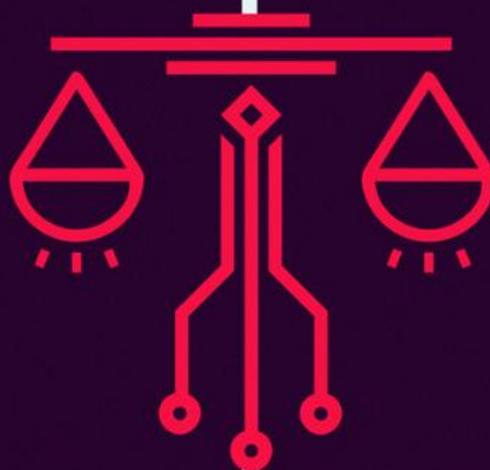


EDIÇÃO

01

REVISTA DE
DIREITO
CONTEMPORÂNEO

UNIDEP | Afva



V. 1, N. 01 - JANEIRO/JUNHO 2022

REVISTA DE DIREITO CONTEMPORÂNEO UNIDEP

Editor

Prof. Esp. Murilo Henrique Garbin, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco – PR, Brasil.

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez, Universidade de Zagarozza, Espanha.
Profª. Ma. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Profª. Drª. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Prof. Me. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
Profª. Drª. María Ángeles Guervós Maíllo, Universidade de Salamanca, Espanha.
Profª. Drª. María Micaela Alarcón Gambarte, Universidad Mayor de San Andres, Bolívia.
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.
Profª. Ma. Vega Cortés Pérez, Universidad de Salamanca, Espanha.

Corpo de Pareceristas que atuaram nesta edição

- Profª. Ma. Andressa Zanco, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil.
Profª. Ma. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Prof. Me. Eduardo Ernesto Obrzut Neto, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Profª. Drª. Eucleia Gonçalves Santos, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Profª. Ma. Flavia Alejandra Fernandez Pereira, Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil.
Prof. Me. Gabriel Percegon Santos, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Me. Guilherme Martelli Moreira, Centro Universitário de Pato Branco e Centro Universitário Santa Amélia, Brasil.
Profª. Ma. Ingrid Gil Sales Barreto, Universidade de Salamanca, Espanha.
Profª. Drª. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Profª. Ma. Julia Dambrós Marçal, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Me. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa e projeto gráfico: Agência de Comunicação UNIDEP



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

R 454 Revista de direito contemporâneo UNIDEP. -- RDC-U -- v. 1, n. 1
(jan./jun. 2022) -- Pato Branco: UNIDEP, 2022.

Semestral: Publicação eletrônica

1. Direito. 2. Direito – Inovações tecnológicas. 3. Direito – Atualidades jurídicas. 4. Direito contemporâneo. I. Título.

CDD – 340

Ficha Catalográfica elaborada por: Maria Juçara Vieira da Silveira CRB-9/1359
Centro Universitário de Pato Branco – UNIDEP.

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS	7
CASE FRANK PETERSON <i>VERSUS</i> YOUTUBE: a lei de direitos autorais brasileira em comparação a lei de direitos autorais alemã	8
(Cristina Baum da Silva)	
O DIREITO FUNDAMENTAL À DESCONEXÃO NO CONTEXTO DO HOME OFFICE EM TEMPOS DE PANDEMIA E ISOLAMENTO SOCIAL	24
(Consuelo da Silva Oliveira e Deilton Ribeiro Brasil)	
PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A PANDEMIA DA COVID-19	49
(Rogério Medeiros Garcia de Lima e Angélica Socca Cesar Recuero)	
LINHA DE PESQUISA: ATUALIDADES JURÍDICAS	64
A ATUAÇÃO ESTATAL DIANTE DE “CRIMES” INDÍGENAS: uma breve exposição quanto à jurisprudência brasileira	65
(Tainá Viana e Marcelo Veiga Beckhausen)	
O INSTITUTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS E SEUS USOS CONTEMPORÂNEOS	89
(Rafael Ademir Oliveira de Andrade e Hélcio dos Passos)	
A (IM)POSSIBILIDADE DE NEGATIVA DE AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE BUILT TO SUIT PELOS CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS	106
(Anelícia Verônica Bombana Consoli e Kenderly Aparecida de Oliveira)	
UMA ANÁLISE SOBRE A AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE ATOS LESIVOS PRATICADOS NO CONTEXTO PANDÊMICO	130
(Thainá Penha Pádua, Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão e Ricardo Alexandre Lopes Assunção)	
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR COM A FAMÍLIA EXTENSA PATERNA: UMA QUESTÃO DE DIREITO OU FALTA DE INFORMAÇÃO	149
(Marcela Andrioli Caserta Machado)	
UM NOVO OLHAR NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS A PARTIR DO DIREITO SISTÊMICO	168
(Anelícia Verônica Bombana Consoli e Gabrielly Almeida de Souza)	

EDITORIAL

A Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) é fruto de trabalho desenvolvido a muitas mãos. Envolveram-se nele, principalmente, o Curso de Graduação em Direito, a Pró-Reitoria de Pós-graduação, Pesquisa, Extensão, Inovação e Internacionalização (PROPPEXII) e a Coordenação de Pesquisa da referida instituição de ensino, bem como professores e profissionais do Grupo Afya Educacional. Envolveu-se nele, também, o corpo do Conselho Editorial, selecionado e nomeado com muita atenção.

Ciente do desafio e do caminho para a concretização e estabelecimento de um periódico científico de qualidade, o projeto elegeu o debate interdisciplinar como premissa básica de qualquer investigação científica. Barreiras e linhas divisórias estanques de disciplinas fazem cada vez menos sentido em um mundo dinâmico e de rápidas mudanças.

Eis o panorama no qual a Revista se insere. A proposta visa, assim, fomentar as discussões a respeito das inter-relações entre Direito, tecnologia e inovações tecnológicas, acrescidas às demais em voga no cenário jurídico hodiernamente. Pautas estas prementes em nossos tempos.

Esse quadro relatado demonstra a pertinência da publicação do periódico, inaugurando sua primeira edição com a versão que se encontra nas mãos do leitor e leitora. Apesar de inaugural, ela conta com trabalhos que retratam elevado nível de pesquisa, em artigos originais e muito bem desenvolvidos.

Em nome de todos que se envolveram nessa jornada – que seguirá em próximas edições! -, desejo uma proveitosa leitura e investigação científica.

Murilo Henrique Garbin
Editor da RDC-U

EDITORIAL

The Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) is the result of a work developed by many hands. In it engaged the Graduation Course in Law, the Pro-rectory of Post-Graduation, Research, Extension, Innovation and Internationalization (PROPPEXII) and the Research Coordination of the aforementioned educational institution, as well as teachers and professionals of the Afya Educational Group. The Editorial Board was also involved in it, whose members were selected and appointed with great attention.

Aware of the challenge and the path to the realization and establishment of a quality scientific journal, the project chose interdisciplinary debate as the basic premise of any scientific investigation. Barriers and watertight dividing lines of disciplines make less and less sense in a dynamic and rapidly changing world.

This is the panorama in which the journal is inserted. The proposal aims, thus, to foster the discussions on the interrelationships between Law, technology and technological innovations, added to the others in vogue in the legal scenario. All of these are the agendas in our times.

This report demonstrates the relevance of the publication of the journal, inaugurating its first edition with the version that is in the hands of the reader. Although inaugural, it has works that portray a high level of research, in original articles and very well developed.

On behalf of all those who have been involved in this journey - which will follow in future editions! -, I wish a fruitful reading and scientific research.

Murilo Henrique Garbin

RDC-U Editor

LINHA DE PESQUISA: DIREITO E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

CASE FRANK PETERSON *VERSUS* YOUTUBE: a lei de direitos autorais brasileira em comparação a lei de direitos autorais alemã

CASE FRANK PETERSON *VERSUS* YOUTUBE: the Brazilian copyright law compared to the German copyright law

Cristina Baum da Silva¹

Recebido/Received: 18.04.2022/April 18th, 2022

Aprovado/Approved: 17.05.2022/May 17th, 2022

RESUMO: No ano de 2021, a corte alemã decidiu, em favor do YouTube, a não aplicar a indenização requerida pelo produtor musical Frank Peterson que teve suas obras musicais e audiovisuais compartilhadas na plataforma sem prévia autorização do titular dos direitos autorais. O objetivo do presente artigo é avaliar a compatibilidade desta decisão com a lei de direitos autorais alemão, bem como com o direito europeu e o direito internacional vigentes. Complementarmente, a questão da comunicação ao público da obra também será abordada sob a perspectiva do direito brasileiro e europeu.

PALAVRAS-CHAVE: direitos autorais; Frank Peterson; YouTube; Diretiva DSM; comunicação ao público.

ABSTRACT: In the year 2021, the German court decided, in favor of YouTube, not to apply the indemnity claimed by the music producer Frank Peterson who had his musical and audiovisual works shared on the platform without prior authorization from the copyright holder. The purpose of this article is to assess the compatibility of this decision with German copyright law, as well as current European and international law. In addition, the issue of communication to the public of the work will also be addressed from the perspective of Brazilian and European law.

KEYWORDS: copyright; Frank Peterson; YouTube; DSM Directive; communication to the public.

INTRODUÇÃO

O cerne do Art. 17 da Diretiva DSM alemã reside na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamentos de conteúdo online pela comunicação ao público de conteúdos protegidos por direitos autorais. Por esta razão, é importante saber o que se entende por prestadores de serviço para estes fins.

¹ Mestranda em Direito pela PUCRS, bolsista pela CAPES, MBA em Gestão Jurídica aduaneira e negócios internacionais pela ABRACOMEX, pós graduada em Direito Internacional Público e Direito Privado pela UFRGS, especialista em Direito Eletrônico pela Estácio de Sá, Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9202590567485390>

De acordo com a norma supracitada, prestadores de serviços são aqueles que: (i) têm o armazenamento e a comunicação ao público de grandes quantidades de obras protegidas como objetivo principal; (ii) organizam o conteúdo protegido, (iii) possuem fins lucrativos e (iv) concorrem com outros serviços de conteúdo online pelo mesmo público-alvo. As plataformas de alcance global como YouTube, Vimeo, Pinterest, Twitch e Flickr, Facebook, Twitter, Instagram, são um exemplo.

O YouTube (Google Inc.) é a maior plataforma de vídeos, em escala global, de acesso remoto (*streaming*), na qual qualquer usuário, com uma conta de e-mail, pode criar uma conta na plataforma e fazer o *upload* de conteúdos musicais e audiovisuais.

Desde seu nascimento, em 2005, a plataforma YouTube é centro de debates entre artistas, produtores e criadores de conteúdo, no que tange aos direitos de autor e conexos, o direito de comunicação e quanto ao pagamento de direitos autorais.

O produtor musical Frank Peterson ingressou com uma ação judicial contra o YouTube e a Google, sua controladora, pela publicação na plataforma de fonogramas e vídeos na qual ele detém direitos autorais e, embora a plataforma afirme que investe milhões de dólares para aprimorar o *software* de gerenciamento de direitos autorais para que haja um equilíbrio entre as necessidades de todo o ecossistema do YouTube, ou seja, entre usuários e proprietários, por ser uma plataforma popular e de fácil acesso, é impossível impedir que um indivíduo faça o compartilhamento de conteúdo de terceiros, sem a devida autorização.

