19 Transmission, Keep Households Afloat, amid Pandemic's 'Human Crisis'.** Disponível em:
<https://www.un.org/press/en/2020/sgsm20024.doc.htm>. Último acesso em: 13/11/2020.

WEILER, Joseph; CHO, Sungjoon; Feichtner, Isabel. **International and Regional Trade Law: The Law of the World Trade Organization.** Disponível em: http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/Unit_VIII.-TBT.pdf . Último acesso em: 19/10/2020.

WINICKOFF, David; JASANOFF, Sheila; BUSCH, Lawrence; GROVE-WHITE, Robin; WYNNE, Brian. **Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law. The Yale Journal of International Law:** New Haven, v. 30, 2005.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Archived: WHO Timeline - COVID-19.** Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>. Último acesso em 15/10/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The Implications of GATT and WTO Agreements on Health in General.** Disponível em:
https://applications.emro.who.int/docs/em_RC47_6_en.pdf. Último acesso em: 18/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Agreement on Technical Barriers to Trade.** Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf. Último acesso em: 10/09/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.** Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15-sps.pdf. Último acesso em: 26/09/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging. Report of the Panels.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/435R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Australia – Measures Affecting Importation of Salmon. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/18ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Australia – Measures Affecting The Importation Of Apples From New Zealand. Report of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/367R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Chronological List of Disputes Cases.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm. Último acesso em: 15/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***COVID-19 and World Trade.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***DS 594: Korea – Measures Affecting Trade Commercial Vessels.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds594_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***DS 595: European Union – Safeguard Measures on Certain Steel Products.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds595_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***DS 596: Brazil – Measures Concerning the Importation of PET Film from Peru and Imported Products in General.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds596_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***EC - Measures Concerning Meat and Meat Products. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/26ABR-00.pdf&Open=True>. Último acesso em: 26/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***European Communities – Measures Affecting Asbestos And Asbestos-Containing Products. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***European Communities – Measures Affecting the Approval And Marketing Of Biotech Products. Reports of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/293R-00.pdf&Open=True> . Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***European Communities – Measures Prohibiting The Importation And Marketing Of Seal Products. Reports of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/400R.pdf&Open=True> . Último acesso em: 26/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***European Communities – Trade Description Of Sardines. Report of the Appellation Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/231ABR.pdf&Open=True> . Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***European Communities – Trade Description Of***

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***General Agreement on Trade in Services.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf. Último acesso em: 02/09/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***India – Measures Concerning The Importation Of Certain Agricultural Products. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/430ABR.pdf&Open=True> . Último acesso em: 25/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Japan – Measures Affecting Agricultural Products. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/76abr.pdf&Open=True> . Último acesso em: 25/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Principles of the trading system.*** Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=Most%2Dfavoured%2Dnation%20\(MFN,for%20all%20other%20WTO%20members](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=Most%2Dfavoured%2Dnation%20(MFN,for%20all%20other%20WTO%20members) . Último acesso em: 25/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Russia – Measures Affecting The Importation Of Railway Equipment And Parts Thereof. Report of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/499R.pdf&Open=True> . Último acesso em: 26/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Technical Information on Technical barriers to trade.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_info_e.htm . Último acesso em: 19/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***The Doha Round.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm . Último acesso em 06/11/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Trade Forecast Press Conference.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra303_e.htm . Último acesso em: 12/11/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***Trade in Medical Goods in the Context of Tackling COVID-19.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_03apr20_e.pdf. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Affecting The Importation Of Animals, Meat And Other Animal Products From Argentina. Report of the Panel.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/447r_e.pdf . Último acesso em 25/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes. Report of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/406R-01.pdf&Open=True> . Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Concerning The Importation, Marketing and Sale Of Tuna and Tuna Products. Report of the Appellate Body.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/381ABR.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***United States – Measures Concerning The Importation, Marketing and Sale Of Tuna and Tuna Products. Report of the Panel.*** Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/381R.pdf&Open=True>. Último acesso em: 21/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***WTO Agreements & Public Health: a Joint Study by the WHO and the WTO Secretariat.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who_wto_e.pdf. Último acesso em: 08/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***WTO Analytical Index. TBT Agreement – Article 4 (Practice).*** Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/tbt_art4_oth.pdf. Último acesso em: 24/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION. ***WTO members' notifications on COVID-19.*** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm. Último acesso em: 20/10/2020.

WORLD TRADE ORGANIZATION; WORLD CUSTOMS ORGANIZATION; WORLD HEALTH ORGANIZATION. ***HS classification reference for Covid-19 medical supplies 2.1 Edition.*** Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/covid_19/hs-classification-reference_2_1-24_4_20_en.pdf?la=en . Último acesso em: 20/10/2020.

ESTUDO DE DIREITO COMPARADO: A (IN)EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA EM FACE AOS PSICOPATAS E SUA (IN)IMPUTABILIDADE, DIANTE DA MORA LEGISLATIVA

Vivian Costa da Silva

RESUMO: O processo de compreensão da temática atinente ao distúrbio de personalidade, mais especificamente conhecido como psicopata, perpassa as mais diversas áreas do saber. O ponto de partida é a análise da responsabilidade penal, no qual o magistrado deve deliberar diante do sistema vicariante qual sanção penal será aplicada diante da ausência de regulamentação específica, podendo decidir pela imputabilidade, hipótese de pena privativa de liberdade, semi-imputabilidade, neste caso aplica-se a causa de diminuição de pena ou medida de segurança. Ademais, aborda-se o estudo quanto ao modelo utilizado no sistema penal anglo-saxão e as diferenças em relação ao sistema judicial nacional. Ainda, questiona-se se o poder legiferante encontra-se ou não em mora.

Palavras-chave: Imputabilidade. Psicopatia. Reincidência. Pena privativa de liberdade. Medida de Segurança. Direito Comparado anglo-saxônico. Mora legislativa.

COMPARED LAW STUDY: THE (IN) EFFECTIVENESS OF BRAZILIAN CRIMINAL LEGISLATION IN FACE TO PSYCHOPATHES AND THEIR (IN)IMPUTABILITY, BEFORE THE LEGISLATIVE ARREARS.

ABSTRACT: The process of comprehension of the topic concerning personality disorder, more specifically known as psychopath, runs through the most diverse areas of knowledge. The starting point is the analysis of criminal liability, in which the magistrate must decide before the vicarious system which penal sanction will be applied in the absence of specific regulations, being able to decide on imputability, hypothesis of deprivation of liberty, semi-imputability, in this case, the cause of a reduction in sentence or security measure applies. Furthermore, the study addresses the model used in the Anglo-Saxon penal system and the differences in relation to the national judicial system. And, it is questioned whether the legifying power is in default or not.

Keywords: Liabilities. Psychopathy. Reoccurrence. Prison deprivation of liberty. Security measure. Anglo-Saxon Comparative Law. Legislative arrears

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido pretende analisar os fundamentos jurídicos que podem questionar a efetividade da adequação da norma penal nos casos dos indivíduos considerados psicopatas.

O tema se origina no atual fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não tem buscado a implementação de uma legislação capaz de cumprir sua função, enquanto norma sancionadora, sendo um grande desafio para a Justiça aplicar medidas eficientes no combate à reincidência e também a (re)socialização/tratamento.

No que diz a respeito da metodologia, a principal técnica a ser utilizada será a observação do sistema jurídico penal brasileiro, tendo como objetivo o estudo descritivo, com o levantamento de informações e análise de atributos no intuito de formular proposições mais precisas. A abordagem terá como base pesquisas descritivas e analíticas, desenvolvida mediante levantamento bibliográfico de material nacional e internacional, envolvendo livros, periódicos e artigos disponíveis na internet.

Partindo desse referencial bibliográfico introdutório, a primeira parte, busca uma abordagem sobre os elementos relativos à responsabilidade penal do agente delitivo, a saber que o Código Penal não distingue sobre as particularidades no caso de homicidas psicóticos, no qual faculta o entendimento legal para o magistrado deliberar se o agente é imputável, semi-imputável ou inimputável.

Cabe esclarecer que para Robert Hare, os psicopatas possuem ciência de seus atos, pois a parte cognitiva e racional funciona perfeitamente bem. O problema está no campo dos afetos e emoções. (SILVA, 2018).

Assim, é feito um estudo comparativo entre as aplicações penais dos sistemas acusatórios anglo-saxônicos, diante de casos com grandes repercussões sociais e midiáticas pelo índice de maldade e perversidade, na tentativa de encontrar respostas e possíveis soluções para o problema, perante o anseio social na obtenção de justiça.

O capítulo posterior retrata como as Cortes pátrias aplicam a legislação penal defronte casos concretos, estabelecendo a aplicação de pena privativa de liberdade ou determinando sua substituição por medida de segurança, evidenciando que a figura psicótica está inserida num sistema de execução penal enfraquecido.

Feita essa análise, o quarto capítulo aponta como os presos são tratados indistintamente dentro do sistema carcerário, abordando o desafio e as consequências ao adotar o cumprimento de pena privativa de liberdade em penitenciária ou o tratamento terapêutico da medida de segurança, visto que tais medidas apresentam

inconsistências no que se refere à abrangência de seus escopos, seja por questões de infraestrutura, seja pela falta de profissionais qualificados.

Neste cenário, a fim de enriquecer o debate proposto, em anexo, encontra-se o inteiro teor das jurisprudências prolatas pelas Cortes Superiores desenvolvidas no corpo do trabalho, bem como uma breve entrevista com a psicóloga, Dra. Juliana Gebrim, que adota um viés diferente do proposto, acerca do comportamento disfuncional dos psicopatas.

1 CULPABILIDADE: ELEMENTO DO CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME

A compreensão do conceito de crime vai além da transgressão de uma norma jurídica, sendo assimilado como um fato típico, antijurídico e culpável, conforme a teoria tripartida adotada pela doutrina majoritária. (BITENCOURT, 2012). Pode-se dizer que não há conduta delituosa quando está ausente qualquer um dos elementos mencionados.

Quanto aos elementos atinentes a responsabilidade do agente, Cleber Masson esclarece que a “culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena.” (MASSON, 2015, p. 540).

Assim, elucida o artigo 59 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940).

O dispositivo acima orienta o juiz na fixação de uma pena-base, nas palavras de Mirabete “estabelece conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo a culpa do agente a base fundamental para a individualização da sanção a ser aplicada.” (MIRABETE, 2012, p. 285).

Diante dessa análise da culpabilidade, encontram-se elementos que são capazes de elucidar quando um sujeito será considerado culpado pela prática de uma infração. Essa divisão da culpabilidade é dividida em: imputabilidade, potencial

consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Segundo Fernando Capez a imputabilidade pode ser descrita como “a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.” O autor complementa o raciocínio alegando que “além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.” (CAPEZ, 2011, p. 332). Isto é, o poder de decisão sobre os aspectos essenciais da execução do delito, a direção do processo que culmina no resultado, no qual voluntariamente e conscientemente tem controle sobre a própria vontade. (CUNHA, 2015).

Adiante, Capez (2013, p. 351) ensina que a potencial consciência da ilicitude ocorre no momento do fato, em que o agente teria a possibilidade de saber o caráter ilícito da ação ou omissão, de acordo com o ambiente social em que está inserido. Já a exigibilidade de conduta diversa “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente”. (Capez, 2013, p. 352).