Por tanto, neste artigo será analisado o caso de Frank Peterson *versus* YouTube, no qual teve seu fonograma inserido na plataforma, sem sua prévia autorização, à luz da nova diretiva de direitos autorais da União Europeia em comparação com o direito a comunicação ao público brasileiro e o alemão.

O objetivo deste texto é analisar a DSM alemã e seu artigo 17, a partir do caso Frank Peterson *versus* YouTube, em um contexto que vai além da União Europeia, com destaque para os possíveis impactos no Brasil. Como método foi feita uma pesquisa bibliográfica a partir de artigos, reportagens, comparando as legislações de direitos autorais brasileira e a alemã.

1 CASE FRANK PETERSON *VERSUS* YOUTUBE

Em 2008, Frank Peterson, renomado produtor musical, enviou a Google, da Alemanha, uma notificação após visualizar gravações de vídeos e áudio do álbum “*A Winter Symphony*”, de Sarah Brightman, e suas apresentações em turnês compartilhadas no YouTube. Insatisfeito com a resposta da empresa, ele ingressou com uma ação judicial. Tal disputa foi encaminhada ao Tribunal de Justiça após vários anos de tramitação no sistema judiciário alemão (CULLINS, 2021).

O caso marca o mais recente desdobramento em uma longa batalha entre a indústria cultural da Europa e as plataformas online. Também faz parte de um debate maior sobre como as empresas de Internet deveriam policiar a publicação de material não autorizado, ilegal ou de apologia ao ódio, questões que estão levando autoridades europeias a buscarem regras mais duras (CHEE, 2021).

O YouTube, no ano de 2021, venceu o processo de acusação de estar infringindo o direito de autor do produtor musical, depois que a mais alta corte da Europa afirmou que as plataformas online não são responsáveis por conteúdo não autorizado enviado por usuários a menos que não ajam rapidamente para remover ou bloquear o acesso a ele (CHEE, 2021).

De certa forma, o resultado do caso é uma vitória para o serviço de vídeos. Na prática, a decisão não exige movimentações por parte da plataforma, que há anos policia criadores de conteúdo à procura de material protegido por direitos autorais. Ao longo de todo esse tempo, as medidas foram rígidas o suficiente para atrair a ira de Youtubers, devido à automatização das ferramentas de varredura, com o uso do *Content ID*¹, um simples trecho de música ou imagem desautorizada leva à retirada do vídeo (ALMENARA, 2021).

As redes sociais têm por objetivo conectar pessoas, em nível mundial, através da difusão das comunicações, que vem sendo compreendida como serviços materializados em páginas na Web ou em aplicativos que, a partir de perfis pessoais, permite a interação entre usuários, instituições, empresas e grupos no ambiente virtual (TEFFÉ E DE MORAES, 2017).

O exemplo do YouTube, há de se considerar sem grandes dificuldades que o

¹ Proprietários de direitos autorais podem utilizar um sistema chamado *Content ID* para identificar e gerenciar o conteúdo deles no YouTube com facilidade. Os vídeos enviados ao YouTube são verificados em relação a um banco de dados de arquivos enviados a nós pelos proprietários do conteúdo. Fonte: Google

serviço disponibilizado com base no compartilhamento de obras musicais e audiovisuais concorre com outros serviços online pelo mesmo público-alvo (e que possivelmente obtenham, a priori, a devida autorização do titular) (BATISTA, 2021).

2 O DIREITO EUROPEU E A NOVA DIRETIVA RELATIVA A DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS DA UNIÃO EUROPEIA

A nova diretiva prioriza, acima de tudo, a garantia de proteção aos titulares de direito das obras intelectuais, não se preocupando com eventuais limitações técnicas dos serviços ou custo e impacto econômicos da implementação das novas tecnologias (FERREIRA, 2020).

O ponto central desta nova regulação na área de direitos autorais e conexos consiste na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdo online. Atendendo à norma do Art. 17 (1) e (5) da Diretiva DSM, o § 1 a Lei em discussão pelo Poder Executivo na Alemanha determina que o prestador de serviço, a princípio, realiza a comunicação ao público da obra ao disponibilizar o acesso a conteúdo carregados pelos usuários (BATISTA, 2021).

Basicamente, as plataformas *online* necessitam obter do titular dos direitos de autor uma autorização para divulgar ao público suas obras. Ou seja, as empresas devem passar a adotar mecanismos de controle, feitos por robôs, para tirar do ar conteúdos suspeitos e evitar potenciais processos judiciais. Como os algoritmos não sabem reconhecer a natureza da utilização das obras, até os memes correm o risco de serem vetados (ARROYO, 2019).

A comissão por trás da elaboração da diretiva procurou responder a essas críticas inserindo previsão de que constitui exceção à regra geral conteúdo não licenciado que traga “citações, crítica, análise” ou “utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche” (CAPELOTTI, 2020).

Existem, na verdade, duas ordens de problemas. O primeiro é com relação ao próprio conceito de meme, que pode assumir várias formas - pode ser uma foto acompanhada de legendas, montagens com sobreposições (por exemplo, o corpo de uma pessoa com rosto de um animal, os chamados *exploitables*), podem ser vídeos que utilizem essas técnicas, podem ser bordões e expressões de utilização frequente, podem ser, inclusive, jogos participativos, de teor não necessariamente humorístico, por exemplo (CAPELOTTI, 2020).

Críticos afirmam que a grande pressão feita para filtrar o material antes da publicação não se mostra uma resposta razoável ou proporcional à violação online desses direitos. Dizem ainda que o artigo colocaria em grave risco a liberdade de expressão, e até a possibilidade de pessoas compartilharem conteúdo como memes ou paródias, pois os “filtros de upload” não têm um controle de supervisão, então não fariam distinção entre utilizações permitidas e a violações de direitos autorais (FERREIRA, 2020).

O artigo 17 da Diretiva DSM restringe o uso de conteúdo produzido por terceiros, de modo que, empresas como YouTube e Facebook terão que, em segunda instância, assumir a responsabilidade por carregamento e publicação em suas plataformas de conteúdo protegido por direitos de autor (FERREIRA 2020).

As plataformas deverão contar com um filtro automatizado de *uploads* que deverá fazer uma varredura, se em vídeos, *frame a frame*, de todas as imagens e sons da postagem, a fim de achar qualquer violação, nem que tão simples quanto um quadro, canecas ou qualquer tipo de objeto exposto como cenário. (ARDUINI, 2018).

Esses filtros são imaginados no modelo do *Content ID*, do YouTube – um sistema que realiza um “match” entre materiais que o usuário sobe na plataforma e um banco de dados de obras protegidas por direito autoral, e no qual o Google já investiu mais de 100 milhões de dólares (VALENTE, 2019).

O polêmico artigo da Diretiva sobre Direito de Autor muda esse balanço ao estabelecer que são as plataformas mesmas que realizam um ato de comunicação ao público quando seus usuários sobem conteúdos protegidos por direitos autorais, e que elas devem empreender “melhores esforços” para licenciar todos os conteúdos com os detentores de direitos, e remover conteúdos protegidos mediante notificação. Já os serviços mais populares (que têm mais de 5 milhões de visitantes por mês) devem empregar seus “melhores esforços” em fazer com que esses conteúdos não possam ser novamente disponibilizados uma vez que tenham sido removidos, e serviços maiores (plataformas com mais de 3 anos de funcionamento e receitas maiores que 10 milhões de euros por ano) devem implementar os tais filtros de *upload*, para bloquear conteúdos não licenciados no momento que o usuário quer subi-los (VALENTE, 2019).

A comunicação ao público das obras protegidas por direitos autorais é regulada na União Europeia, conforme os termos do art. 3º (1) da Diretiva 2001/29/CE:

Artigo 3º Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material 1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torna-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido (UNIÃO EUROPEIA, 2001).

Conforme se depreende dos dispositivos supramencionados, o legislador europeu garantiu aos titulares de direitos autorais e conexos o direito de autorizar a comunicação ao público da obra radiodifundida e de receber a devida remuneração para tal. Entretanto, a exemplo da legislação internacional que dispõe sobre o tema, a lei europeia também não determinou com precisão o conceito de comunicação ao público a ser aplicado pelos países-membros (BATISTA, 2014).

O artigo 11.º da referida diretiva prevê que:

Os Estados-Membros devem garantir que, nos casos tomada uma em que tenha sido decisão judicial que constate uma violação de um direito de propriedade intelectual, as autoridades judiciais competentes possam impor ao infrator uma medida inibitória da continuação dessa violação. Quando esteja previsto na legislação nacional, o incumprimento de uma medida inibitória deve, se for caso disso, ficar sujeito à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, destinada a assegurar a respetiva execução. Os Estados-Membros devem garantir igualmente que os titulares dos direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual (UNIÃO EUROPEIA, 2001).

O Art. 17 (7) da Diretiva DSM permite expressamente a regulamentação de citações, críticas, análises, caricaturas, paródias e pastiches no direito nacional dos Estados-Membro. Da mesma forma, as demais exceções já previstas na lei de direito autoral alemã também são, em regra, compatíveis com o direito europeu, sendo algumas delas previstas, por exemplo, no Art. 5 da Diretiva InfoSoc (BATISTA, 2021).

O Art. 17 da Diretiva DSM introduz uma proteção *sui generis* dos direitos autorais para casos específicos de comunicação ao público por prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo online. Por se tratar de lei especial (*lex specialis*), a sua regulamentação seria independente, de forma que a implementação das normas, em nível nacional, não estaria sujeita ao catálogo exaustivo de exceções e limitações previsto na Diretiva InfoSoc (BATISTA, 2021).

Entretanto, a responsabilidade pode ser afastada se a plataforma cumprir determinados deveres legais, a saber, o envasamento de melhores esforços para a obtenção de uma licença e o bloqueio e a remoção de conteúdos indevidamente carregados a partir de informações concedidas pelos respectivos titulares (BATISTA, 2021). Percebe-se, entretanto, que o artigo abarca termos amplos e ambíguos, como o requerimento para demonstrar se as empresas agiram com diligência. Como se mede esse padrão de diligência? Ou então “melhores esforços” (em inglês “best efforts”), o que significa essa expressão? Como qualificá-la? Essa amplitude irá resultar em uma insegurança tanto jurídica quanto comercial, que só será sanada quando surgirem casos que instaurem um precedente e concretizem a diretiva (FERREIRA, 2020).

Na União Europeia, que é signatária de tratados internacionais de direitos autorais como a Convenção de Berna e o acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), os autores têm o direito exclusivo de autorizar ou proibir a “comunicação ao público” de suas obras, com algumas exceções. Embora o tribunal reconheça que o YouTube é “indispensável” quando se trata de compartilhamento ilegal de conteúdo protegido por direitos autorais, isso não é suficiente para classificá-lo como um comunicador perante a lei (CULLINS, 2021).

As novas regras fazem com que plataformas online tenham que procurar os autores e seus representantes (e não mais o contrário) para obter licenças que abarquem obras, canções que porventura os usuários queiram utilizar, vídeos e imagens que possam estar protegidas. Além disso, o dispositivo também prevê que os Estados-membros que aderirem a diretiva estabeleçam em seus ordenamentos internos regras que obriguem os provedores de serviço a fornecer informações atualizadas aos titulares de direito sobre a implementação de tecnologias preventivas e da frequência de utilização de suas obras intelectuais (FERREIRA, 2020).

Essa rigidez quanto o uso indevido levou a debates *online* com a *hashtag* “#saveyourinternet” (salve sua Internet), e até grandes plataformas, como YouTube e Wikipedia, se pronunciaram quanto o assunto. As empresas afetadas pela diretiva afirmam que essas normas que tornam obrigatória a implementação de tecnologias preventivas, da forma como foram previstas na medida, pode se desdobrar no fim da

internet como a conhecemos. As críticas dizem que a medida sufocaria a liberdade e a criatividade na internet (FERREIRA, 2020).

A Diretiva discutida também foi amplamente criticada por prever a cobrança de uma taxa de licenciamento para sites que reproduzam conteúdos de veículos jornalísticos e por estipular a necessidade de adoção de mecanismos de filtragem chamadas “tecnologias de reconhecimento de conteúdo”. Essas disposições são conteúdo dos artigos 15 e 17 (respectivamente), sem dúvida os mais polêmicos da diretiva. A nova diretiva prioriza acima de tudo a garantia de proteção aos titulares de direito das obras intelectuais, não se preocupando com eventuais limitações técnicas dos serviços ou custo e impacto econômicos da implementação das novas tecnologias (FERREIRA, 2020).

2.1 Os direitos autorais na Alemanha

Na Alemanha, o direito autoral é constitucionalmente protegido como direito de propriedade (PEREIRA, 2008, p. 114). A matéria de propriedade intelectual está linkada à liberdade de opinião, de arte e ciência e, os direitos autorais baseiam-se largamente na teoria idealista, ou seja, o governo alemão possui a consciência de proteger o que eles classificam como valores espirituais milenares (MAIA, MATIAS E OLIVEIRA, 2019).

No bloco oriental, a orientação legal reparatória de danos decorrentes de violação a direitos de autor encontrava-se disposta, principalmente, no art. 91 da Lei da República Alemã, de 9 de setembro de 1965: (1) abstenção da utilização ilícita: pagamento de remuneração pela utilização ilícita realizada;(2) se a violação foi realizada "deliberadamente", o autor pode exigir, além da reparação da alínea, o adicional das perdas e danos pelo prejuízo material sofrido; e (3) estas disposições não afetam as reivindicações gerais do direito civil e de acordos contratuais"(COSTA NETTO, 2019, p. 547).

Prevê, no seu art. 97 §1º e §2º da Lei Alemã de 72 que," a entrega do ganho obtido pela violação do direito assim como uma parcela exata desse ganho" (..) mesmo que não haja prejuízo pecuniário, o titular, nas hipóteses de ilícito praticado intencionalmente ou por negligência, poderá exigir uma "indenização em dinheiro, na medida em que exija a equidade" (COSTA NETTO, 2019, p. 547).

Várias são as formas de controle sobre direitos autorais na Alemanha, mas a mais marcante é a atuação da GEMA (Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Mechanische Vervielfältigungsrechte). Semelhante ao Escritório de Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos Autorais (ECAD) no Brasil. Na melhor das traduções, essa seria a Sociedade de Performance Musical e Direitos de Reprodução Mecânica que controla e bloqueia o conteúdo da reprodução de vídeos no país. Em outras palavras, se um vídeo infringe os direitos autorais de artistas protegidos pela GEMA, por exemplo, este será bloqueado e toda a vez que as pessoas quiserem assisti-lo aparecerá uma imagem dizendo que o vídeo está em desacordo com os termos de uso da GEMA. Mais do que isso, caso alguém faça o *download* de uma música protegida, terá que pagar uma multa de mil euros ou mais à GEMA (OLHAR DIGITAL, 2019).

3 O DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, não temos uma regra específica para responsabilização de intermediários por violação de direitos autorais por terceiros. A regra geral no Marco Civil da Internet consta do art. 19, e consiste em que provedores de aplicações de internet são responsabilizados somente quando, após uma ordem judicial, o intermediário em questão não remove o conteúdo, ou seja, a decisão sobre ilicitude do conteúdo é remetida previamente a um juiz. No entanto, quando se discutia essa regra, estabeleceu-se que ela não se aplicava para direito autoral, com a esperança de que o debate fosse refeito em momento oportuno (VALENTE, 2019).

No Marco Civil da Internet - MCI estabelece-se princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no território brasileiro e, determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

A leitura do art. 3º do MCI prevê que a internet brasileira se encontra alicerçada em um tripé axiológico formado pelos princípios da neutralidade da rede, da privacidade e da liberdade de expressão (TEFFÉ E DE MORAES, 2017).

Segundo o MCI, em seu art. 19, as plataformas somente são responsabilizadas por danos decorrentes de conteúdo gerado por seus usuários se, após ordem judicial específica, não tomarem providências para tornar indisponível o conteúdo infringente. No entanto, este diploma prevê que a regra acima dependeria

de previsão legal específica para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos (FERREIRA, 2020).

Em boa parte da literatura informática e da doutrina jurídica existente sobre a Internet é comum serem empregadas as expressões provedor de informação e provedor de conteúdo como sinônimas, embora tal equivalência não seja exata. O provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo. O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem (LEONARDI, 2007, p. 27).

De acordo com De Souza (2005, p. 18) a jurisprudência brasileira determina que o provedor de conteúdo está sujeito à responsabilização pelos danos causados por terceiros na Internet, por intermédio de sites por ele armazenados, na hipótese de o autor do delito não ser identificável. Em contrapartida, se o responsável pela prática do ato ilícito for identificado, não se pode imputar ao provedor de conteúdo a obrigação de indenizar.

Conseqüentemente, a responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações, que antes era deflagrada a partir do descumprimento de notificação extrajudicial, passou a incidir apenas quando houvesse o descumprimento de ordem judicial específica. Houve, portanto, uma redução no grau de proteção que já vinha sendo assegurado às vítimas (FRAZÃO E MEDEIROS, 2021).

Um dos maiores problemas do art. 19 é que ele acaba por privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outras garantias constitucionais, em afronta ao art. 5º, X, da CF, que reconhece a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e assegura, expressamente, a reparação integral pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação. (FRAZÃO E MEDEIROS, 2021).

Sarlet e Hartmann (2019) sustentam que:

Consoante o panorama delineado, é possível perceber o peso da atuação na internet de entes privados sobre o exercício de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, o acesso à informação, a privacidade, a honra e a propriedade intelectual. Plataformas privadas atuam nesse cenário como entes estatais que definem e aplicam unilateralmente as regras sobre o que pode ou não ser dito, efetivamente influenciando os

limites da liberdade de expressão em diferentes países muito mais do que a legislação ou o Judiciário local. Adicione-se a isso o fato de que essa governança é feita com pouca ou nenhuma transparência.

(...)

A relação desse temor com a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares está em que por vezes o Estado incentiva, pressiona ou até força as empresas de telecomunicações, provedoras de acesso, fornecedoras de conteúdo, a realizarem essas modificações no código, sendo o Poder Público apenas mediamente o violador da liberdade de acesso. Em outros casos, empresas detentoras de direitos autorais pressionam redes sociais como o YouTube a adotar regras na sua arquitetura que protejam a propriedade intelectual, ainda que ao custo de toda e qualquer liberdade de expressão.

O direito autoral está disciplinado entre os direitos e garantias fundamentais determinados na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, e regulados pela Lei de Direitos Autorais (LDA) nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre tais direitos. Com interesses de caráter subjetivo, o direito autoral consiste essencialmente da autoria de obras científicas, artísticas e literárias, como o caso do fonograma de propriedade e autoria do produtor Frank Peterson.

A Lei de Direitos Autorais brasileira regra, em seu artigo 7º, que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

O Brasil possui ainda um forte viés de proteção aos chamados direitos morais do autor. Dentre estes direitos, encontra-se o direito de “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”, conforme estipulado no artigo 24, inciso IV da LDA (MONCAU, 2011).

Através do direito à integridade, repete-se no microsistema do direito autoral um problema largamente debatido entre constitucionalistas e civilistas: o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à reputação (MONCAU, 2011).

De acordo com a referida norma, o artigo 5º, inciso V da LDA, “considera-se comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares.”

A comunicação da obra depende da liberdade da vontade do titular, que elege a forma e o modo, podendo perfazer-se por si ou por intermédio de outras pessoas, normalmente empresas especializadas que necessitam de sua expressa

autorização. podendo interferir também as associações de titulares, estas que devem proteger e efetivar os seus direitos, como é o caso do ECAD. Nesse campo, vale considerar a importância que a gestão coletiva dos direitos autorais possui, e o disposto nos arts. 97, 98,99 e 100 da LDA, inclusive com as amplas alterações advindas da Lei 12.853/2013 (art. 2.º). Definida a comunicação e tomadas as providências para tanto, segue-se a sua utilização na forma convencional, de que depois poderão advir novas incursões da obra no mercado próprio. Com a comunicação, do anúncio do nome detecta-se o respectivo titular de direitos (BITTAR, 2019, p. 75).

Apesar da intensa sensação, na sociedade contemporânea, de liberdade irrestrita de tráfego de informações, de caos informacional, de anarquia de controle do uso de direitos, de expansão irrestrita das fronteiras digitais e da liberalização do uso de textos, nem os direitos morais do autor, nem os direitos patrimoniais do autor são revogados pelas novas dinâmicas da economia digital. Portanto, a Internet não revogou os direitos autorais. No entanto, há uma transformação da cultura, da forma como se lida com esses direitos, sem dúvida mais complexa, e um efetivo problema de controle do uso da informação e de proteção efetiva às criações autorais (BITTAR, 2019, p. 184-185).

Entre o Marco Civil da Internet (que, para assegurar os princípios de neutralidade da rede e de liberdade de expressão, isenta os provedores de responsabilidade por conteúdo de terceiro) e a Lei de Direitos Autorais (que pune todos os envolvidos no uso e comunicação da obra que for explorada indevidamente, visando garantir o direito fundamental de autor) não parece ser um lugar muito seguro - nem para o usuário, nem para o autor, nem para a plataforma, e muito menos para o julgador (RABÊLO E FORTES, 2021).

CONCLUSÕES

Esse compartilhamento desenfreado de conteúdos, sem a devida autorização do titular de direitos autorais, ocorre porque tal sistema privilegia as indústrias de *streaming* em detrimento do interesse público e do próprio autor na medida em que aqueles que detêm, em sua estrutura, melhores condições de participar do mercado e obter lucro, favorecem o abuso de poder das empresas que dominam o setor, sob o argumento de combater a “pirataria digital”.

A lei de direitos autorais brasileira, que é de 1998, não traz regra expressa e específica sobre direito autoral na internet, e muito menos sobre a responsabilização de plataformas de compartilhamento de vídeos produzidos pelos próprios usuários, enquanto que a nova diretiva europeia se espelha na lei norte americana de Direitos Autorais, a *Digital Millennium Copyright Act*, na qual permite aos provedores de serviços online, com conteúdo em seus sites, sejam isentos de responsabilidade por violação de direitos autorais, caso eles removam prontamente o vídeo.

Embora haja similaridades e compatibilidades legislativas no âmbito do internacional dos direitos autorais, entre Brasil e Alemanha, em função de acordos internacionais, como a Convenção de Berna e o TRIPS, a falta de definição legal acerca das regras que regem tais compartilhamentos torna tudo mais inseguro, quando se reflete sobre o direito de livre acesso à cultura *versus* os direitos patrimoniais de autor, como é o caso de direito a comunicação ao público.