Na psiquiatria, conforme explica Guido Arturo Palomba¹, apesar de todo crime ser punível e juridicamente condenável, no ponto de vista psicológico deve ser compreensível e é através da cena do crime que é possível observar o comportamento do indivíduo, e se psicologicamente, há traços de incompreensibilidade.

A título de exemplo: um homem que se separa da mulher e não quer dividir os bens e a mata, ou então, uma pessoa que precisa de dinheiro e comete um assalto e mata a vítima para queimar arquivo e não ser delatado, em ambos os casos há compreensibilidade no ato delituoso praticado. (PALOMBA, 2020).

Agora, é possível compreender psicologicamente um indivíduo que entra no cinema com uma metralhadora carregada e mata diversas pessoas que nunca teve nenhum tipo de contato, não reivindica e nem rouba nada e é preso sem esboçar nenhuma reação? A loucura é caracterizada pela ruptura com a realidade, nesses casos, ou coloca-se uma “pitada” de insanidade ou esse delito nunca será compreendido psicologicamente. Somente pela doença, patologia, anormalidade que se consegue entender o crime que o indivíduo praticou. (PALOMBA, 2020).

Ante a observância do objeto de estudo do presente artigo, a imputabilidade do

¹ Trecho da entrevista com o Psiquiatra Forense, Guido Palomba, no IV Congresso Nacional On-Line De Perícia Criminal, oferecido pelo Instituto Êxito. Acessado no dia 11/07/2020.

agente psicótico tem destaque, dessa forma, será pormenorizada no tópico a seguir.

1.1 TEORIAS DA IMPUTABILIDADE

Para elencar essa discussão, nas palavras de Rogério Sanches Cunha (2017, p. 279) a imputabilidade é descrita como a “possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal”. Para tanto, dois os elementos são necessários para que haja imputabilidade:

[...] intelectual, consistente na higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato; e volitivo, em que o agente domina sua vontade, ou seja, exerce controle sobre a disposição surgida com o entendimento do caráter ilícito do fato, e se determina de acordo com este entendimento. (CUNHA, 2017, p. 279).

Isto é, a capacidade (imputabilidade) ou a incapacidade (inimputabilidade) de responder penalmente. (CUNHA, 2017).

O Código Penal Brasileiro não define o que é imputabilidade, mas traz hipóteses de inimputabilidade como doenças mentais, menoridade e embriaguez, conforme os art. 26, caput, art. 27 e art. 28, § 1º, *in verbis*, por isso a doutrina estabelece alguns critérios.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Ademais, o primeiro é o critério trazido pela doutrina é o biológico, “leva em conta apenas o desenvolvimento mental do agente, basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.” O segundo é o critério psicológico “considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade, não precisa ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.” (CUNHA, 2017, p. 279).

Por fim, o critério biopsicológico, adotado como regra, nesse sentido, Rogério Sanches Cunha, explica que:

[...] considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável. (CUNHA, 2017, p. 280).

O sistema biológico é adotado “como exceção para os casos de menores de 18 anos, nos quais o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade de entendimento e vontade”, mas como regra o Código Penal adota o sistema biopsicológico. (CAPEZ, 2013, p.337).

A priori, diante do objeto de pesquisa proposto, a causa de inimputabilidade a ser estudada é a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, prevista no artigo 26, caput, do Código Penal, significa a incapacidade de imputação daquele que “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (CUNHA, 2017, p. 280).

Nesse âmbito, a partir do conhecimento adquirido até então, o foco a seguir é voltado para os impactos da imputabilidade e seus reflexos no direito penal.

1.1.1 IMPUTABILIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Nas palavras de Cezar Bitencourt, as personalidades antissociais estão na zona fronteira:

Entre a imputabilidade e a inimputabilidade existem determinadas gradações, que exercem, influência decisiva na capacidade de entender e autodeterminar-se do indivíduo. Situam-se nessa faixa intermediária os chamados *fronteiriços*, que apresentam *situações atenuadas* ou residuais de *psicoses*, de *oligofrenias* e, particularmente, grande parte das chamadas *personalidades psicopáticas* ou mesmo transtornos mentais transitórios. Esses *estados* afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la. Ou, na expressão do Código Penal, o agente não é “*inteiramente*” capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, parágrafo único, do CP). A *culpabilidade* fica *diminuída* em razão da menor censura que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade. (BITENCOURT, 2012, p. 180).

Na psiquiatria, de acordo com Guido Palomba², o fronteiroço é aquele que está entre a loucura e a normalidade. Afirma que todo ser humano, sem exceção ele é biológico, psicológico, social e cultural e dentre esses aspectos é possível compreender quando o crime é praticado por um indivíduo com distúrbio mental.

Convém registrar que Cesare Lombroso comparou os psicopatas com os dementes morais:

Eles têm noção da culpabilidade em certos casos dados, mas é uma noção realmente abstrata e quase mecânica da lei. Eles falam em ordem, justiça, moralidade, religião, honra, patriotismo, filantropia (vocabúlos preferidos do vocabulário deles), mas o que lhes falta é exatamente o sentimento relativo àquelas palavras. É nessa falta que se encontra a explicação de pensamentos tão estranhos e contraditórios sobre os mesmos fatos e esta é a razão pela qual em vão se tenta convencê-los de seus erros, da imoralidade de seus atos, do absurdo das opiniões, a injustiça de suas ambições. (LOMBROSO, 2010, p. 201).

Para o autor mencionado, o desvio de caráter seria hereditário, cita que Mendel e Krafft-Ebbing entendem como:

Uma forma de demência moral primária, que se manifesta frequentemente dos 5 aos 11 anos, com o furto, caráter excêntrico, com aversão aos costumes familiares, agitabilidade, incapacidade de educação, crueldade, cinismo extraordinário, além da sexualidade precoce. (LOMBROSO, 2010, p. 212).

Nesse diapasão, compreende que o livre arbítrio para as “pessoas sãs é livre a vontade, mas os atos são determinados por motivos de contrastam com o bem-estar social”. Explica que o livre arbítrio é freado quando surgem outros motivos, como o temor da sanção ou por meio de hábitos prudentes impostos por uma “ginástica mental continuada”, motivo que não valem para os psicopatas, que caem na reincidência. (LOMBROSO, 2010, p. 223).

Nesse aspecto, é relevante observar que o direito penal não supre essa lacuna sem ajuda das outras áreas do conhecimento como a psiquiatria, a psicologia e a até mesmo a pedagogia, uma vez os traços da personalidade psicótica se inicia na infância ou no começo da adolescência e continua na idade adulta. (American Psychiatric Association, 2014, p. 703).

² Trecho da entrevista com o Psiquiatra Forense, Guido Palomba, no IV Congresso Nacional On-Line De Perícia Criminal, oferecido pelo Instituto Êxito. Acessado no dia 11/07/2020.

Para que esse diagnóstico seja firmado, o indivíduo deve ter no mínimo 18 anos de idade (Critério B) e deve ter apresentado alguns sintomas de transtorno da conduta antes dos 15 anos (Critério C). O transtorno da conduta envolve um padrão repetitivo e persistente de comportamento no qual os direitos básicos dos outros ou as principais normas ou regras sociais apropriadas à idade são violados. Os comportamentos específicos característicos do transtorno da conduta encaixam-se em uma de quatro categorias: agressão a pessoas e animais, destruição de propriedade, fraude ou roubo ou grave violação a regras. (American Psychiatric Association, 2014, p. 659).

Normalmente, carecem de empatia e tendem a ser insensíveis, conforme explicitado pelo manual de diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Ainda assim, há características associadas que facilitam o diagnóstico, como:

A falta de empatia, autoapreciação inflada e charme superficial são aspectos que têm sido comumente incluídos em concepções tradicionais da psicopatia e que podem ser particularmente característicos do transtorno e mais preditivos de recidiva em prisões ou ambientes forenses, onde atos criminosos, delinquentes ou agressivos tendem a ser inespecíficos.

(...) Como pais, podem ser irresponsáveis, conforme evidenciado por desnutrição de um filho, doença de um filho resultante de falta de higiene mínima.

(...) Também apresentam com frequência aspectos de personalidade que atendem a critérios de outros transtornos da personalidade, em particular borderline, histriônica e narcisista. A probabilidade de desenvolvimento de transtorno da personalidade antissocial na idade adulta aumenta se o transtorno da conduta do indivíduo teve início na infância (antes dos 10 anos) e se houve também déficit de atenção/hiperatividade associado. Abuso ou negligência infantil, paternidade/maternidade instável ou errática ou disciplina parental inconsistente podem aumentar a probabilidade de o transtorno da conduta evoluir para transtorno da personalidade antissocial. (American Psychiatric Association, 2014, p. 660-661).

No que concerne ao Direito Penal, não é tema pacífico, uma vez que cabe ao magistrado, de acordo com o caso concreto, declarar a imputabilidade, a semi-imputabilidade ou a inimputabilidade. Neste caso, existem duas possibilidades: a execução da pena privativa de liberdade, a prisão, aplicada aqueles que são considerados imputáveis, ou então, caso seja declarado semi-imputável, conforme o artigo 26 do Código Penal, dá-se a causa de diminuição de pena ou medida de segurança.

A pena pode ser reduzida de um a dois terços em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era

inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Não obstante, entendendo o magistrado que se trata de um caso de inimputabilidade, a internação em hospital de custódia é a medida de segurança adotada para obter o tratamento adequado, em consonância com o artigo 98 do Código Penal.³ Tal medida é aplicada tanto ao inimputáveis quanto aos semi-imputáveis. Nas palavras de Masson:

As penas têm finalidade eclética, isto é, retributiva e preventiva, enquanto as medidas de segurança destinam-se exclusivamente à prevenção de novas infrações penais (prevenção especial). As penas são aplicadas por período determinado, guardando proporcionalidade com a reprovação do crime. Já as medidas de segurança são aplicadas por período determinado quanto ao limite mínimo, mas absolutamente indeterminado no tocante à duração máxima, pois a sua extinção depende do fim da periculosidade do agente. As penas têm como pressuposto a culpabilidade, ao passo que as medidas de segurança reclamam a periculosidade do indivíduo. No tocante aos destinatários, as penas se dirigem aos imputáveis e semi-imputáveis sem periculosidade. Por sua vez, as medidas de segurança se dirigem aos inimputáveis e aos semi-imputáveis perigosos. Não é possível a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis. (MASSON, 2015, p. 961-962).

Diante dos conceitos expostos, compreende-se o desafio do legislador brasileiro em apresentar diversas sanções aplicáveis a cada tipo de conduta ilícita, entretanto, sem especificar sobre a figura do psicopata, tanto em relação a culpabilidade, quanto ao tipo sanção a ser imposta, desse modo, cabe ao magistrado analisar o grau do transtorno.

2 PARALELO ENTRE A IMPUTABILIDADE NO BRASIL E NOS PAÍSES ANGLO-SAXÕES

Conforme, Ilana Casoy, traçar o perfil de um criminoso com personalidade psicopática é inabitual, principalmente quando ponto de partida é a motivação do crime, pois sempre é psicopatológico e desconhecido, cabendo ao investigador compreender a lógica particular do assassino em série. Os países que possuem o

³ Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

maior número desses homicidas múltiplos são os Estados Unidos, a Grã- Bretanha, Alemanha e França, respectivamente. (CASOY, 2014, p. 37; 44).

Nesse sentido, os sistemas judiciais no mundo têm pontos de vistas diferentes em relação a imputabilidade dos seriais killers. Na Dinamarca e na Noruega, por exemplo, os indivíduos com transtornos de personalidade raramente são considerados isentos de punição, se nenhuma outra condição também estiver presente. Além disso, há uma lei na Noruega que estabelece que uma pessoa pode receber punições mais brandas quando no momento do crime tinha uma doença mental grave com uma capacidade enfraquecida da realidade. (LIVERØD, 2014).

Nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha não é apenas a presença de uma doença mental que determina a responsabilidade legal, mas também a sua intenção e consciência. Dessa forma, a maioria dos criminosos com transtornos de personalidade psicótica não são incluídos nas alegações de insanidade e são considerados responsáveis na a Dinamarca, Noruega e nos EUA. (LIVERØD, 2014).

Para tanto, a pena capital, conhecida como pena de morte, possui regras para aplicação. Cada estado norte-americano organiza sua própria legislação, dos 50 estados que compõe os Estados Unidos, 29 possuem a pena de morte como a punição, os mesmos crimes cometidos nos outros 21 estados não preveem a pena de morte, mas se considerados crimes federais, podem ser punidos dessa forma. (GHIRELLO, 2020).

Assim como no Brasil, o júri norte-americano desenvolve um papel semelhante, a escolha é feita de forma aleatória por escriturários dos sistemas dos tribunais por meio da compilação de listas a partir do cadastro de eleitores, “sendo exigências básicas para ser jurado o gozo dos direitos de cidadania, idade entre vinte e um e setenta anos, ser alfabetizado e não ter sido condenado por nenhum crime.” Ademais, “nos Estados Unidos é possível que se tenha um julgamento pelo Júri tanto em causas cíveis quanto em causas penais, circunstância não encontrada no Brasil, onde a sua atuação se reserva ao julgamento das causas criminais relativas aos crimes dolosos contra a vida.” (REIS, 2013).

Em contraste com as informações supramencionadas, no Brasil há a implementação da Lei 10.216/2001, que trata da Reforma Psiquiátrica, como instrumento para orientar o sistema jurídico-penal, ao atribuir um caráter

10

multiprofissional a análise dos incapacitados mentalmente para a obtenção de uma solução adequada. (MACHADO; MESSERE, 2020).

A legislação brasileira determina que, se “houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará” a submissão do acusado a exame médico-legal (art. 149 do Código de Processo Penal – CPP). O juiz do incidente de insanidade poderá formular quesitos e oferecerá às partes a oportunidade de também fazê-lo (art. 176). O laudo registrará, de forma conclusiva, se o acusado era irresponsável ao tempo da infração (art. 151). O CPP não fixa quesitos necessários, seja para o juiz, seja para as partes. (MACHADO; MESSERE, 2020, p. 407).

Consequente, apesar da presença dos elementos da culpabilidade, o Código Penal deixa sob a análise do magistrado a aplicação da imputabilidade, semi-imputabilidade ou a inimputabilidade.

O que o sistema direito pode dizer é se aquele que detém consciência e capacidade de determinar-se cometeu crime e deverá ser punido ou, ainda, se o acometido de transtorno mental incapacitante deverá ser eximido da punição e submetido a medida interventiva diversa. Solucionar conflitos ou regular relações não é o que distingue o direito, pois solução de controvérsias e regulação podem ser alcançadas sem intervenção jurídica. O que distingue o direito é a função estabilizadora das expectativas normativas. (MACHADO; MESSERE, 2019, p. 55).

2.1 SERIAL KILLERS NO MUNDO E AS SANÇÕES APLICADAS

2.1.1 JEFFREY LIONEL DAHMER “O CANIBAL DE MILWAUKEE”

Jeffrey Lionel Dahmer (1960 – 1994) foi um assassino em série e criminoso sexual americano, que chocou os Estados Unidos quando seus crimes bárbaros vieram à tona. Ao total somam-se dezessete homicídios, todas vítimas eram homens homossexuais. Sua captura ocorreu, em uma noite no fim de julho de 1991, quando dois patrulheiros de Milwaukee viram um homem atordoado, com algemas nos punhos, momento em que relatou aos policiais que sofreu uma tentativa de homicídio. (SCHECHTER, 2013, p. 393).

Ao vasculharem o local indicado pela vítima de Dahmer, os policiais encontraram restos humanos, fotos polaroides de corpos mutilados, vários órgãos na geladeira, entre outras atrocidades. No dia do julgamento em 1992, o advogado de defesa alegou

que a natureza das barbaridades cometidas provava a loucura do agente delituoso. Entretanto, o júri rejeitou o apelo de insanidade e considerou Dahmer culpado, sendo sentenciado a prisão perpétua. Em 1994, Jeffrey Dahmer foi morto por outro detento. (SCHECHTER, 2013).

Em geral, conseguir uma absolvição por alegação de insanidade é tão difícil que poucos advogados de defesa lançam mão desse recurso. Nos últimos cem anos, apenas 1% de todos os criminosos levados a julgamento nos EUA recorreram a essa tática. E dessa pequena minoria, apenas um em cada três foi considerado NGRI (Not Guilty by Reason of Insanity ou, em português, “inocente por alegação de insanidade mental”). (SCHECHTER, 2013, p. 414).

Nos Estados Unidos, em relação aos seriais killers, as chances de conseguir uma absolvição por incidente de insanidade mental são remotas, ainda que o indivíduo, de fato, apresente delírios como no caso de Herbert Mullin⁴ que “foi considerado mentalmente são pelos padrões legais e condenado por homicídio”. (SCHECHTER, 2013, p. 415).

Muitos júris norte-americanos relutam a acreditar que alguém que mata é louco ao invés de mau. Na verdade, muita gente suspeita que a alegação de insanidade é um artifício empregado por advogados espertalhões em colaboração com psiquiatras ingênuos para conseguir absolvição de um cliente obviamente culpado. (SCHECHTER, 2013, p. 414).

No Brasil, o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal, veda expressamente penas com caráter perpétuo, em contraposição aos países anglo-saxões, a pena pátria possui caráter ressocializador e seu objetivo estaria prejudicado caso esse tipo de punição fosse adotado no ordenamento jurídico brasileiro. À vista disso, é possível que essa conjuntura tivesse o mesmo rumo em relação pena privativa de liberdade, com a ressalva de que a pena máxima aplicada seria de até quarenta anos, outra possibilidade seria a internação em hospital de custódia para obter o tratamento adequado.

2.1.2 JOHN WAYNE GACY “O PALHAÇO ASSASSINO”

⁴ Após o ensino médio, um amigo íntimo de Herbert Mullin, Dean Richardson, morreu em um acidente de carro, isso pareceu desencadear o início de seu comportamento estranho. Antes de cometer atrocidades, foi diagnosticado como um esquizofrênico paranoico e foi internado. Após ser liberado, alegava que ouvia vozes e acreditava que poderia evitar um terremoto apocalíptico na Califórnia ao assassinar pessoas aleatórias. O júri o considerou culpado de dez assassinatos em agosto de 1973.

John Wayne Gacy (1942-1944) foi um serial killer estadunidense, que para a comunidade local em Chicago, Illinois, era um cidadão modelo, uma vez que nas horas vagas se interessava por causas beneficentes e se vestia como “Pogo, o palhaço” para entreter crianças doentes no hospital local. A realidade, porém, era assustadora, as evidências mostraram que Gacy levava uma vida dupla: enquanto construía uma imagem impecável, aliciava menores de idade. Em 1968 foi condenado a dez anos de prisão, por sodomia. Todavia, se tornou um prisioneiro exemplar, sendo concedido liberdade condicional em menos de dois anos. (SCHECHTER, 2013, p. 384).

Em 11 de dezembro de 1978, Robert Piest, um estudante do segundo ano do ensino médio, de 15 anos, desapareceu logo após sair do trabalho, contou à mãe que falaria com um empreiteiro local sobre um emprego temporário de verão, tal homem era John Wayne Gacy. A polícia ficou sob vigilância, quando soube que dois funcionários adolescentes de Gacy, também haviam desaparecido. Os investigadores obtiveram um mandado de busca para a casa do suspeito e lá encontraram itens pessoais que pertenciam a garotos adolescentes e vários restos mortais no porão da casa. (SCHECHTER, 2013, p. 384).

No julgamento, tentou convencer o júri que sofria de dupla personalidade. Em março de 1980, o júri recusou a alegação de insanidade mental e o sentenciou à morte. Após quatorze anos a sentença foi cumprida e Gacy foi executado por injeção letal. (SCHECHTER, 2013, p. 385).

No Brasil, o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal, veda expressamente a pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada. Ainda, no mesmo artigo, o direito à vida é abarcado, significa dizer que é um direito fundamental inerente ao ser humano, decorrente da dignidade da pessoa humana. À vista disso, é possível que essa conjuntura não trilhasse o mesmo caminho. Gacy receberia uma pena privativa de liberdade com a pena máxima de até quarenta anos, outra possibilidade seria a internação em hospital de custódia para obter o tratamento adequado.

2.1.3 ANATOLY YURIYOVYCH ONOPRIENKO

Anatoly Yuriyovych Onoprienko, (1959-2013) nascido na Ucrânia, também conhecido como “O exterminador”, seguia um padrão, invadia as casas de suas vítimas e matava todos os ocupantes. Em abril de 1996, Anatoly foi preso e confessou o assassinato de 52 vítimas inocentes em um período de seis anos. A causa provável para o cometimento de tais atrocidades, foi o abandono em um orfanato pelo seu pai viúvo, quando ainda era uma criança. Isso se consumou em grande fúria contra famílias normais e estáveis. (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Apesar das evidências de que era paranoico esquizofrênico, foi considerado capaz para ser julgado e foi sentenciado à pena de morte com fuzilamento. (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Assim como no caso anterior, no Brasil, ninguém é julgado e condenado a pena capital, neste cenário em que houve a comprovação de que o indivíduo sofria de transtornos mentais, haveria a aplicação da Lei nº 10.216/2001, Reforma Psiquiátrica, em que este indivíduo seria submetido a um modelo assistencial de saúde mental, mediante interação compulsória, para obter o tratamento adequado.

2.1.4 ROSEMARY PAULINE WEST

Rosemary Pauline West, é uma assassina em série britânica, condenada à prisão perpétua em novembro de 1995. Acredita-se que seu marido, Fred West, tenha colaborado com ela na tortura e assassinato de pelo menos 10 mulheres jovens. O episódio ficou conhecido como “Casa dos Horrores”, entre as vítimas, havia as duas filhas do casal, uma de oito anos e outra de dezesseis, “além dos homicídios, o casal foi acusado de violentar as vítimas antes de matá-las”. (CASO, 1993).

Traçando um paralelo entre o Brasil e a Grã-Bretanha, assim como no caso de Dahmer, não seria aplicada a pena perpétua. Este cenário, é representado pela presença de um crime sórdido, de caráter hediondo. Conforme, os dados apresentados, é possível que fosse aplicado a pena privativa de liberdade, seguindo o rito procedimental⁵ da Lei nº 8.072/1990, Crimes Hediondos, as penas seriam

⁵ O artigo 394-A do Código de Processo Penal, dispõe: Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias. (Incluído pela Lei nº 13.285, de 2016)

cumpridas em regime fechado.