Conseqüentemente, as alterações na Diretiva Europeia causaram mudanças de comportamento de usuários e assinantes do YouTube e demais plataformas, não somente nos Estados-Membros da própria União Europeia como, indiretamente refletiu mudanças no Brasil, tendo em vista que as regras de compartilhamento de conteúdo da plataforma funcionam de forma uniforme e em escala global.

REFERÊNCIAS

ALMENARA, Igor. YouTube tem importante vitória sobre direitos autorais na justiça europeia. **Canal Tech**. Publicado em: 23 de jun. de 2021. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/YouTube-tem-importante-vitoria-sobre-direitos-autorais-na-justica-europeia-187997/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

ARDUINI, Lais. **Como as novas diretrizes europeias de direito autoral poderão influenciar na produção de conteúdo online no Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://ndmadogados.com.br/artigos/como-novas-diretrizes-europeias-de-direito-autoral-poderao-influenciar-na-producao-de>>. Acesso em 11 nov. 2021.

ARROYO, Priscilla. **ISTOÉ Dinheiro**. Publicado em: 29/03/19. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/salvem-os-memes/>>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

BATISTA, Pedro Henrique D. A Comunicação ao Público da Obra no Direito Autoral – Novos Fundamentos Vindos de Portugal?. **Revista Eletrônica do IBPI - ReVeL**, 10, 42-83. (2014).

BATISTA, Pedro Henrique D. A Implementação do art. 17 da diretiva DSM na Alemanha - visão geral e questões controversas na regulação das plataformas digitais. v. 1 n. 1 (2021): **Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**. Disponível em: <<http://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/11/8>>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 12.965**, DE 23 DE ABRIL DE 2014.

BRASIL. **LEI Nº 9.610**, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998.

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

CALFA, Vanessa Escobar. Da liberdade de expressão e de sua regulação na internet. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/VanessaEscobarCalfa.pdf>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

CAPELOTTI, João Paulo. **Ampliação do conceito de paródia e novos regramentos na UE e na Austrália**. Publicado em: 24 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

CHEE, Foo Yun. YouTube venceu novo processo por infração de direito autoral na Europa. **CNN**. Publicado em: 22/06/2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/YouTube-venceu-novo-processo-por-infracao-de-direito-autoral-na-europa/#:~:text=O%20YouTube%20venceu%20um%20novo,bloquear%20o%20acesso%20a%20ele.>>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

CULLINS, Ashley. **YouTube Prevails in EU Copyright Suit As Regulators Reveal New Google Ad Probe**. Publicado em: 22 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.hollywoodreporter.com/business/digital/YouTube-google-eu-ad-probe-1234971858/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

DE SOUZA, Lícia G. B. S. **Aspectos da Responsabilidade Civil no Âmbito da Internet**. Brasília: Unilegis. 2005.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc,. ABRUSIO, Juliana, FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurelio. **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014/ Fabiano Dolenc Del Masso, Juliana Abrusio, Marco Aurelio Florêncio Filho, coordenadores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

EUROPAL. **Parlamento Europeu aprova diretiva sobre os direitos de autor**. Atualidade, Parlamento Europeu, 2019. Disponível em:<<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20190321IPR32110/parlamento-europeu-aprova-diretiva-sobre-os-direitos-de-autor>>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

FERREIRA, A. R.. A nova diretiva dos direitos de autor no mercado único digital do parlamento europeu: críticas, elogios e possíveis impactos. A polêmica do fim da internet nos países da União Europeia. **Revista do CEPEJ**, v. 22, p. pp 14-33, 2020.

FRAZÃO, Ana. MEDEIROS, Ana Rafaela. **Responsabilidade civil dos provedores de internet**: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. Publicado em: 23 de fevereiro de 2021 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

LEITE, George Salomão,. LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet** / George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores). - São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel, in TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.), **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação, São Paulo, Saraiva, p. 27, 2007.

MAIA, Guilherme Aparecido da Silva., MATIAS, Rosemary., OLIVEIRA, Ademir Kleber Morbeck A propriedade intelectual na Alemanha: da Convenção de Berna ao Acordo de Trips. **Revista Juris Poiesis**- Rio de Janeiro. Vol22-n 29, 2019, pg.165-187 ISSN 2448-0517 Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2018.

MALLMAN, Querino., NOBRE, Gustavo Henrique G.. Funcionalização dos direitos autorais nas plataformas colaborativas da nova economia. **PIDCC**, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 03, p.090 a 104 Out/2017. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/102017/05102017.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de Expressão e Direito Autoral**: Mapeando um Conflito Resignificado pela Tecnologia / Luiz Fernando Marrey Moncau; Orientadora: Bethânia de Albuquerque Assy – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2011.

MORAES. Thiago Guimarães. Responsabilidade civil de provedores de conteúdo da Internet. **Revista Brasileira De Direito Civil** - Vol. 04 | Abr-Jun 2015.

OLHAR DIGITAL. **A lei de direitos autorais da Europa não vai acabar com a internet. Mas pode nos educar digitalmente**. Publicado em: 17 de abril de 2019. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2019/04/17/noticias/a-lei-de-direitos-autorais-da-europa-nao-vai-acabar-com-a-internet-mas-pode-nos-educar-digitalmente/>>. Acesso em: 14 de novembro de 2021.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa. A polêmica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral. **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opiniao-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral>>. Acesso em 15 nov. 2021.

RABÊLO, Cecília. FORTES, Gabriel; **Liberdade de expressão e direitos autorais no YouTube: (in)definições**. Disponível em: <<https://www.ibdcult.org/post/liberdade-de-expressao-e-direitos-autorais-no-youtube-in-definicoes>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang., HARTMANN, Ivar Alberto Martins; **Direitos fundamentais e direito privado**: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. Direito Público, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

SARLET, Ingo. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas – Notas sobre a ADI 4.815. **Conjur**, 19 jun. 2015).

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de., DE MORAES, Maria Celina Bodin. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017. DOI: 10.5020/2317-2150.2017.v22n1p108.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 Relativa à Harmonização de Certos Aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade da Informação**, 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>.

VALENTE, Mariana G. **Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia pode acabar com a internet?** Publicado em: 26/03/2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet-26032019>>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

YOUTUBE. **Direitos Autorais**. Disponível em: <https://www.YouTube.com/intl/ALL_br/howYouTubeworks/policies/copyright/#fair-use>. Acesso em: 12 de novembro de 2021.

O DIREITO FUNDAMENTAL À DESCONEXÃO NO CONTEXTO DO HOME OFFICE EM TEMPOS DE PANDEMIA E ISOLAMENTO SOCIAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DISCONNECTION IN THE CONTEXT OF THE HOME OFFICE IN TIMES OF PANDEMIC AND SOCIAL ISOLATION

Consuelo da Silva Oliveira¹

Deilton Ribeiro Brasil²

Recebido/Received: 23.03.2022/March 23th, 2022

Aprovado/Approved: 11.04.2022/April 11th, 2022

RESUMO: O presente trabalho se dispôs compreender os possíveis mecanismos jurídicos brasileiros que objetivam combater e punir a violação do direito à desconexão no ambiente de *home office*. Para tanto, foi apresentada uma pesquisa acerca do conceito e contexto desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro, constatado eventual vulnerabilidade do modelo da forma de trabalho *home office*, bem como suas implicações frente ao direito à desconexão. A seguinte hipótese/problema é: “O direito à desconexão do trabalho em *home office* em tempos de pandemia constitui um direito fundamental do trabalhador?”. Os métodos de abordagem adotados foram o dedutivo e o crítico-dialético e o procedimento técnico utilizado na coleta de dados foi essencialmente a pesquisa bibliográfica. Assim, foi possível apurar que o direito à desconexão do trabalho é um direito fundamental do trabalhador; na modalidade de trabalho em *home office*, principalmente durante a pandemia da Covid-19 e a urgência em delimitar espaços entre a vida profissional e privada, a fim de garantir ao empregado o direito ao repouso e ao lazer, como medida de prevenção contra os riscos à saúde e à segurança do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direito do trabalho; direito ao lazer; direito à desconexão; *home office*.

ABSTRACT: The present work set out to understand the possible Brazilian legal mechanisms that aim to combat and punish the violation of the right to disconnection in the home office environment. Therefore, a research on the concept and context of these rights in the Brazilian legal system was presented, verifying a possible vulnerability of the home office work model, as well as its implications regarding the

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas-MG (FASASETE-AFYA). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6583768589286016>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7975-8292>. E-mail: consuelo.soliveira@hotmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE-AFYA). Professor da Graduação e do Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7268-8009>. E-mail: deilton.ribeiro@fasa.edu.br

right to disconnection. The following hypothesis/problem is: “Is the right to disconnect from work at home office in times of pandemic a fundamental right of the worker?”. The approach methods adopted were deductive and dialectical-critical and the technical procedure used in data collection was essentially bibliographic research. Thus, it was possible to verify that the right to disconnect from labor is a fundamental right of the worker; in the kind of home office labor, especially during the Covid-19 pandemic and the urgency to delimit spaces between professional and private life, in order to guarantee the employee the right to rest and leisure, as a preventive measure against risks to worker health and safety.

KEYWORDS: Fundamental Rights; labor law; right to leisure; right to disconnect; home office.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho assim como todo o ordenamento jurídico deve respeito aos direitos humanos e fundamentais, inerentes à pessoa humana. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca um rol de direitos fundamentais, dentre eles, o direito ao trabalho, consagrando importantes princípios que vinculam a legislação trabalhista, tais como princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito jurídico externo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, prevê também o direito a desconexão e ao lazer.

Assim a presente pesquisa se propõe compreender os possíveis mecanismos jurídicos brasileiros que objetivam combater e punir a violação do direito à desconexão no ambiente de home office. Será apresentada uma pesquisa acerca do conceito e contexto desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro, constatado eventual vulnerabilidade do modelo da forma de trabalho *home office*, bem como suas implicações frente ao direito à desconexão a partir do instituto do teletrabalho e suas consequências para os trabalhadores. Para tanto, a seguinte hipótese será trabalhada “O direito à desconexão do trabalho em *home office* em tempos de pandemia constitui um direito fundamental do trabalhador?”.

Os métodos de abordagem adotados foram o dedutivo e o crítico-dialético. O método dedutivo, porque, a partir de certas premissas, serão construídas conclusões sobre a temática apresentada, respeitando-se uma estrutura lógica de pensamento. Ademais, parte-se de uma compreensão geral sobre o assunto para adentrar-se o contexto específico da realidade brasileira. O método crítico-dialético, uma vez que a exposição estimula o diálogo teórico e a reflexão acerca do tema proposto, com a

abordagem dos direitos fundamentais ao trabalho, ao lazer, à desconexão e como consequência a dignidade da pessoa humana para o trabalho em *home office*.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de doutrinas e textos de autores nacionais. Como resultados alcançados foi verificado que o direito à desconexão do trabalho é um direito fundamental do trabalhador; na modalidade de trabalho em *home office*, principalmente durante a pandemia da Covid-19, tende a ser mais mitigado e muitas vezes violado e se violado tal direito, o mesmo deve ser reparado por meio do dano extrapatrimonial na espécie dano existencial.