2.1.5 FRIEDRICH HAARMANN

Fritz Haarmann (1879 - 1925) foi um assassino em série nascido em Hannover, Alemanha, comumente conhecido como "O açougueiro de Hannover". De 1919 a 1924, Haarmann cometeu pelo menos 24 assassinatos e possivelmente muitos mais. Suas vítimas eram jovens que rondavam as estações ferroviárias." (BLANCO, 2017).

Especialistas apresentaram seus relatórios no sentido de que, embora o assassino tivesse uma "personalidade patológica", ele não era desprovido de vontade e responsabilidade e, portanto, não tinha loucura maníaco-depressiva. No dia 19 de dezembro de 1924, Haarmann recebeu 24 sentenças de morte em 24 casos, sendo executado por guilhotina em 1925. (BLANCO, 2017).

Novamente, ao traçar um paralelo entre o sistema jurídico penal entre o Brasil e a Alemanha, é crucial observar a data da execução de Haarmann em 1925, e mais uma vez, assim como no caso de John Wayne, não haveria pena de morte. Em 1888, por intermédio da Lei Áurea a escravidão foi abolida, e "a finalidade principal da pena de morte no Brasil era reprimir e amedrontar os escravos", desse modo, a pena capital foi revogada em 1890, logo depois da Proclamação da República. (SCHREIBER, 2015).

2.2 O DIREITO PENAL ANGLO-SAXÃO

A primeira fonte do direito, conforme Carlos Roberto Gonçalves, é o costume, observado e reiterado por certas regras consolidadas pelo tempo, que versa sobre o "direito não escrito, conservado nos sistemas de *Common Law*." (GONÇALVES, 2012, p. 50).

Um atributo interessante, adotado pelo direito penal anglo-saxônico, é a construção dos precedentes jurisprudenciais, significar dizer que as normas são extraídas com base em uma decisão concreta, com aplicabilidade para situações semelhantes.

Precedente é um julgamento que sirva como razão de decidir de outro julgamento proferido posteriormente. É natural, portanto, que um julgamento não nasça precedente, mas que se torne um precedente a partir do momento em que é utilizado posteriormente como razão de decidir em outro julgamento.

Assim ocorre no sistema da common law, no qual os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros julgamentos. (NEVES, 2016, p. 2351)

Ao analisar a culpabilidade no direito internacional penal, sabe-se que:

Não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a esta outra denominação, mas não se pode eliminá-lo (ROXIN, 2008, p. 133). Isso ocorre no direito internacional penal, que não trabalha, em sua dogmática, com o conceito de culpabilidade, muito embora, como já afirmado, foi a partir desta que se legitimou a responsabilidade penal do indivíduo perante a ordem internacional. Com efeito, já se firmou aqui a premissa de que a dogmática do direito internacional penal teve marcante influência do direito penal da common law, na qual se verifica uma dicotomia entre aspectos objetivos (actus reus) e subjetivos (mens rea) quanto aos elementos do crime. A culpabilidade, na verdade, como potencial consciência da antijuridicidade vai estar implícita no aspecto subjetivo do crime, na guilty mind de praticar a conduta prevista como actus reus. (CLEMENTINO, 2010, p. 60). (grifo no original).

Outrossim, ao analisar as normas sob a dogmática do *common law* no direito penal, é possível notar que a culpabilidade é um elemento subjetivo do crime (mens rea), que além de insinuar não só uma relação causal entre vontade e resultado (dolo), como também a consciência potencial da antijuridicidade do fato (culpabilidade). “Na guilty mind, uma das categorias de atitude mental é o knowledge, que se aproxima da culpabilidade como juízo normativo puro.” (CLEMENTINO, 2010, p. 61).

No art. 31⁶, existe a previsão de algumas causas de exclusão que ora

⁶ Art. 31: Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;
b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;
c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que

16

se qualificam como exclusões da culpabilidade, ora como causas de justificação excludentes da antijuridicidade da conduta, como na alínea c, que disciplina a legítima defesa. No mais, prescreve-se, na alínea a, a exclusão da responsabilidade penal individual, no tocante à culpabilidade, tendo em vista a constatação de incapacidade mental (insanity). Na alínea b, a exclusão se dá em virtude de intoxicação (intoxication), ressalvada a *actio libera in causa* (AMBOS, 2000). Por fim, na alínea d, determina-se a exclusão em virtude de coação (duress), desde que o agente atue de forma razoável e necessária, sem a intenção de causar dano maior (CLEMENTINO, 2010, p. 61-62).

Na Holanda, os criminosos com doenças mentais são tratados de forma diferente. Cerca de 124 homens e 36 mulheres estão na prisão de Zwolle, separados da população carcerária em geral, há uma “ala de crise”, local onde ficam os internos até sua condição se estabilizar antes de entrarem na ala psiquiátrica geral. (HOGENBOOM, 2018).

Em países como o Reino Unido e os EUA, os presos com problemas de saúde mental, na maioria das vezes, ficam com a população carcerária em geral. Entretanto, na Holanda os prisioneiros são alocados em seções próprias após uma acusação. O propósito é que assim possam obter os cuidados apropriados de que necessitam. (HOGENBOOM, 2018).

Uma das características exclusivas do sistema de justiça criminal holandês é que uma pessoa pode ser considerada responsável por seu crime em cinco graus. A lei holandesa é diferente da lei inglesa por diferenciar a proporcionalidade responsabilidade. Neste caso, no momento em que uma pessoa entra no sistema

realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea; *(tradução feita pelo autor citado)*

d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar.

Essa ameaça tanto poderá:

I) Ter sido feita por outras pessoas; ou

II) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.

2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.

3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no § 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o art. 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

prisional pela primeira vez, é visitado novamente por um psicólogo ou psiquiatra. (HOGENBOOM, 2018).

Os casos mais sérios ou que rejeitam o tratamento podem ser direcionados para o PPC - Centro Psiquiátrico Penitenciário. Os PPCs são afastados da população carcerária em geral, como é o caso da prisão de Zwolle. (HOGENBOOM, 2018).

3 PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS: QUESTÕES SOBRE (INI)IMPUTABILIDADE

Pensa-se que as leis foram criadas na condição de reunir os homens, a partir do sacrifício de pequenas liberdades, “o direito é a força submetida a leis, para vantagens da maioria”. (BECCARIA, 2015, p. 22).

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. (...) No momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. (BECCARIA, 2015, p. 23-24).

No Brasil, a Carta Magna é utilizada como instrumento para contenção de poder em prol das liberdades, no sentido de preservação da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2017, p. 37). Algumas constituições utilizam o Direito Internacional como um pilar, para guiar as normas que serão estabelecidas, uma vez que não é recomendável que a Carta Política de um país seja divergente das normas internacionais estabelecidas. (RAMOS, 2012, p. 498).

O Direito Internacional se expandiu, significa dizer que não só houve um aumento na produção de normas internacionais, variando sobre diversos temas, inclusive, sendo invasivo no direito interno, como também o fortalecimento de procedimento de interpretação e cumprimento das normas internacionais para garantir sua plena efetividade. (RAMOS, 2012, p. 500).

Bem como se sabe, no Brasil não é admitido a pena de morte ou prisão perpétua, como consta no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” e “b” da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; [...]. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, com a promulgação do Decreto 678/1992 entrou em vigor no Brasil Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, basilar na proteção dos direitos humanos, ao validar direitos políticos e civis, assim como à integridade pessoal, à liberdade e à proteção judicial. Conforme o artigo 4, da CADH, “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem atuado em consonância à Convenção em diversos processos nas áreas de direito penal, processual penal e constitucional⁷. Dessa forma, tem-se o seguinte pensamento:

Mas quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, do sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo almejado arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens? Se assim fosse, como conciliar esse princípio com a máxima que proíbe o suicídio? Ou homem tem o direito de se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem, nem à sociedade inteira. A pena de morte não se apoia, assim, o direito. É uma guerra declarada um cidadão pela nação, que julga a destruição desse cidadão necessária útil. (BECCARIA, 2015, p. 55).

Entretanto, difere desse pensamento o Tribunal Penal Internacional (TPI), constituído para “prevenir a ocorrência de violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, além de coibir ameaças contra a paz e a segurança internacionais.” Por meio do Decreto n. 4.388/2002, o tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. E traz no capítulo VII, artigo 70, número 1, alínea “b”, a previsão de pena de prisão perpétua, *in verbis*:

- 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
 - b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

⁷ Informações obtidas no *site* do Superior Tribunal Federal. A aplicação do Pacto de San José da Costa Rica em julgados do STJ. 24 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-aplicacao-do-Pacto-de-San-Jose-da-Costa-Rica-em-julgados-do-STJ.aspx>> Acesso em: 30 out 2020

Ainda que haja a previsão legal da prisão em caráter perpétuo, o TPI não possui a mesma força normativa que a Constituição Federal. O Estado é dotado de soberania, conforme ilustra o informativo nº 554/2009 do Supremo Tribunal Federal, cabe ao direito penal interno lidar com a aplicabilidade das sanções:

INFORMATIVO Nº 554/2009

Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Nesse sentido, no artigo 102, alíneas “a” e “b” do Estatuto⁸, informa a diferença entre a extradição e entrega, ademais, o entendimento do artigo 5º, inciso LI, da Carta Magna explicita que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”. Outrossim dispõe, o artigo 89 do Decreto Lei nº 4.388/2002, *in verbis*:

Artigo 89

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

Destarte, a submissão do brasileiro nato ao TPI não está em desarmonia com os ditames constitucionais, o Tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em sua integralidade.

No sentido de reiterar ainda mais o compromisso brasileiro com o Estatuto e evitar eventuais desrespeitos ao seu texto, o artigo 1º do Decreto n. 4.388/2002, que incorpora o Estatuto ao Direito Interno, positiva que “o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,

⁸ a) Por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

apenso por cópia ao presente Decreto, **será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém**" (PASTOR, 2018, p. 41). (grifo no original)

Nesse aspecto, apesar da prisão perpétua possuir caráter excepcional, não afasta a possibilidade de entrega de brasileiro nato ao julgamento do TPI, em casos de crimes contra a comunidade internacional.

Além do mais, segundo o próprio Estatuto, a pena de prisão perpétua será imposta apenas se o elevado grau de ilicitude e as condições pessoais do condenado o justificarem. Esses requisitos, cumulados ao fato de que a própria missão do TPI tem caráter excepcional, nos leva a crer que a imposição da prisão perpétua será a exceção da exceção. (...)

Por fim, temos que o Brasil, como Estado soberano que livremente aderiu ao Estatuto de Roma e, inclusive, contribuiu para seu nascimento, não pode invocar disposições de seu direito doméstico para escusar-se de cooperar com o Tribunal. A conclusão é pela compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição, pelo menos no que tange à pena de prisão perpétua e a entrega de nacionais. Ainda, forçoso enxergar que o Brasil, a despeito da carência legislativa, está plenamente apto (além de obrigado) a cooperar com o Tribunal no que for necessário para alcançar suas finalidades jurisdicionais. (PASTOR, 2018, p. 57-58).

Em continuidade, tem-se análise de crimes cometidos por brasileiros acometidos de personalidade psicótica e as sanções aplicadas de acordo com o caso concreto. Todas estas questões, devidamente ponderadas, levantam dúvidas sobre o caráter ressocializador da pena.

3.1 JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No dia 25 de fevereiro de 2015, os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negaram o *Habeas Corpus* nº 308.246 - SP (2014/0283229-8)⁹, substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de Antônio Carlos de Faria, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a progressão de regime.