1 OS CONTORNOS JURÍDICOS DO *HOME OFFICE* NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), norteadas pela Constituição Federal de 1988 e pelos princípios fundamentais, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e o da justiça social - desenvolvidos no capítulo anterior - dispõe a respeito da prestação de serviços pelo empregado e apresenta distinção entre a prestação de serviços em regime presencial e à distância. A prestação de serviço à distância sucedeu do avanço da tecnologia e seus produtos, por exemplo, “automação, robôs, internet, computadores, softwares, celulares etc” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1425).

O trabalho em regime *home office* surgiu por consequência do avanço da tecnologia. Em virtude disto, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) publicada em 1943 não continha regras referentes ao *home office*, sejam elas gerais ou específicas (DELGADO, 2019).

Explica Delgado (2017, p. 1.025) que:

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), concebida na década de 1940, naturalmente não possuía regra específica sobre as novas formas de prestação laborativa, vinculadas aos inovadores meios tecnológicos. Apenas se reportava ao tradicional trabalho no domicílio, no antigo texto de seu art. 6º (“Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”), reportando-se também às situações laborativas externas ao ambiente físico empresarial (artigo 62, I, CLT).

Nota-se que o regime de trabalho à distância já era tratado na legislação trabalhista desde a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1940 regulando o regime de trabalho no domicílio do empregado, entretanto, como é de se esperar tendo em vista a época em que essa legislação foi concebida, que não pontuaria o uso da tecnologia no desenvolvimento do trabalho à distância, abarcando somente trabalhos manuais e intelectuais que não necessariamente precisavam ser desenvolvido dentro dos locais de trabalho.

Com o avanço das demandas sociais e da tecnologia, verificando a omissão da norma trabalhista acerca do tema, as decisões e a jurisprudência começaram a consolidar o entendimento da “subordinação no vínculo social e econômico entre as partes, seja para enquadrar ou não tal vínculo empregatício (se configurado) [leia-se: *home office*] (DELGADO, 2019, p. 1.068).

Jorge Neto e Cavalcante (2019, p.1422) expõem “as inovações tecnológicas implementadas nas relações de trabalho alteraram significativamente o modo de produção. Com isso, entre outras diversas questões, o empregado não precisa estar mais fisicamente na empresa”.

O avanço tecnológico proporcionou maior dinâmica no desenvolvimento de diversos ramos de trabalho e possibilitou que as relações entre empregado e empregador ultrapassassem os limites físicos das empresas, uma vez que empregado não precisaria estar dentro dos limites físicos da empresa para desenvolver seu trabalho. Nesse contexto, surge fatidicamente o regime de teletrabalho, que foi legalmente inserido na CLT em 2017.

O teletrabalho é a mais relevante forma de se trabalhar, na chamada "sociedade da informação do século XXI". Onde, encontramos a natureza do trabalho clássico, sendo realizado distante do espaço físico da empresa. Mediante o uso de tecnologia da comunicação, que através de seus equipamentos informáticos permitiram o contato entre o empregado e o empregador (MACHADO, 2019, p. 12).

O teletrabalho passou a ser normalizado no artigos 75-A a 75-E da CLT e pode ser entendido como sendo o trabalho no domicílio do empregado, em que utiliza-se a tecnologia e cujas atividades não são exercidas nos limites geográficos da empresa. Contudo, nessa modalidade não há disposição na legislação acerca de subordinação e carga horária, sendo que o empregado trabalha conforme metas que pode desenvolver a qualquer tempo.

Nesse ponto há a distinção entre o teletrabalho e o *home office*, pois neste, há subordinação de trabalho e cumprimento de carga horária, nos moldes das

regras do trabalho presencial e/ou trabalho em domicílio do empregador (LANTYER, 2020).

Para Lantyer (2020, s.p.) o *home office* se configura:

[...] quando o trabalho é realizado remotamente de maneira eventual na residência do empregado, podendo ou não configurar a hipótese de teletrabalho, sendo benéfico principalmente em casos de emergências como pandemias, enchentes e greves. Nem todas as atividades em *home office* se utilizam da tecnologia, que é condição preponderante para caracterização do teletrabalho.

Percebe-se que há atualmente três formas de trabalho à distância, quais sejam: o trabalho no domicílio, o teletrabalho e o *home office*, que embora sejam realizados fora dos limites físicos da empresa possuem características diferentes que mereciam mais destaque na legislação trabalhista.

Sobre o assunto, elucida Delgado (2019, p. 1.068):

[...] b.1) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b.2) o novo trabalho no domicílio, chamado *home-office*, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos elétricos e eletrônicos convergentes; b.3) o teletrabalho, que pode se jungir ao *home-office*, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, *internet*, telefonia celular, etc.).

Isso demonstra que, o trabalho no domicílio é aquele exercido no domicílio do empregado, porém, sem o uso de tecnologia, remetendo-nos à ideia de trabalhos manuais. O teletrabalho é aquele exercido a distância prevalentemente, cuja jornada de trabalho não é controlada pelo empregador, abrangendo trabalhos que demandam entregas específicas com o acometimento de metas/resultados o qual não exige que o trabalhador esteja à disposição da empresa em regime integral; são espécies de teletrabalho o realizado em domicílios, centros satélites, telecentros, telecottages, nômade ou móvel. Não se confunde, contudo, com o trabalho externo, como é o caso das atividades desempenhadas por motoristas e representantes, por exemplo. Além disso, a principal característica é que utiliza-se do meio virtual via *internet* (TST, 2020). O *home office*, por sua vez, distingue-se dos demais modelos remotos por desenvolver-se necessariamente dentro do âmbito residencial do empregado e não em qualquer outro local, utilizando-se da tecnologia e seguindo à subordinação e jornada de trabalho equivalente à jornada presencial, conforme previsto no artigo 58 da CLT, cujo controle de trabalho do empregado é feito através de meios virtuais.

Apesar da clara distinção, comumente a doutrina entende o *home office* e o teletrabalho como sinônimos, porém, como elucidado acima, tratam-se de diferentes institutos. Embora hajam semelhanças, fato é que o *home office* deriva-se do teletrabalho onde este é gênero e o *home office* espécie do mesmo (BARRETO JUNIOR; SILVA, 2015).

Evidencia-se que, quando o trabalho é exercido a distância prevalentemente, mas na residência do trabalhador com uso da tecnologia, daí o nome *home office*, ou seja, “trabalho em casa”. Portanto, veja-se que o *home office* surgiu através do avanço da tecnologia e a tem como pressuposto, ademais a atividade laboral deve ser exercida no domicílio do empregador e seguir as regras tradicionais do trabalho presencial, como cumprimento de carga horária.

1.1 A reforma trabalhista e o *home office*

Em 2017, foi publicada a Lei nº 13.467/17, popularmente denominada Reforma Trabalhista sobre a qual expõe Raupp (2021, p. 17) que “essa adequação vem de encontro com a revolução tecnológica que vêm ocorrendo nos últimos anos e que se fez necessário a conformidade entre lei e essa nova reorganização entre capital e trabalho”.

A Lei nº 13.467/17 inovou ao disciplinar normas específicas do teletrabalho nos artigos 62, inciso III e 75-A a 75-E, da CLT. O teletrabalho é exercido a distância (artigo 75-B, da CLT), não se sujeita a jornada de trabalho (artigo 62, III, da CLT) e deve ser firmado contrato individual e escrito (artigo 75-C, da CLT).

A norma trabalhista amparou um contingente de teletrabalhadores, em condições de uma nova realidade, como pressuposto de resgate da cidadania, na busca da efetivação da Constituição Federal Brasileira de 1988. Foram equiparados os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos (MIESSA, 2017, p. 240).

Nesse contexto, é reconhecido ao trabalhador que realiza suas atividades laborativas à distância os mesmos direitos trabalhistas que aqueles que realizam suas atividades presencialmente. A Reforma Trabalhista regulamentou juridicamente uma situação fática que vinha sendo desenvolvida por diversos ramos de trabalho e proporcionou aos empregados e empregadores maior segurança jurídica para contratar e trabalhar em regime de trabalho à distância.

A ideia de que não estando o trabalhador no local físico do trabalho impediria que este fosse produtivo, foi sendo ultrapassada principalmente pelo avanço tecnológico, que permite ao trabalhador a presença virtual à empresa. Nesse sentido, afirma Martinez (2018, p. 262): "Não há, exatamente por isso, um trabalho externo, mas um trabalho interno virtual e *sui generis*."

Embora a Reforma Trabalhista tenha apresentado um avanço na normatização da modalidade de trabalho à distância não foi apresentada a distinção entre suas modalidades, sendo o teletrabalho tratado como regra. Quanto às regras específicas do *home office*, a Lei nº 13.467/17 nada trouxe. Disso, percebe-se que os empregadores aplicam as regras gerais do trabalho presencial da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e os regulamentos da empresa ao empregado em regime *home office* (LANTYER, 2020). A respeito disso, afirma Lantyer (2020, s.p.):

Quando o regime de *home office* não se enquadrar como teletrabalho, o empregado continuará recebendo, em regra, os mesmos direitos trabalhistas dos funcionários na modalidade em que existe a prestação do serviço presencial. Assim, é importante que o empregador ajuste a forma de controle de jornada.

Assim, observa-se que a Reforma Trabalhista disciplinou regras específicas apenas do teletrabalho, deixando de dispor especificamente sobre *home office*. Tais regras estão previstas no artigo 75-A a 75-E da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), dispondo sobre a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho, a forma do contrato, a subordinação que é exercida e outras especificidades.

O marco na expansão do regime *home office* se deu em razão do momento pandêmico. O vírus identificado como novo Coronavírus (COVID-19) se espalhou e contaminou pessoas do mundo inteiro desde que foi descoberto em 29/12/2019 em Wuhan, uma cidade da China (AMORIM *et al*, 2020).

Em razão da pandemia as pessoas se viram obrigadas a manter o distanciamento social e as empresas não podendo parar sua produção tiveram que se adaptar de modo abrupto ao mesmo. Na prática as empresas que exerciam atividades em meio virtual permitiram que seus funcionários realizassem suas atividades laborais em casa, mantendo sua carga horária presencial e subordinadas à empresa. Nesse período algumas normas infraconstitucionais foram editadas.

Nesse panorama, o Ministério da Saúde publicou em 06/02/2020 a Lei nº 13.979/2020 que "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de

saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020). Em 30/01/2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o COVID-19 como “uma emergência de saúde pública internacional e, em 11 de março de 2020, foi ressaltada como uma pandemia. O primeiro caso da doença em brasileiros ocorreu em fevereiro de 2020” (AMORIM *et al*, 2020, p. 40).

O artigo 2º da Lei nº 13.979/2020 esclareceu protocolos de:

[...] I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. (BRASIL, 2020, artigo 2º, I e II).

Para isso, as empresas, órgãos públicos e instituições de ensino, precisaram adaptar-se ao sistema à distância, como por exemplo, o EAD (Ensino à Distância), estabelecendo com isso o regime de *home office* para as atividades que são possíveis de serem realizadas de modo *on-line*. Em 22 de março de 2020, foi editada Medida Provisória de nº 927 com previsão das “medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública [...] e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19)” (BRASIL, 2020, ementa). Nela se incluiu o teletrabalho e o *home office* (artigos 3º e 4º, da Medida Provisória de nº 927/2020).