Nesse sentido, o Ministro-Relator, Nefi Cordeiro, observou que o *decisum* do Tribunal foi fundamentado em observância às circunstâncias do caso concreto, em

⁹ HC nº 308.246 STJ. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Publicação 04/03/2015

que o paciente cumpre penas que somam vinte e nove anos, seis meses e seis dias de reclusão pela prática de crimes de homicídio qualificado e estupro, cujo término está previsto para o dia 19/02/2030.

Ademais, o Tribunal de origem ponderou que o transgressor foi submetido a avaliação de *experts*, como assistente social, psicólogo e psiquiatra, que relataram contradição no discurso do causador, planos inconsistentes para o futuro, ausência de crítica construída sobre os atos delinquenciais e descrição dos fatos de forma indiferente.

Tendo em vista aos pareceres desfavoráveis, foi denegada a progressão de regime pelo 1º Grau, a decisão foi mantida em 2º Grau, uma vez que não houve ilegalidade no *decisum* que indeferiu a progressão do regime do paciente, que não preencheu o requisito subjetivo necessário, diante do fato de que apresenta quadro de psicopatia compatível transtorno de personalidade antissocial e que ainda persiste elevado risco de cometimento de outros delitos.

Em outro caso, no dia 19 de maio de 2015, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, concedeu por unanimidade a ordem de *Habeas Corpus* nº 125.370¹⁰, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, em favor de Erick Izidoro da Silva.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou o *Habeas Corpus*, com pedido de liminar em face da decisão monocrática do Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC 308.171/SP.

O paciente foi denunciado pela suposta prática de homicídio qualificado e o Ministério Público requereu a prisão preventiva. A defesa alegou que “o paciente responde o processo em liberdade há mais de 1 (um) ano e 2 (dois) meses, período em que se encontra submetido a tratamento ambulatorial, demonstrando uma evolução do seu estado.”

Nesse sentido, a Ministra-Relatora, ponderou que a prisão preventiva não seria o instrumento adequado e que embora a inimizabilidade do paciente não fosse presumida, a solução adequada dependeria do resultado de insanidade mental que ainda estava pendente de julgamento. Todavia, foi constatado fortes indícios de que o paciente seria portador de enfermidade mental.

¹⁰ HC nº 125.370 STF. Relatora Ministra Rosa Weber. Publicação 03/08/2015

Estabelecidas tais premissas, concedeu a ordem para substituir a prisão preventiva decretada pelo regime de internação provisória compulsória, cabendo ao Juízo de primeiro grau efetivá-la, “desde que o corpo médico, sob a supervisão do juízo, demande ser esta a melhor forma tratamento do paciente e afirme controlada a sua periculosidade e sem prejuízo, também, de que sejam fixadas outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.”

3.1 CASOS PERTINENTES

3.1.1 PEDRO RODRIGUES FILHO “PEDRINHO MATADOR”

Pedro nasceu em Santa Rita do Sapucaí – Minas Gerais, com ferimentos no crânio, resultado de chutes que o pai desferiu na barriga da mãe durante uma briga. Cometeu seu primeiro crime aos quatorze anos, a vítima era vice-prefeito de sua cidade natal, alvejado com tiros de espingarda, sob a justificativa de ter demitido seu pai injustamente. (SCHECHTER, 2013, p. 141).

Nessa linha, antes de completar dezoito anos, o rol de crimes cometidos por Pedrinho era extenso. Segundo o próprio, executou o próprio pai depois que este matou sua mãe, “arrancou-lhe o coração, mastigou uma parte e depois a cuspiu.” (SCHECHTER, 2013, p. 141).

Segundo os psiquiatras que o analisaram em 1982, para um laudo pericial, a maior motivação de sua vida era “a afirmação violenta do próprio eu.” Foi diagnosticado com “caráter paranoide e antissocial”. (...) Cumpriu pena pelos homicídios, mas foi condenado por participar de seis motins e privação de liberdade de um agente carcerário durante uma das rebeliões. Todas as penas somam quase quatrocentos anos de prisão” (SCHECHTER, 2013, p. 142).

Hodiernamente, Pedro está em liberdade, grava vídeos como comentarista de crimes para o YouTube, “em entrevista ao programa “Conexão Repórter” do SBT afirma que não se arrepende de quem matou, mas se arrepende dos anos que perdeu encarcerado por ter matado.” (MARQUES, 2019, p. 58).

3.1.2 ROBERTO APARECIDO ALVES “CHAMPINHA”

No ano de 2003, aos dezesseis anos, Roberto Aparecido Alves, foi submetido

a medida socioeducativa pela prática do ato infracional análogo ao crime de sequestro e homicídio do casal de namorados Liana Friedenbach, de dezesseis, e Felipe Silva Caffé, de dezenove. Felipe foi executado com um tiro na nuca e Liana foi abusada sexualmente por quatro dias, antes de ser morta a facadas. (SILVA, 2018, p. 151)

Champinha foi submetido à disciplina prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por ser menor de idade, podendo ficar internado por até três anos ou no máximo até completar 21 anos (artigo 121, parágrafo 5º). Quando completou 21 anos, “o Ministério Público requereu sua interdição civil com base na Lei 10.216/2001, também conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica,” que pretende proteger os portadores de transtorno mental. Acolhida a solicitação, Champinha tornou-se responsabilidade do estado de São Paulo, sendo transferido para uma Unidade Experimental de Saúde (UES), destinada à recuperação de jovens infratores com distúrbios mentais. (REDAÇÃO, 2018).

Diante do laudo psiquiátrico do Instituto Médico Legal (IML), que atestou que Champinha possuía personalidade antissocial, a Justiça decidiu encaminhá-lo para a UES. (MOREIRA; GONÇALVES, 2019)

Em 10 de dezembro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o *habeas corpus* de Champinha e negou, por unanimidade, que ele deixasse o hospital psiquiátrico. Por falta de um lugar apropriado que atenda à determinação da Justiça, Champinha permanece onde está desde 2007: na Unidade Experimental de Saúde. (SILVA, 2018, p.152).

3.1.3 JORGE BELTRÃO NEGROMONTE DA SILVEIRA “CANIBAIS DE GARANHUS”

No ano calendário de 2012, na região agreste do Estado de Pernambuco, na cidade de Garanhuns, Jorge Beltrão Negromonte da Silveira, Isabel Cristina Torreão Pires e Bruna Cristina Oliveira da Silva, ficaram conhecidos como os Canibais de Garanhuns, condenados pela morte de duas jovens. (CHURCHILL, 2020)

O trio praticava rituais macabros com suas vítimas, os crimes ocorriam com o objetivo de diminuir o crescimento populacional. A seita pregava que o consumo das partes dos corpos era para purificar, “Em uma situação ainda mais trágica, a carne também passou a ser vendida para moradores desavisados da região, que compravam os salgados de Isabel, sem saber a procedência da carne.” (CHURCHILL, 2020)

Jorge Beltrão escreveu um livro intitulado *Revelações de Um Esquizofrênico*, em que no decorrer dos capítulos demonstra sinais de patologias psicológicas, apresentando o comportamento antissocial desde a infância, como no trecho a seguir:

Por muito tempo eu fiquei isolado da turma, estudando só e me recusando a trabalhar em grupo. Em um desses dias num intervalo, eu fui estudar no corredor da escola enquanto os grupos discutiam os trabalhos de classe, e foi nesse exato momento que o meu pai se aproximou de mim e começou a me ensinar. Foi tranquilo os seus ensinamentos, aprendi muito, porém o que eu quero deixar claro é que meu pai já era falecido nessa época. (BELTRÃO, 2012, p. 20)

Conforme a processo¹¹ do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o Ministério Público Estadual denunciou Jorge Beltrão Negromonte da Silveira, bem como as outras participantes, pelos crimes de ocultação de cadáver, vilipêndio a cadáver, estelionato e furto qualificado pelo concurso de pessoas, todos do Código Penal. A defesa de Jorge Beltrão Negromonte da Silveira, requereu a absolvição, arguindo a tese de inimputabilidade penal¹².

Em sentença condenatória penal, o magistrado apontou que “o sadismo e a frieza demonstrados na prática dos crimes demonstraram que possui alto grau de psicopatia e, como tal se mostra sensível apenas em relação a seus próprios sofrimentos” e condenou Jorge Beltrão a setenta e um anos¹³ de reclusão.

3.2 O CASO DO BANDIDO DA LUZ VERMELHA E O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA

João Acácio Pereira Costa, conhecido como Bandido da Luz Vermelha, foi um criminoso da década de 1960 responsável por instaurar a insegurança nas cidades de São Paulo. Foi condenado em 88 processos, sendo 77 roubos, 4 homicídios e 7

¹¹ Processo disponível para consulta pública no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Autos número: 0001561-17.2012.8.17.0640

¹² Um laudo técnico atestou que os três acusados não possuem problemas mentais. Disponível em <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2013/11/trio-acusado-de-canibalismo-nao-tem-problemas-mentais-diz-laudo-medico.html>> Acesso em 02 nov. 2020

¹³ Conforme o artigo 75 do Código Penal, o cumprimento do tempo de condenação é de 40 (quarenta) anos. O sistema trifásico da dosimetria da pena reflete a desaprovação social, as sentenças condenatórias acima do máximo legal servem para calcular quando o acusado terá benefícios, como por exemplo, a progressão de regime. Disponível em: <https://guilhermebsschaun.jusbrasil.com.br/artigos/686478683/qual-e-a-relevancia-de-uma-pena-superior-a-30-anos> Acesso em 02 nov. 2020

tentativas de homicídio, que somaram 351 anos, 9 meses e 3 dias de reclusão. O delinquente roubava mansões após cortar a energia da casa e em 8 de agosto de 1967, em Curitiba, foi condenado pelos crimes cometidos. (FERREIRA, 2018).

Após cumprir 30 (trinta) anos de prisão, ganhou liberdade, devido aos laudos psiquiátricos que provaram que o réu estava habilitado para uma vida em sociedade. Poucos meses depois, foi encontrado morto na cozinha da casa onde morava. O acusado pelo assassinato foi um pescador Nelson Pinzegher, que alegou legítima defesa após desentendimentos. Em 10 de Novembro de 2004, Nelson foi absolvido pelo Tribunal do Júri de Joinville, Santa Catarina¹⁴.

Nessa perspectiva, subentende-se que após o encarceramento em regime fechado por 30 (trinta) anos, a pena não cumpriu sua real função ressocializadora, uma vez que na etapa da execução penal é consolidada o caráter da pena para coibir a reincidência e tornar o indivíduo apto a convivência social, isto é, reeducar o sentenciado, afim de “estimular a confiança da coletividade na higidez e poder do Estado de execução do ordenamento jurídico”. (CUNHA, 2015, p.385).

Nessa acepção, insurge a criação de novos meios para avaliar a complexidade na eficácia das sanções penais, tanto para os presos comuns, quanto para aqueles com incidente de insanidade mental.

4 EXISTE MORA LEGISLATIVA QUANTO AO ASPECTO DA EFICÁCIA DAS SANÇÕES PENAIS RELATIVAS AOS PSICOPATAS?

Atento às particularidades dos princípios constitucionais, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a igualdade formal, direito fundamental que visa garantir a dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988).