Pode-se afirmar que o *home office* foi inserido como medida, pois o artigo 4º da Medida Provisória nº 927/2020 expõe: “o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância” (BRASIL, 2020). Ainda, em setembro de 2020, o Ministério Público do Trabalho publicou instruções referente aos trabalhadores do trabalho remoto e *home office* para as empresas, sindicatos e órgãos do Estado (MPT, 2020).

Dessa forma, veja-se que de maneira repentina foi instaurado o trabalho em regime *home office* como medida de prevenção à saúde e ao trabalho. No Brasil, como dito anteriormente, a CLT não traz disposições específicas a respeito do *home office*, em razão disto, da identificação do vírus COVID-19 e objetivando resguardar a saúde dos trabalhadores, foram editadas legislações, quais sejam, a Lei

13.979/2020 e a Medida Provisória nº 927/2020. Entretanto, tais legislações foram editadas para durante o período de calamidade pública e emergência, por fim não possuindo o país legislação específica que trate do *home office*.

Frente a ausência de legislação específica, em 09 de agosto de 2021 foi proposto por iniciativa do Senador Confúcio Moura, partido MDB/RO, Projeto de Lei nº 612 para normatizar o *home office* (BRASIL, 2021). A repentina potencialização do *home office* pelo COVID-19 fez com que os trabalhadores tivessem que se adaptar e adequar sua forma de trabalho e às empresas coube uma nova forma de controle. Neste sentido é a justificativa do Projeto de Lei:

[...] Temos uma regulamentação do teletrabalho, anterior à pandemia, embora tais normas estejam limitadas ao trabalho realizado com utilização de tecnologias de informação e de comunicação, fora das dependências do empregador, sem configurar trabalho externo. [...] Embora seja prematuro antever o futuro da legislação do trabalho, acreditamos que é preciso regulamentar o trabalho remoto ou em domicílio dos empregados. Assim esperamos diminuir o trabalho clandestino ou assemelhado à escravidão. Sem desconsiderar que os modos de produção tendem a mudar e o trabalho presencial a diminuir, dadas as inovações tecnológicas e a diminuição do tamanho das máquinas e equipamentos.

Além disso, o Projeto de Lei pretende acrescer o conceito de *home office*, dentre outras especificidades, *in verbis*:

Artigo 75-F. [...]

§ 1º Considera-se trabalho remoto a realização de serviços, sob subordinação do empregador e fora de suas dependências, sem utilização de tecnologias de informação e de comunicação e que, por sua natureza, não sejam consideradas teletrabalho.

Por meio da análise do conceito que se pretende ser dado pelo referido Projeto de Lei ao regime *home office*, observa-se que é deixado de fora importante característica, qual seja, o uso da tecnologia. Como já explanado anteriormente, o trabalho em domicílio não tem o uso da tecnologia, englobando atividades manuais que não necessariamente envolvam o uso de acesso à internet, o *home office* por sua vez, tem como principal característica o uso de tecnologias e a subordinação ao empregador.

A justificativa do Projeto de Lei nº 612/2021 repisa a ideia de que a pandemia potencializou a alteração do trabalho presencial para o regime de *home office* e que o Brasil vem como retardatário frente à urgente necessidade em dispor especificamente sobre este modelo de trabalho à distância além da grande importância de se verificar com profundidade os reflexos negativos decorrentes do

modelo de *home office* causados na saúde dos trabalhadores, a exemplo da violação do direito fundamental de desconexão.

Observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial na seara trabalhista nada dispõe acerca do regime *home office*, contudo, através da pandemia do COVID-19 suscitou-se a necessidade de regulamentação específica sobre o assunto, vindo a ser disciplinado em Projeto de Lei, que até então aguarda a forma de votação.

O regime de *home office* mostrou-se satisfatório para as empresas onde reduziram gastos de transporte e deslocamento de funcionários, além de despesas internas com a presença de funcionários no local de trabalho. Também foi favorável aos trabalhadores em sua maioria ao reduzir o tempo de deslocamento ao ir e vir do trabalho dispondo com isso de mais tempo de convívio com seus familiares, dentre outros aspectos positivos para ambos. Entretanto, há que se observar os limites de exigência das empresas para com os empregados, que de alguma forma agora “moram no local de trabalho” o que pode afetar negativamente a qualidade da saúde psicológica desses.

Considerando que as relações trabalhistas devem sujeitar-se aos direitos fundamentais do trabalhador, entre estes, o direito de desconexão, o trabalho em regime de *home office* não poderá ser diferente. O direito à desconexão refere-se ao direito do empregado de gozar livremente e desconectado do seu período livre, com atividades pessoais. Há discussões acerca da responsabilidade civil sob a perspectiva laboral em *home office* do direito à desconexão em tempos de pandemia e conseqüentemente suas possíveis responsabilidades.

Importante registrar que a Medida Provisória nº 1.108, publicada no Diário Oficial em 28/03/2022, com validade de 60 dias, trouxe algumas novidades à atual regulamentação do teletrabalho ou trabalho remoto tratado nos artigos 75-A a 75-F e 62, III, da CLT. A primeira é referente ao regime de trabalho híbrido que é reconhecido como trabalho remoto. Segundo a Medida Provisória nº 1.108 de 28 de março de 2022, o trabalho remoto é aquele desenvolvido fora das dependências do empregador, de maneira preponderante, ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador não descaracteriza o regime de trabalho remoto (BRASIL, 2022).

O segundo destaque é no sentido de que o empregado em regime de trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa. Na hipótese de o empregado prestar serviços por produção ou tarefa, não serão aplicáveis as regras sobre duração do trabalho previstas na CLT (jornada, controle de horário, horas extras, por exemplo). Ou seja, a princípio, se o empregado em regime de trabalho remoto não trabalhar por tarefa ou produção, e não for classificado como um ocupante de cargo de confiança ou exercente de trabalho externo, deverá ter controle de horário durante o trabalho remoto (BRASIL, 2022).

2 DIREITO FUNDAMENTAL DE DESCONEXÃO E LAZER

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à desconexão e ao lazer como direitos fundamentais nos seus artigos 5º, 6º e 7º, deste modo, o entendimento doutrinário é de que tais direitos são intrínsecos à dignidade da pessoa humana onde sobre os quais não é possível deliberar ou dispor. No mesmo sentido, o artigo 193 da Constituição Federal preceitua que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988). Os direitos à desconexão e ao lazer possuem previsão nacional (pela Constituição Federal de 1988) e internacional (pela Declaração Universal dos Direitos Humanos). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê que “Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Em relação ao direito do trabalho, constante prioritariamente no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que os direitos declarados no texto constitucional exercem importante papel quando se trata de alcançar ao homem os elementos necessários para que este usufrua uma vida digna e decorosa, tendo em vista, especialmente, os princípios da prevalência da norma mais favorável e *pro homine*, e pelo artigo 4º, IV, da também Constituição Federal de 1988, que adota como princípio a prevalência dos direitos humanos. Anote-se que, quando se fala em direitos humanos como direitos inerentes à dignidade humana, o que se tem em vista é que os direitos humanos constituem uma condição para a vida conforme a dignidade humana (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 569).

Dessa forma, a dignidade do trabalho humano é um direito fundamental de segunda dimensão, positivado na Constituição Federal de 1988, ou seja, elemento integrador do projeto constitucional brasileiro como uma norma-princípio fundamentada pelo valor dignidade humana, que representa uma conquista histórica da humanidade (COLNAGO, 2007).

Afirma Oliveira Neto (2018, p. 85) que também há outras previsões no diploma supra do direito à desconexão “o artigo 25 que dentre, outros, trata do direito ao bem-estar e o artigo 29 que se refere aos deveres do ser humano para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento da personalidade é possível”. A Constituição Federal de 1988, internamente, elenca o direito à privacidade em seu artigo 5º, inciso 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” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º elencou os direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. E em seu artigo 7º preceitua diversos direitos garantidos ao trabalhador, em especiais, os de duração da jornada, de repouso semanal remunerado e de férias (BRASIL, 1988). Percebe-se que o direito à desconexão possui relação direta aos direitos à privacidade, ao lazer e à saúde e por isto, é direito fundamental ao trabalhador.

Oliveira Neto (2018, p. 79) explica que “o direito à desconexão nada mais representa do que o direito ao lazer e descanso, em oposição ao trabalho, de forma livre, privada, sem qualquer interferência”. O direito à desconexão refere-se ao direito do empregado de gozar livremente e desconectado do seu período livre, com atividades pessoais. Isto quer dizer, usufruir integralmente do seu direito ao lazer.

Ressalte-se que o direito ao lazer expressa “completa libertação das obrigações, a fim de permitir o amplo desenvolvimento da personalidade, em conformidade com o estilo de vida pessoal e social escolhido” (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 86).

A doutrina especifica que o direito ao lazer possui duas dimensões, a humana e a econômica, sendo que a humana deve sempre prevalecer sobre a econômico uma vez que o lazer é um direito fundamental (MACHADO, 2019).

Nessa concepção, é observada na dimensão humana: o lazer como necessidade biológica, momento em que o trabalhador poderia recuperar suas energias para prosseguir trabalhando. O lazer do ponto de vista social, fundamental para oportunizar a convivência social, na família, com amigos, com atividades esportivas e outros. Já o lazer como necessidade psíquica, repassa no ser humano realizar atividades lúdicas, se desligando da realidade social, no intuito de se energizar. [...] Quanto à dimensão econômica, que neste aprendizado é atribuído papel reduzido, o lazer apresenta-se: como meio para buscar emprego, meio de criação de outros setores da economia, principalmente do turismo e como meio que propicia a recomposição de energia do trabalhador de forma a manter o nível de produtividade (MACHADO, 2019, p.25-26).

Percebe-se, portanto, que o direito ao lazer, direito social fundamental disposto na Constituição Federal de 1988, possui diversos aspectos, sendo a dimensão biológica a mais importante delas, uma vez que ao trabalhador deve ser garantida a convivência social e familiar e principalmente no contexto trabalhista, o desligamento do trabalho quando encerrado sua jornada.

O direito à desconexão, por sua vez, ao se tratar de um direito fundamental está diretamente ligado ao direito da dignidade da pessoa humana. De acordo com Carvalho (2012, p. 594) “o conceito de dignidade da pessoa humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais)”, ou seja, é um direito intrínseco do ser humano. É a capacidade intrínseca do ser humano de ser racional e livre em si mesmo, de se guiar pelas próprias convicções. O Brasil ainda não possui uma legislação específica que trata sobre o direito à desconexão do trabalhador (SCALZILLI, 2020, p. 656).

A possibilidade de trabalho sob o modelo do *home office* permite que os trabalhadores realizem suas atividades laborais em casa por meio do acesso à tecnologia, que é determinante para o desenvolvimento da sociedade atual. Os efeitos negativos da pandemia de COVID-19 ultrapassaram as questões de saúde e impactaram de forma significativa a economia, em especial a brasileira. As atividades que não se adaptaram ao uso da tecnologia sucumbiram ao vírus e foram à falência.

O regime de *home office*, conforme tratado, impõe ao trabalhador que respeite a carga horária de trabalho do regime presencial, com a realização das pausas de almoço e intervalo que lhes são devidas. Entretanto, impõe também ao empregador que respeite a estas pausas e à carga horária contratada do empregado, contudo, o grande número de desempregados assolou o país e assustou os demais trabalhadores que passaram a aceitar determinações do

empregador para evitar o desemprego, dentre elas as cargas horárias exorbitantes, sem respeito ao direito à desconexão.

Nesse cenário, percebe-se que as transformações sofridas pela pandemia e o avanço tecnológico nas relações trabalhistas impõem um sinal de alerta à saúde dos trabalhadores e uma atenção ao direito do não trabalho (MACHADO, 2019).

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo (SOUTO MAIOR, 2003, p. 298).

Sob esse recente aspecto de sociedade digital o direito à desconexão e ao não trabalho se torna imprescindível aos trabalhadores, devendo ser cada vez mais observados pelos empregadores, em especial no que se refere aos empregados sob o regime de trabalho à distância.

É evidente que aquele que trabalha sob o regime de teletrabalho terá uma interferência na sua vida particular por parte do empregador muito maior do que o "empregado normal". [...] nestas situações haverá uma mitigação na divisão entre o tempo dedicado ao lazer e aquele destinado à atividade profissional: o profissional passará a trazer a empresa para a sua intimidade. A fiscalização indicativa do tempo disponibilizado deverá ser submetido aos mesmos avanços tecnológicos que provocaram essa acessibilidade quase que irrestrita (RESEDÁ, 2007, p. 826).

Nesse novo cenário de trabalho, os limites temporais da carga horária foram mitigados pelo *home office* e os novos padrões apresentados através do avanço da tecnologia impõem uma maior necessidade de se atentar para o direito à desconexão, visando garantir a dignidade da pessoa humana aos trabalhadores.

Percebe-se que dentro deste ambiente, dois direitos fundamentais se totalizam e contraem notável valor: "o direito à limitada duração do trabalho e o direito à desconexão." Sabemos que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º diz que o trabalho é um direito fundamental social. Assim sendo, não podemos negar ao trabalhador o direito do não trabalho, ou seja: o direito do trabalhador ao descanso, a ter lazer, a ter uma vida familiar e social (ALMEIDA; SEVERO, 2014, p. 12).

Por conseguinte, o direito à desconexão, direito fundamental disposto na CF/1988, consubstancia-se no direito ao trabalho e também ao direito de se desconectar deste ao final da sua jornada laboral, permitindo ao trabalhador o efetivo gozo do seu lazer, sendo que ao trabalhador deve ser garantida a convivência familiar e social em especial no contexto trabalhista, o desligamento do trabalho quando encerrado sua jornada.

Percebe-se, portanto, que direito à desconexão é um direito fundamental extraído dos direitos à privacidade, ao lazer, à saúde e do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, em especiais, os de duração da jornada, de repouso semanal remunerado e de férias. Dessa forma, para a qualidade de vida digna no ambiente laboral deve ser garantido o direito à desconexão e ao lazer, dentre outros direitos fundamentais ao trabalhador. Para garantir tais direitos fundamentais que se fundem diretamente ao direito à desconexão, torna-se indispensável meios de controle da jornada laboral adequados para analisar e aferir a responsabilidade civil do empregador quanto à perspectiva laboral no *home office* agravados pelo contexto pandêmico.

2.1 Controle da jornada laboral

A jornada laboral corresponde o período diário em que o empregado está a serviço do empregador (DELGADO, 2019), (BRASIL, 1943). Inclusive “em alguns casos, o lapso temporal despendido pelo trabalhador no trajeto casa trabalho-casa” (LEITE, 2019, p. 833). Em resumo, “regra geral a jornada de trabalho engloba o tempo efetivamente trabalhado mais o tempo à disposição do trabalhador ao empregador” (CALVO, 2020, p. 554).

A respeito do limite da jornada de trabalho permitido no nosso ordenamento jurídico, o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988 expõe que a jornada de trabalho é limitada a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (BRASIL, 1988). Tal limitação é considerada um direito fundamental do trabalhador.

Entretanto, tal direito não foi sempre garantido ao trabalhador ao longo do tempo. Historicamente, antes da especial atenção aos direitos sociais de segunda geração de direitos humanos, nas relações trabalhistas era clara a liberdade de atuação do empregador para agir para com o trabalhador como bem desejasse, uma vez que era ausente a assistência estatal.

Nesse sentido, Machado (2019, p. 28) explana:

A história do trabalho como sinônimo de exploração de muitos em detrimento a satisfação de poucos, nas relações trabalhistas, entre empregado e empregador, se fortalece no decorrer de séculos pelos capítulos da nossa biografia, alimentando-se da ideia de que o trabalhador, deverá buscar de forma incessante a realização de projetos, metas, obrigação, como forma de alcançar o dever cumprido na vida profissional.

O ideal de metas alcançadas pelo esforço conjunto dos trabalhadores é um ciclo interminável. As metas são estabelecidas a estes profissionais pouco se importando com as condições a que serão submetidos para alcançá-las. As conquistas alcançadas em nome das empresas são estímulos para que alcancem mais metas e assim sucessivamente. “Não podemos desconsiderar que vivemos em uma sociedade que há mais de dois séculos está centralizada na ligação que se constitui entre capital e trabalho. Portanto, trabalhamos para permanecer e viver em meios aos nossos afins” (ALMEIDA; SEVERO, 2014, p.17).

Percebe-se ao longo dos anos a busca dos trabalhadores pela redução da jornada de trabalho de modo a equilibrar o trabalho à uma vida digna. Atualmente, conforme a CLT existem três espécies de jornada de trabalho, quais sejam: controlada, não controlada e não tipificada legalmente. Na espécie controlada “é submetida a efetivo controle e fiscalização do empregador, podem ensejar a prestação de horas extraordinárias, caso evidenciada a extrapolação da fronteira temporal regular da jornada padrão incidente sobre o caso concreto” (DELGADO, 2019, p. 1064), é exemplo dessa espécie o *home office*, que permite o referido controle por sistemas tecnológicos a serem desenvolvidos pelo empregador (FELIPPE, 2018).

Por sua vez, a espécie não controlada, “não é submetida a real controle e fiscalização pelo empregador, não ensejam o cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva duração do trabalho no caso concreto” (DELGADO, 2019, p. 1064), é exemplo dessa espécie o teletrabalho, conforme disposição expressa do artigo 62, III, da CLT.

Por fim, a espécie não tipificada legalmente disciplinava os domésticos até o mês de abril de 2013, que eram “insuscetível de ensejar incidência de horas extraordinárias, no plano concreto”. Contudo, após edição da Emenda Constitucional nº 72/2013 e da Lei Complementar nº 150/2015 (popularmente conhecida como Lei dos Domésticos), a referida espécie não pode ser mais aplicada.

Após a apresentação do conceito de jornada laboral, seu limite e suas espécies, cabe mencionar também os intervalos (períodos de descanso), que podem ser: intrajornada e interjornada, sendo este último o mais importante para confrontar a responsabilidade civil sob a perspectiva laboral no *home office* quanto ao direito à desconexão em tempos de pandemia.

O intervalo intrajornada, com previsão no artigo 71 da CLT, diz que todo empregado que prestar serviços por mais de seis horas diárias terá o direito a um intervalo intrajornada para refeição e descanso mínimo de uma hora (BRASIL, 1943). “Como regra geral, tais intervalos não são remunerados nem computados na jornada de trabalho” (CALVO, 2020, p. 624).

Enquanto, o intervalo interjornada, com previsão no artigo 66 da CLT, dispõe o “intervalo mínimo obrigatório entre duas jornadas de trabalho” (CALVO, 2020, p. 631). O intervalo interjornada é de pelo menos onze horas ininterruptas para o exercício do direito de descanso (BRASIL, 1943). Ressalte-se que o direito a jornada de trabalho e o direito ao descanso fundamentam fortemente o direito à desconexão. Isso, porque, no período interjornada o empregado possui o direito fundamental à desconexão, ou seja, realizar livremente e desconectado do seu período livre atividades pessoais de seu interesse.

Nesse contexto, a Medida Provisória nº 1.108 de 28/03/2022, regulamentou questões importantes tais como: a) acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais; b) o tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado, não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho; c) o regime de trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento; d) os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do trabalho remoto; e) fica permitida a adoção do regime de trabalho remoto para estagiários e aprendizes; f) são aplicáveis as condições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado; g) aplica-se a legislação brasileira ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional. A Lei nº 7.064/1982, que trata de transferência de empregados para o exterior, será aplicável, exceto se as partes estipularem de forma contrária. O empregador não será responsável pelas despesas

resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese de o empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes; e h) a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho (BRASIL, 2022).

Permanecem inalteradas as demais regras aplicáveis ao trabalho remoto sobre custeio de despesas e obrigação de o empregador instruir ostensivamente o empregado sobre precauções relacionadas à saúde e segurança: a) as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito; e b) o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (BRASIL, 2022).

Resta claro que todo empregado tem direito à desconexão, inclusive, o empregado em *home office*. Afirma Felipe (2018, p. 77) que “o direito a se desconectar do trabalho, não é um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família, uma vez que desconectar pode ser visto como uma ação concreta, ainda que tímida, para a inclusão social”.

No cenário pandêmico e de isolamento social, o direito à desconexão dos empregados em *home office*, considerando as atividades predominantemente online, vem sendo violado pelos empregadores que submetem os empregados a cargas horárias incompatíveis com o a legislação impondo que o trabalhador esteja sempre disponível para cumprimento de suas demandas, não respeitando o seu direito à desconexão e ao lazer.

Nesse sentido, portanto, o desrespeito à desconexão gera dano ao empregado e conseqüentemente a obrigação de reparação, em razão da responsabilidade civil, seja decorrente da obrigação ou dos atos ilícitos e lesão de direito. A Reforma Trabalhista inovou ao dispor sobre o dano extrapatrimonial, que é ocasionado pelo dano moral ou existencial ensejando responsabilidade civil sob a perspectiva laboral do direito de desconexão.

CONCLUSÕES

O direito do trabalho é um direito social que surgiu durante a fase conhecida como a segunda dimensão de direitos humanos, em que o Estado deveria se apresentar por meio de prestações positivas ao cidadão, garantindo direitos que permitissem uma vida digna, como os direitos do trabalhador. O direito à desconexão surge inicialmente na Declaração Universal de Direitos Humanos e internamente pode ser extraído dos direitos à privacidade, ao lazer, à saúde e do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988.

O direito à desconexão pode ser conceituado como direito de repouso e lazer, inclusive, de limitação razoável de trabalho. Assim, o direito à desconexão do trabalho consubstancia-se no direito ao trabalho e também ao direito de se desconectar deste ao final da sua jornada laboral, permitindo ao trabalhador o efetivo gozo do seu lazer. As modalidades de trabalho são elencadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que estabelece algumas formas de trabalho à distância, tais como o teletrabalho e o trabalho no domicílio. O *home office*, por sua vez, não é previsto na legislação brasileira e é comumente tratado como sinônimo de teletrabalho, embora possuam distinções; fato é que o *home office* deriva-se do teletrabalho em que este é gênero e o *home office* espécie do mesmo.

Desse modo, é o *home office* um termo específico para caracterizar o teletrabalho prestado em casa, abrangendo nessa categoria, inclusive, não somente empregados como trabalhadores autônomos e freelancers. De tudo quanto exposto, é de se ver, portanto, que o teletrabalho é um termo mais abrangente, que comporta uma série de espécies de trabalho remotos, necessariamente intermediados por recursos tecnológicos para sua realização e realizados preponderantemente fora das dependências da empresa.