A relevância desse direito fundamental e sua múltipla função, proporciona diferentes interpretações e aplicabilidades. O maior destaque desse princípio advém

¹⁴ Informações obtidas no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, comunicado elaborado pela Equipe de Estagiários de História e Direito da Coordenadoria de Gestão Documental. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PrimeiraInstancia/GestaoDocumental/Comunicado?codigoComunicado=7350&pagina=1> Acesso em: 08 nov. 2020

do entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 58¹⁵, em que elucida a diferença no termo “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Cabe aos operadores do direito aplicar tratamento diferenciado entre pessoas que estão em situação diferente. Nessa acepção, seria compatível um tratamento diferenciado aos indivíduos com transtornos de personalidade antissocial, em consonância com a igualdade material, que não proíbe que a lei discrimine os presos comuns daqueles dotados de insanidade mental, desde que corresponda ao princípio da razoabilidade.

Parece-nos mais adequado cuidar do princípio sob a denominação de isonomia, com uma significação mais ampla e harmônica, inclusive objetivando o estudo da individualização da pena. São os seres humanos naturalmente desiguais. Desse modo nascem e nessa perspectiva crescem, desenvolvem-se e morrem, devendo o Direito tratá-los todos de maneira igualitária, significando prever, nas normas, quando possuírem os mesmos destinatários, critérios garantidores para cada um receber o que é seu, bem como, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais, fórmula mais próxima do ideal de isonomia material e não meramente formal. A igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do Direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia. (NUCCI, 2009, p.39 e 40).

¹⁵ MI 58, Relator Ministro Carlos Velloso, Redator do acórdão Ministro Celso de Melo. Publicação 19/09/1991

A análise do caso concreto é crucial por conta das particularidades que fazem jus de atenção. A questão relevante quanto suprir a mora legislativa em relação aos psicopatas é a necessidade de coibir a reincidência ante a periculosidade, uma vez que para esse traço de personalidade não há como existir um ajuste às normas sociais de acordo com a conduta legal.

Constata-se que o meio social, a cultura local e a genética possuem fortes influências capazes de aflorar o potencial ofensivo. Nesses termos, a taxa de reincidência dos psicopatas é quatro vezes maior se comparado aos criminosos não portadores de insanidade mental. (MORANA, 2004)

Devido ao alto grau de reincidência dos criminosos psicopatas, é indispensável procedimentos e técnicas para avaliá-los, a presença de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais bem-treinados fornecem o suporte basilar para a implementação de uma estrutura apta para tratá-los.

A legislação brasileira determina que, se “houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará” a submissão do acusado a exame médico-legal (art. 149 do Código de Processo Penal – CPP). O juiz do incidente de insanidade poderá formular quesitos e oferecerá às partes a oportunidade de também fazê-lo (art. 176). O laudo registrará, de forma conclusiva, se o acusado era irresponsável ao tempo da infração (art. 151). O CPP não fixa quesitos necessários, seja para o juiz, seja para as partes. (MACHADO; MESSERE, 2020, p.407).

Para explorar melhor o tópico e avaliar a (in)existência de mora legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, o conteúdo será fragmentado para tornar o assunto inteligível e dinâmico.

4.1 ESTUDOS MÉDICOS SOBRE A PSICOPATIA

Na medicina, o aparato considerado adequado para a avaliação do distúrbio psicopático tem sido o PCL-R (*Hare Psychopathy Checklist- Revised*), consiste em um *checklist* que analisa o grau de periculosidade, é adotado em países como Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega, China, Finlândia e Alemanha. (MORANA, 2013, p. 24).

O PCL-R (*Hare Psychopathy Checklist- Revised* [PCL-R]; Hare, 2003), a versão revisada da escala original, mensura a psicopatia ao avaliar os aspectos afetivos, interpessoais e comportamentais. Tais características são divididas, na escala, em duas dimensões do

constructo, agrupadas em dois fatores: o fator 1 diz respeito a questões afetivas e interpessoais como manipulação, egocentrismo, mentira patológica e ausência de empatia; e o fator 2 contempla características predominantemente comportamentais como condutas antissociais e impulsivas, semelhantes ao Transtorno da Personalidade Antissocial. (SALVADOR-SILVA *et al*, 2012, p. 240).

Os psicopatas, de acordo com os estudos médicos, apresentam uma falha desproporcional na capacidade de experienciar certas emoções morais, isto é, “os danos ao córtex orbitofrontal (OFC) podem resultar em falta de empatia e comportamentos antissociais em face de cognição social preservada e emoções básicas.” (MOLL *et. al.*, 2002 p. 2730)

Se partirmos da premissa de que a alteração primária dos psicopatas é uma amígdala hipofuncionante, poderemos considerar as seguintes situações:

1. Psicopatas pensam muito e sentem pouco. Suas ações são racionais, e a razão tem de sempre a escolher, de maneira objetiva, o que leva à sobrevivência e ao prazer. De forma primitiva, a razão usar sempre a “lei da vantagem”. Esse modo de pensar privilegia o indivíduo, e nunca o outro ou o social.

(...)

3. Sem conteúdo emocional em seus pensamentos e em suas ações, os psicopatas são incapazes de considerar os sentimentos do outro em suas relações e de se arrependerem por seus atos e morais ou antiéticos. **Dessa forma, não aprendem a partir da experiência e, por isso, são intratáveis, sob o ponto de vista da ressocialização.** (SILVA 2018, p. 233 e 234). (grifo da autora).

Existe uma premente necessidade de peritos forenses que busquem informações científicas para corroborar com um sistema que não seja indiferente às demandas de saúde mental, para o magistrado adequar uma solução compatível “a eventual natureza interdisciplinar da investigação e o nível de detalhamento necessário às respostas” da situação do mentalmente instável, mediante os altos índices de reincidência. (MACHADO, MESSERE, 2020, p.406 e 409).

O que se pretende com a efetivação e aplicação das garantias legais e constitucionais na execução da pena, assim como o respeito aos direitos do preso, é que seja respeitado e cumprido o princípio da legalidade, corolário do nosso Estado Democrático de Direito, tendo como objetivo maior o de se instrumentalizar a função ressocializadora da pena privativa de liberdade, no intuito de reintegrar o recluso ao meio social, visando assim obter a pacificação social, premissa maior do Direito Penal. (ASSIS, 2007).

Nessa conjectura, no ano de 2005, o neurocientista, James Fallon, ao analisar a estrutura anatômica dos cérebros de psicopatas, por intermédio de tomografias, no intuito de correlacionar o comportamento antissocial a estrutura cerebral, utilizou como modelo de cérebro "normal" tomografias de membros de sua família. (VASCONCELOS, 2013).

Ao chegar ao fim da pilha, onde estavam os exames de sua família, o cientista viu uma tomografia que mostrava um padrão claro de patologia. "O exame mostrava baixa atividade em certas áreas dos lobos frontal e temporal que estão associadas à empatia, moralidade e ao auto-controle". Fallon contou que, no começo, pensou que fosse um engano. Mas feitas as checagens, o neurocientista, que estudava psicopatas há mais de duas décadas, viu-se às voltas com uma realidade um tanto quanto incômoda: o cérebro representado naquele exame era seu. "As mesmas áreas do cérebro estavam completamente apagadas, como nos piores casos que eu tinha visto", disse Fallon. (VASCONCELOS, 2013).

Após essa descoberta, submeteu-se a exames de DNA que confirmaram que possuía genes associados à ausência de empatia. Afirma convictamente, que o amor familiar e a ausência de experiências como o abandono, abusos e/ou trauma violentes na infância neutralizou o potencial para se tornar um criminoso, "não é um serial killer por causa da família". (VASCONCELOS, 2013).

Para o neurologista da USP e do Hospital Sírio Libanês Eduardo Mutarelli, o caso de Fallon reforça o papel da sociedade (ou seja, do meio) na formação do indivíduo. E ajuda a combater uma certa tendência "determinista" na forma como nosso potencial genético vem sendo interpretado por médicos hoje. "A genética hoje trabalha muito com probabilidades, com potencial genético e fatores de risco", disse Mutarelli. O médico citou como exemplo doenças como o Mal de Alzheimer ou o Mal Parkinson. "Com o conhecimento atual, sabemos que existe uma certa carga genética associada a essas doenças. Mas você carrega um certo fator de risco e isso vai se transformar em doença caso outras coisas contribuam para isso", explicou. (VASCONCELOS, 2013).

Nesse prospecto, dizer que um ser humano portador de uma psicopatia é inapto para ser ressocializado/tratado parece um termo inadequado, certamente há dificuldades no tratamento dos psicopatas, devido aos impactos sociais experienciados durante uma longa trajetória, a desconstrução de influências sofridas durante a vida é trabalhosa, mas agora tem-se o conhecimento que a carga genética não é o único fator desencadeante do potencial ofensivo.

4.2 A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10 – visa uniformizar a codificação de doenças. A psicopatia é classificada no CID-10 como personalidade dissocial (F60.2), isto é, como um transtorno de personalidade amoral, caracterizado pela falta de empatia, desprezo das obrigações sociais.

Se a OMS classifica tais sujeitos como doentes, pela lógica, deveriam ser considerados semi-imputáveis ou inimputáveis, entretanto, muitos magistrados aplicam a pena privativa de liberdade, como no caso do Jorge Beltrão “canibal de Garanhuns”.

A respeito desse tópico, a Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 dispõe nos seguintes artigos respectivamente, *in verbis*:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Nesta seara, muito embora haja previsão legal quanto ao objetivo da pena e a integração social, bem como o dever de o Estado prestar assistência aos presos e internados, o sistema carcerário brasileiro “apresenta-se como verdadeiro depósito de pessoas, no qual os indivíduos que transgrediram a lei e que, por isso, devem ser afastados da sociedade são mantidos em condições precárias.” (OLSSON; CASTALDI, 2018, p.66).

O cerne da problemática da pena privativa de liberdade está relacionada não só a superpopulação carcerária com altos índices de reincidência dos presos comuns, como também a desorganização nas estruturas das penitenciárias que abrigam no seu espaço físico um número que excede o recomendado. (OLSSON; CASTALDI, 2018, p.66).

Outro argumento que corrobora a ineficiência da pena privativa destes indivíduos é o fato de que, seu grau de periculosidade é altíssimo, e ‘sem nada a perder’, **é uma ameaça aos outros detentos**, como foi o caso do “Pedrinho Matador”, que foi responsável pela morte de mais

de 50 detentos de presídios brasileiros, como já mencionado. **Ainda neste sentido, eles podem prejudicar a reabilitação dos demais**, visto que podem influenciá-los com sua lábia e inteligência para satisfazer algum objetivo dentro da prisão. (OLIVEIRA, 2019). (grifo da autora).

Ademais, muitos criminosos psicopatas podem dissimular a realidade, comportando-se para receber os benefícios da progressão de regime. Todavia, para que isso ocorra é necessária a atuação das Comissões Técnicas de Classificação, que avaliam o grau de periculosidade. Dessa forma, o preso deve submeter-se à análise de múltiplos profissionais, conforme o artigo 7º da LEP, *in verbis*:

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Segundo Morana (2003, p. 28), as CTC não são eficazes por não possuírem os instrumentos adequados para a avaliação do detento, uma vez que o PCL-R ainda não foi adotado no Brasil, ficando à mercê de exames criminológicos não-obrigatórios, no qual avalia a personalidade e a possibilidade de reincidência, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO CONCEDIDA NO 1º GRAU. PROGRESSÃO CASSADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM **DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO**. COMETIMENTO DE FALTA DE NATUREZA MÉDIA JÁ REABILITADA. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE (SÚMULA 439/STJ). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

(...)

2. Embora a alteração legislativa produzida pela Lei n. 10.792/2003, no art. 112 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), tenha suprimido a referência expressa ao exame criminológico como requisito à progressão de regime, **esta Corte consolidou entendimento, por meio do enunciado n. 439, da Súmula/STJ, no sentido de que o magistrado pode, de forma fundamentada, exigir a sua realização. Tal fundamentação, entretanto, deve estar relacionada a algum elemento concreto da execução da pena, não se admitindo a simples referência à gravidade abstrata do delito ou à longevidade da pena. Precedentes do STJ.**

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício, a fim de cassar o acórdão coator e determinar, em consequência, o restabelecimento da decisão primeva, que concedeu ao paciente**

a promoção ao regime semiaberto, sem a realização de exame criminológico, desde que não existam óbices supervenientes à concessão da benesse.

(HC 617.075/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020). (grifos da autora).

Logo, com o advento da não obrigatoriedade de exame criminológico, do mesmo modo que o criminoso comum possui maior facilidade para progredir de regime, o preso dotado de personalidade dissocial que mantém um bom comportamento consegue rapidamente driblar o sistema penitenciário.

4.3 (IN)APLICABILIDADE DAS SANÇÕES PENAIS

Em observância, ao preceito constitucional da individualização da pena artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988, as sanções penais (medida de segurança, pena privativa de liberdade e multa) devem rigorosamente respeitar, ao serem aplicadas pelo poder Judiciário, o sistema dosimétrico, bem como alcançar os objetivos das mencionadas reprimendas.

Quando se trata de condenação de pessoas portadoras de doenças da mente, o magistrado ao reconhecer a prática de um crime deverá necessariamente observar se o condenado tem ou não o diagnóstico da psicopatía, pois nada adianta aplicar uma pena privativa de liberdade que tem no seu objetivo primário a ressocialização, há pessoas devem ser submetidas a medidas de segurança.

Após a Lei 10.216/2001, a investigação pericial deve ser provocada por meio de quesitos capazes de proporcionar cognição e decisões ajustadas à Reforma. O magistrado deve instituir o incidente de insanidade e utilizar-se dos meios necessários a assegurar o mais amplo conhecimento para a mais adequada resposta penal ao mentalmente incapaz. (MACHADO; MESSERE, 2020, p. 409)

Convém consignar, fazendo um paralelo entre o sistema carcerário holandês e o brasileiro, os criminosos com doenças mentais, ficam separados da população carcerária em geral, proporcionando um tratamento mais adequado. Entretanto, a probabilidade de criar, no Brasil, uma ala especial ou então até mesmo um presídio que comporte esses tipos de criminosos, é extremamente baixa, pois seria necessário viabilizar melhorias em outras áreas do sistema carcerário, como por exemplo o problema da superpopulação.

Infelizmente, tais investimentos não são bem acolhidos pela sociedade como um todo, que acabam por negligenciar que os presos um dia retornarão à vida civil, quer estejam preparados ou não.

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, a sua esmagadora maioria, é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais. Há de se lembrar também que o preso que hoje sofre essas penúrias dentro do ambiente prisional será o cidadão que dentro em pouco, estará de volta ao convívio social, junto novamente ao seio dessa própria sociedade. (ASSIS, 2007).

Nos Estados Unidos, os *profilers* criminais do FBI, pessoas com habilidades investigatórias que traçam os perfis criminais, contribuem para restringir um leque de suspeitos e colaborar nos inquéritos para identificar e localizar assassinos com transtornos mentais, um dos mecanismos utilizados na assistência desses profissionais é o Programa de Detenção de Criminosos Violentos -*Violent Criminal Apprehension Program, VICAP*, “uma base de dados informatizada que coleta, organiza e analisa informações sobre os casos não solucionados de homicídio em série em todo o país.” (SCHECHTER, 2013, p. 400).

Ainda que tenha mecanismos para a captura de tais sujeitos, a detenção depende da associação de elementos e fatores, desde o trabalho minucioso policial ao descuido do assassino em série, como por exemplo, no caso de John Wayne Gacy, citado anteriormente:

O “Palhaço Assassino” foi capturado depois de atrair o adolescente Rob Priest para uma morte terrível com uma promessa de emprego. Antes de sair de casa para sua “entrevista” com Gacy, Priest disse à mãe aonde ia. Como o filho não retornou, a desesperada mãe notificou a polícia. (SCHECHTER, 2013, p. 400).

Superadas as questões sobre a pena privativa de liberdade, tem-se a medida de segurança, realizada em Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), no qual a finalidade não é apenas de afastar esses criminosos do meio social, mas de tratá-los, visando a recuperação.

Entre 2007 a 2010, foi constituído o Grupo de Trabalho da Associação Brasileira de Psiquiatria que após visitar oito HCTPs localizados nos estados de São Paulo, Amazonas, Rio Grande do Sul, Bahia, Pará e Rio de Janeiro e Distrito Federal, constatou: estruturação e gerenciamento insatisfatório; número de funcionários aquém do

mínimo necessário; falta de preparo técnico; organização e disposição dos espaços semelhantes a instituições prisionais; tratamento psiquiátrico e Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade realizado pelo mesmo psiquiatra, fato que ia contra o Código de Ética Médica que proíbe que um mesmo profissional seja médico e perito de um mesmo paciente; (MOUTINHO; SILVA, 2019, p.11).

Verifica-se que a medida de segurança também é um instituto falho por não cumprir o seu escopo. Ademais, para desmitificar a questão da prisão perpétua “os criminosos parecem valorizar menos o futuro do que os não-criminosos, o que significa que penas longas podem parecer ‘arbitrárias’ e só servem para deter até certo ponto”, sendo comprovado por meio de estudos que nos Estados Unidos, que são adeptos a pena capital e prisão perpétua, a reincidência continua alta. (LUFKIN, 2018).

Primordialmente, a Carta Política proíbe a pena de morte e a prisão perpétua, desse modo, o Direito Internacional institui o Efeito *Cliquet* que veda retrocesso a direitos fundamentais que já estejam enraizados na sociedade. Nesse contexto, significa dizer que inexistente a possibilidade de adotar a pena capital ou perpétua, defronte a esse instituto que impede o retrocesso de direitos já conquistados no Brasil. (LIPINSKI; COSTA, 2019, p. 162).

Insta ressaltar que até o presente momento, houve o Projeto de Lei nº 6858/2010¹⁶, proposto em 24/02/2010, pelo Deputado Marcelo Itagiba, filiado ao partido do PSDB-RJ, que alteraria a Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade.

O projeto foi declarado prejudicado e posteriormente arquivado pela mesa da Câmara dos Deputados em virtude da aprovação do Projeto de Lei n. 8504/2017¹⁷, que dispunha sobre a progressão de regime de cumprimento de pena.

Posteriormente, o Projeto de Lei nº 1637/2019¹⁸, proposto pelo Delegado Waldir (PSL-GO), com o objetivo de “estabelecer que a perícia médica, que pode

¹⁶ Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal.

¹⁷ Altera a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispondo sobre a progressão de regime de cumprimento de pena. A referida PL foi arquivada.

¹⁸ O projeto pendente de apreciação na câmara dos deputados.

decidir pela desinternação, passe a ser repetida de três em três anos. Hoje, o prazo para a repetição da perícia é anual”, ainda pendente de apreciação.

Por efeito do exposto, é necessário analisar os subtipos e o grau do transtorno de psicopatia, nesse contexto, afirma Jorge Trindade:

Os psicopatas necessitam de supervisão rigorosa e intensiva, sendo que qualquer falha no sistema de acompanhamento pode trazer resultados imprevisíveis. Assim, as penas a serem cumpridas por psicopatas devem ter acompanhamento e execução diferenciada dos demais presos, uma vez que não aderem voluntariamente a nenhum tipo de tratamento, sendo que, quando aderem, é com a finalidade de se obter benefícios e vantagens secundárias. (TRINDADE, 2012, p.178).

Contata-se que apesar de infrutíferas tentativas de incluir métodos diferenciados para o tratamento do psicopata, o legislador encontra-se ainda em mora suprir lacuna quanto à disciplina da execução penal em relação as personalidades dissociadas. A incessável busca pela justiça, somente será alcançada quando houver a utilização de recursos suficientes para o tratamento desses criminosos.

Para tanto, Trindade (2012, p.171-178) descreve que “o psicopata segue uma escala de valores que não coincide com os valores sociais. Agindo por critério próprio, revela uma forma particular de valoração. Não é capaz de avaliar o custo de seu desejo egoísta.” Complementa, ademais, que “estudos de neuro psicofarmacologia sugerem que a intervenção psicofarmacológica pode ser positiva para o tratamento dos transtornos da personalidade”

De tudo, sabe-se que análises comparativas entre indivíduos tratados e não tratados sugerem que estes reincidem menos, sendo **a terapia cognitivo-comportamental a que parece oferecer resultados melhores**. Abordagens pouco estruturadas, não diretivas, de apoio ou de compreensão psicodinâmica são menos indicadas do que aquelas que integram elementos de reestruturação cognitiva, solução de problemas, controle do comportamento e aprendizagem de habilidades sociais. **De igual modo, medidas puramente punitivas e dissuasórias têm mostrado pouco efeito sobre a reincidência e, às vezes, resultado até mesmo negativo** (TRINDADE, 2012, p.177). (grifo da autora).

Observa-se que a multidisciplinariedade do assunto oportuniza a comunicação entre as ciências criminais e ciências sociais. No mundo globalizado, as tecnologias são aliadas por facilitar sua compreensão.

Por fim, depreende-se que a matéria discutida é de interesse social, embora não admitido, em razão dos impactos causados na vida comum. Cabe ao Poder Legislativo, investigar junto a outras áreas do saber como o poder judicante pode ser capaz de lidar com tais situações, sabendo que no sistema brasileiro inexistem meios de execução penal como forma de tratamento aos doentes da mente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A particularidade do assunto causa inquietações pela escassez doutrinária e divergências a respeito da (in)imputabilidade e regimes para o cumprimento das sanções aplicadas.

Superadas as discussões sobre a responsabilidade penal do psicopata homicida, que estão na zona fronteira, as personalidades antissociais se encontram entre a imputabilidade e a inimputabilidade, significa dizer que possuem dificuldades em valorar os fatos e determinar-se de acordo com eles.

A partir desse entendimento, a legislação penal não apresenta soluções viáveis, cabendo ao magistrado decidir sobre o regime ideal para o cumprimento de pena, sem o uso do PCL-R, instrumento capaz de diagnosticar o transtorno de personalidade e a probabilidade de reincidência.

Dessarte, infere-se que as medidas aplicadas nos sistemas jurídicos anglo-saxões não são compatíveis ao ordenamento jurídico pátrio, aqueles aplicam penas de morte e de caráter perpétuo, enquanto este, veda tais modos de execução, conforme artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal de 1988, por priorizar a repressão dos crimes e prevenção de novos delitos, no intuito de reintegrar e/ou tratar o delinquente.

Nessa esfera, torna-se indispensável refletir sobre uma solução apropriada diante do sistema penitenciário brasileiro superlotado e dos hospitais de custódia enfraquecidos, motivos pelos quais faz-se necessária a fixação de parâmetros e instrumentos fidedignos para o diagnóstico da psicopatia, bem como medidas específicas para a individualização da pena ou aplicação de medidas de segurança.

Assim, mediante tratamento e uso de medicamentos que controlem a impulsividade e agressividade, é possível contribuir para que as personalidades dissociais não reincidam.

No caso, a criação de estabelecimentos específicos seria um meio eficiente de evitar que criminosos com transtornos de personalidade tenha uma influência negativa na ressocialização/tratamento de outros detentos/pacientes. Entretanto, seria inevitável investimentos financeiros e o preenchimento da lacuna legislativa penal.

Para tanto, nota-se que os avanços tecnológicos são aliados e a multidisciplinariedade pode contribuir para inibir o potencial ofensivo, uma vez que o meio social contribui ativamente na formação de um indivíduo.

O tema perpassa diversas áreas do saber, a título de exemplo: o direito penal, o direito constitucional, os direitos humanos, a psiquiatria, a psicologia e a pedagogia. Esse último, é imprescindível, ainda que o diagnóstico de psicopatia não possa ser feito antes dos 18 (dezoito) anos, as características surgem na infância e na adolescência.

Os educadores¹⁹ conseguem detectar por meio da observação comportamentos e atitudes inadequadas. Diante dessas análises, inicia-se uma investigação em busca de explicações para tal conduta, assim, são feitos relatórios e a criança/adolescente é encaminhada para a equipe de apoio especializado da escola, sendo composto pelo orientador educacional, pelo psicólogo e pedagogo. A intervenção de múltiplos profissionais na fase inicial é de suma importância, uma vez que a genética não é um fator determinante.

Por fim, evidencia-se a mora legislativa e a necessidade de uma regulamentação exclusiva em relação ao cumprimento de pena e tratamento das personalidades antissociais, como modo de atestar a segurança ao consentir o seu retorno para o convívio em sociedade.

¹⁹ Informações obtidas por meio de entrevista com a pedagoga, Fernanda Cristina Costa, que trabalha no Centro de Ensino Fundamental – CEF – 101.

REFERÊNCIAS

15 anos após crimes, prisão de Champinha ainda divide especialistas. **Gazeta do Povo**. Justiça. Curitiba. 24 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/15-anos-apos-crimes-prisao-de-champinha-ainda-divide-especialistas-4cm1y4bw7tqb2i9d31sv29lk4/>>. Acesso em: 31 out. 2020.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli ... [et al.]. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **DireitoNet**. Artigos. 29 maio 2007. Disponível em: <[A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro \(Penal\) - Artigo jurídico - DireitoNet](#)> Acesso em: 12 nov. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELTRÃO, Jorge [Jorge Beltrão Negromonte da Silveira]. **Revelações de um esquizofrênico**. Garanhuns: Obra independente, 2012. Disponível em: <<http://www.oaprendizverde.com.br/downloads/RevelacoesDeUmEsquizofrenico.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2020.

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.

BLANCO, Juan Ignacio. **Friedrich HAARMANN** Disponível em <<http://murderpedia.org/male/H/h/haarmann.htm>> Acesso em: 22 out. 2020

BRASIL. **Código penal**. 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Código de processo penal**. 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 30 ago. 2020

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 nov. 2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.388**. 25 de setembro de 2002. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em: 06 nov. 2020

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7210**. 11 de julho 1984. Brasília 11 de julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 15 nov. 2020

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6858/2010**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>> Acesso em: 22 jun. 2020

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8504/2017**. Altera a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispondo sobre a progressão de regime de cumprimento de pena. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2150513>> Acesso em 22 jun. 2020

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1637/2019**. Altera o art. 97 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para dispor sobre a imposição da medida de segurança para inimputável. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2194861>> Acesso em 17 nov. 2020

BUENO, Patrícia Bernadete de Abreu. Psicopatia: contribuições da psicanálise e da neurociência auxiliando na compreensão das possíveis causas do transtorno. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**. v. 2, n. 1. 20 nov. 2012.

CASO chocou a Inglaterra em 94. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 mar. 1996. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/3/23/cotidiano/3.html>> Acesso em: 26 out. 2020.

CASOY, Ilana. **Serial Killer: louco ou cruel?** Rio de Janeiro: Dark Side Books, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CHURCHILL, Paola. Seita macabra: os canibais de Garanhuns. **Aventuras na história**. Matérias. Crimes. 28 abr. 2020. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/seita-macabra-os-canibais-de-garanhus.phtml>> Acesso em 31 out. 2020.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A culpabilidade no direito internacional penal - Culpability in international criminal law abstract. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 51-65, out./dez. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. rev. amp. atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Luiz Carlos. Há 20 anos, Bandido da Luz Vermelha era assassinado em SC. **Folha de São Paulo. Notícias Populares**. 5 jan. 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/banco-de-dados/2018/01/1839622-ha-20-anos-bandido-da-luz-vermelha-era-assassinado-em-sc.shtml>> Acesso em 08 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 1: parte geral 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GHIRELLO, Mariana. Como a pena de morte é aplicada — ou não — nos EUA. **Portal R7**. 24 jul. 2020. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/como-a-pena-de-morte-e-aplicada-ou-nao-nos-eua-25072020>> Acesso em: 20 out. 2020.

LIPINSKI, Victor Chemin Branco; FERREIRA DA COSTA, Daniel Tempiski. A internacionalização do direito penal e a soberania do Estado. **Revista de Direito da FAE**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 145 - 174, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/40> Acesso em: 26 dez. 2020.

LIVERØD, Janne Risholm. The legal consequences and responsibility for serial killing. **Mad or Bad.com An in-dept analysis of the psychopath and the serial killer**. 11 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.madorbad.com/the-legal-consequences-and-responsibility-for-serial-killing/>> Acesso: 15 out. 2020.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem delinquente**. Tradução: Sebastian José Roque. 1. reimpressão. São Paulo: Ícone, 2010.

LUFKIN, Bryan. O mito por trás das longas penas de prisão. **BBC News. Brasil**. 7 jun. 2018. Disponível em:<<https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44285495>> Acesso em 15 nov. 2020.

HOGENBOOM, Melissa. The unique way the Dutch treat mentally ill prisoners. **BBC Future**. Criminal Myths. Crimes. 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/future/article/20180423-the-unique-way-the-dutch-treat-mentally-ill-prisoners>> Acesso em: 22 out. 2020.

MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. Loucura, direito penal e psiquiatria: programação jurídica entre ruídos e acoplamentos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 27, n. 157. p. 51-84. jul. 2019.

MACHADO, Bruno Amaral; MESSERE, Fernando Luiz de Lacerda. Reforma Psiquiátrica e justiça criminal no Distrito Federal: uma análise exploratória das

quesitações em incidentes de insanidade mental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 28. n. 163. p. 395-419. jan. 2020.

MARQUES, Gabrielle Renata Quaresmo. **A construção do psicopata brasileiro pelo judiciário e pela mídia**: um estudo do caso “Pedrinho Matador”. 2019. 64 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/12130/1/GRQMarques.pdf> Acesso em: 26 dez. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral (arts. 1º a 120) - vol. 1. 9. ed. São Paulo: Gen. Método, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOLL, Jorge; OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo de; ESLINGER, Paul J.; BRAMATI, Ivanei e; MOURÃO-MIRANDA, Janaína; ANDREIUOLO, Pedro Angelo; PESSOA, Luiz. The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions. **The Journal of neuroscience** : the official journal of the Society for Neuroscience. 01 abr. 2002. Disponível em: [The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions \(nih.gov\)](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1181111/) Acesso em: 26 dez. 2020.

MORANA, Hilda. Reincidência criminal: é possível prevenir? **Migalhas. UOL**. 10 nov. 2004. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/8114/reincidencia-criminal-e-possivel-prevenir>> Acesso em: 8 nov. 2020.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira**: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. doi:10.11606/T.5.2004.tde-14022004-211709. Acesso em: 16 nov. 2020.

MOREIRA, Pedro; GONÇALVES, Gabriela. Champinha lidera rebelião com refém na Unidade Experimental de Saúde na Zona Norte de SP. **Portal G1**. São Paulo. 04 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/04/champinha-lidera-rebeliao-com-refem-na-unidade-experimental-de-saude-na-zona-norte-de-sp.ghtml>> Acesso em 31 out. 2020.

MOUTINHO, Thayná da Silva; SILVA, Mislene Lima. A eficácia da medida de segurança do tipo internação no tratamento de psicopatas e os reflexos da Lei nº 10.216/2001. **Revista de Direito FIBRA Lex**, Belém, n. 5, fev./ago. 2019. p. 89-102. Disponível em: <<http://periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibralex/article/view/107>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção **Manual de direito processual civil:** volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39-40.

OLSSON, Giovanni e CASTALDI, Valquiria. O poder do Estado por meio da violência legítima: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro e sua (in)eficácia. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte. v. 12, n. 38, jan./jun. 2018. p. 47-74. *HeinOnline* Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/direfnj38&i=66>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

OLIVEIRA, Laís de. A psicopatia e a (in)eficácia das sanções no direito penal. **Jurídico Certo.** 29 dez. 2019. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/laisoliveiraadv/artigos/a-psicopatia-e-a-in-eficacia-das-sancoes-no-direito-penal-5409> Acesso em: 13 nov. 2020.

PALOMBA, Arturo Guido. Entrevista: Loucura & Crime IV Congresso Nacional On-line de Perícia Criminal. 11 de jul. 2020. Disponível em: <<https://portal.institutoexito.net.br/aluno/sala/curso/52/video/647>> Acesso em: 11 jul. 2020

PASTOR, Teo Faggin. **Prisão perpétua e entrega de nacionais:** um estudo sobre a compatibilidade constitucional do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. 2018. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo. v. 106/107, jan./dez. 2011/2012. p. 497-524. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>> Acesso em: 30 out. 2020.

REIS, Wanderlei José dos. O júri no Brasil e nos Estados Unidos. **Jus.com.br** [online]. jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474/o-juri-no-brasil-e-nos-estados-unidos>> Acesso em: 21 out. 2020.

SALVADOR-SILVA, Roberta et al. Psicopatia e comportamentos interpessoais em detentos: um estudo correlacional. **Avaliação Psicológica.** Itatiba, v. 11, n. 2, p. 239-245, ago. 2012. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712012000200009&lng=pt&nrm=iso> . Acesso em: 16 nov. 2020.

SCHECHTER, Harold, **Serial Killers:** anatomia do mal. Harold Schechter; tradução de Lucas Magdiel. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2013.

SCHREIBER, Mariana Apesar de abolida, pena de morte ainda tem aplicação prevista no Brasil. **BBC News Brasil**. 17 jan. 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150117_morte_fd> Acesso em 22 out. 2020

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 3. ed. São Paulo: Principium, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A aplicação do Pacto de San José da Costa Rica em julgados do STJ. **Portal STJ**. Comunicação. Notícias. Especial. 24 nov. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-aplicacao-do-Pacto-de-San-Jose-da-Costa-Rica-em-julgados-do-STJ.aspx> Acesso em: 30 out. 2020.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VASCONCELOS, Mônica. Pesquisador se descobre psicopata ao analisar o próprio cérebro. **BBC News Brasil**. 23 dez. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv> Acesso em: 12 nov.2020.