O marco na expansão do regime *home office* se deu em razão do momento pandêmico. O vírus identificado como novo Coronavírus (COVID-19) se espalhou e contaminou pessoas do mundo inteiro desde que foi descoberto em 2019 na China. Nesse panorama, o Ministério da Saúde publicou legislações com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública, dentre elas a necessidade do isolamento social, que modificou a forma de trabalho em vários setores de trabalho, instituindo o *home office*. Em razão da pandemia as pessoas se viram obrigadas a

manter o distanciamento social e as empresas não podendo parar sua produção tiveram que se adaptar de modo abrupto ao mesmo. Na prática as empresas que exerciam atividades em meio virtual permitiram que seus funcionários realizassem suas atividades laborais em casa, mantendo sua carga horária presencial e subordinadas à empresa.

A partir disso, pode-se responder a hipótese colocada qual seja “o direito à desconexão do trabalho em *home office* em tempos de pandemia constitui um direito fundamental do trabalhador?”, uma vez que como demonstrado no decorrer da investigação, o direito à desconexão é um direito fundamental do trabalho, em especial, na pandemia e tempos de isolamento social cabendo ao Estado a implementação de políticas públicas para estabelecer critérios e prioridades levando-se em consideração a multiplicidade das necessidades sociais, mormente no campo do direito do trabalho, com rigorosa observância ao preceituado pela Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o direito à desconexão deve ser interpretado como um direito fundamental implícito no texto constitucional, o qual deriva do direito à privacidade e ao lazer, da limitação da jornada de trabalho, dos períodos de descanso e também do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem por escopo preservar o direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, preservando-se os direitos fundamentais, em especial, o direito à desconexão.

Como resultados alcançado considerando-se a tendência de crescimento da modalidade de trabalho em *home office* e a falsa ideia de que o trabalhador está sempre à disposição do empregador potencializa o desrespeito ao direito à conexão, o que torna necessário uma regulamentação do teletrabalho mais abrangente levando-se em consideração situações que poderiam agravar a saúde física e mental do trabalhador, no contexto de tempo de trabalho e desconexão bem como a responsabilidade civil em caso de acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Reforma trabalhista na perspectiva do direito humano de acesso à justiça e do direito a ter

direitos. In: BRASIL, Deilton Ribeiro; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (orgs.) **Temas e problemas de direitos humanos, proteção ambiental e sustentabilidade na sociedade globalizada**. 1. ed. Maringá-PR: IDDM Editora, 2018.

AMORIM, Ericka Holmes et al. O trabalho docente “home office” em tempos de covid- 19 e a síndrome de burnout: relato de experiência. In: **Temas de saúde: edição especial covid-19**. João Pessoa, 2020. p. 39-50. ISSN 2447-2131. DOI: 10.29327/224587.1.1-6. Disponível em: <http://temasemsaude.com/wp-content/uploads/2020/08/20covid3.pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SILVA, Josiane Machado da. Teletrabalho e sociedade da informação: modalidades e jornada de trabalho. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 16(2), 29-56, 2015. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/467>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/136054>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União** de 05/10/1988, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União** de 09/10/1943, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** de 11/01/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União** de 14/07/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União** de 07/02/2020. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do Estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 23/03/2020, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.108, 25 de março de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. **Diário Oficial da União** de 26/03/2022, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 612, de 2021. Acrescenta Capítulo II-B ao Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o trabalho remoto e dá outras providências. **Senado Federal, 2021**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146957>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Portaria nº 343 de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. **Diário Oficial da União** de 18/03/2020, Brasília/DF. Disponível: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário 0010510-96.2017.5.03.0057**. PJE. Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paula Oliveira Cantelli. Disponibilização: 25/11/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1035. 2021. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=973>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário 0010525-22.2020.5.03.0005**. PJE. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Luiz Otavio Linhares Renault. Disponibilização: 18/08/2021. 2021. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=991>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2058-43.2012.5.02.0464**. 7ª Turma, Diz. Relator: Cláudio Brandão. Brasília, DEJT 27/10/2017, j. 18 de Outubro de 2017. Disponível em: <http://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/921ba76557c4686812d59ac984d9b0ed>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho Secretaria de Comunicação Social do. Teletrabalho **O trabalho de onde você estiver**. Material Educativo – 1ª edição: dezembro de 2020. Disponível em: e5486dfc- d39e-a7ea-5995-213e79e15947 (tst.jus.br). Acesso em: 16 nov. 2021.

BUBOLZ, Gimena De Lucia. Direito à desconexão do trabalho. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5489, 12 jul. 2018. ISSN 1518-4862. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/67402>. Acesso em: 11 out. 2021.

CARVALHO, Kildare. Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. 18.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. A dignidade do trabalho humano na hermenêutica constitucional. In: **Sapientia CESAT**, Pio XII, UNICES, vol. 9, p. 4-9, 2007.

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. **Curso de direito do trabalho**: 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 70, n. 6, 2007.

FELIPPE, Gabriela de Carvalho. **A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho**: teletrabalho/home office e a jornada de trabalho. 2018. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://tede2.pucsp.br/handle/handle/21949>. Acesso em: 10 out. 2021.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; SILVA NETO, Benedito Augusto da. Reflexões sobre a definição de assédio moral na convenção 190 da oit. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Assédio moral e sexual no trabalho**: comentários à convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2021. p. 111-148. Disponível em: <http://mkt.editoraieprev.com.br/ebookassediomoral>. Acesso em: 06 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: direito civil brasileiro. vol. 4. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **As novas tecnologias de informação e comunicação e o direito de desconexão do trabalhador**: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado), Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2019. Disponível

em:[http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7472/1/Vivian%20Maria%20Caxambu%200 Graminho.pdf](http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7472/1/Vivian%20Maria%20Caxambu%200%20Graminho.pdf). Acesso em: 10 out. 2021.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LANTYER, Victor Habib Lantyer de Mello. Teletrabalho e home office no contexto do coronavírus (covid-19). In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 25, n. 6155, 8 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81903>. Acesso em: 10 set. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO, Jolasi Sousa. **Dano existencial, direito de desconexão e teletrabalho**: uma análise da responsabilidade civil do empregador diante das inovações da lei 13.467/2017. Faculdade Baiana de Direito. Monografia (Pós-Graduação) – Salvador, 2019. Disponível em: <http://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/dano-existencial-direito-de-desconexao-e-teletrabalho-uma-analise-da-responsabilidade-civil-do-empregador-diante-das-inovacoes-da-lei-134672017>. Acesso em 06 de ago. 2021.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. A reforma trabalhista e seus impactos. In: GRAVATÁ, Isabelli. **O teletrabalho, o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais na perspectiva da reforma trabalhista**. Salvador: JusPodivm, p. 239-253, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). **Nota Técnica de nº 17/20206 do GT Nacional COVID-19 e do GT Nanotecnologia/2020 do Ministério Público do Trabalho**. 2020. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-17-sobre-trabalho-remoto-gt-covid-19-e-gt-nanotecnologia-1.pdf?fbclid=IwAR0qlu5h61T9U4VH-7lxcDmDfNEbXcUATURtUYamM_p7WLnzE0aaHw9q4Uc. Acesso em: 20 jun. 2021.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948**. 1948. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 09 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Bárbara Andressa Ferreira. **Teletrabalho à luz da Constituição Federal de 1988**. Análise da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/74061/teletrabalho-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em 06 de ago. 2021.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual**: causas, efeitos e conformação. 2017. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,

2017. Disponível em: <http://tede2.pucsp.br/handle/handle/20883>. Acesso em: 10 out. 2021.

RAUPP, MARJORIE ALVES. **Impactos da Covid-19 nas relações de trabalho e teletrabalho**: uma nova reorganização do trabalho. 2021. 51 p. Monografia (Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás-GO, 2021. Disponível em: <http://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1439/1/TCC%20%20-MONOGRAFIA-MARJORIE-C01-2021-1.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

RESEDÁ, Salomão. O direito de desconexão. Uma realidade no teletrabalho. In: **Revista LTR**: Legislação do Trabalho. São Paulo, ano 71, n. 07, p. 820-829, jul. 2007. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/170950>. Acesso em: 15 out. 2021.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho**: a Tecnologia Transformando as Relações de Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: http://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/publico/TELETRABALHO_A_tecnologia_transformando_as_relacoes_de_trabalho_Integral.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.504.

SCALZILLI, Roberta. **O direito à desconexão**: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020. Disponível em: <http://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>. Acesso em: 10 out. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. disponível em: http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 out. 2021.

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A PANDEMIA DA COVID-19

ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS AND THE COVID-19 PANDEMIC

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

Angélica Socca Cesar Recuero²

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar a utilização do processo eletrônico para manutenção da prestação jurisdicional durante a Pandemia do Covid-19. Diante da Pandemia diversas atividades foram paralisadas e os diversos setores tiveram que buscar alternativas para a manutenção de atividades essenciais, garantindo direitos aos cidadãos. Buscando evidenciar a importância do processo eletrônico no período pandêmico, por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica, realiza-se uma contextualização da Pandemia. A partir das resoluções do CNJ e da previsão da Lei 11.419/2006, em diálogo com o Código de Processo Civil, evidenciam-se os avanços para a prestação jurisdicional. Ao final, procura-se ressaltar a cooperação entre tecnologia e direito para o sistema de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; processo eletrônico; Poder Judiciário; pandemia Covid-19; acesso à justiça.

ABSTRACT: The article aims to analyze the use of the electronic process for the maintenance of the jurisdictional provision during the Covid-19 Pandemic. Due to the Pandemic several activities were paralyzed and the several sectors had to find alternatives for the maintenance of essential activities, guaranteeing rights to the citizens. Aiming to evidence the importance of the electronic process in the pandemic period, through qualitative and bibliographic research, a contextualization of the Pandemic is made. Based on the CNJ resolutions and on the forecast of Law 11.419/2006, in dialogue with the Civil Process Code, the advances for the jurisdictional provision are made evident. At the end, we seek to emphasize the cooperation between technology and law for the justice system.

KEYWORDS: Process; electronic process; Judicial Power; pandemic Covid-19; access to Justice.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é considerado um direito fundamental, garantindo a Constituição Federal/88 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Consiste no direito de ter uma pretensão apreciada pelo Judiciário.

¹ Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ex-presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Professor.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito do UNIDEP. Endereço eletrônico: angélica.recuero@unidep.edu.br

A Pandemia do COVID-19, por sua vez, provocou o isolamento social e a paralização de diversos serviços, com manutenção apenas de atividades essenciais.

Mesmo já disciplinado pela Lei 11.419/2006, o processo eletrônico não operava com todas as possibilidades já incorporadas pela legislação. Desde sua implantação trouxe grandes mudanças, com eliminação de papel, novas formas de comunicação dos atos, maior celeridade e aprimoramento prestação jurisdicional.

Embora não imune a críticas, em especial quanto à diversidade de sistemas que não dialogam entre si e pensados sob a ótica do sistema, e não usuário, a tecnologia promoveu uma nova realidade jurídica, compelindo o Direito acompanhar essas inovações.

O estudo busca demonstrar, por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica, a importância do processo eletrônico para manutenção da prestação jurisdicional durante a Pandemia do Covid-19, reconhecendo as melhorias observadas com a implantação de uma Justiça digital, bem como os novos desafios para os operadores do direito e para os jurisdicionados.

1 A PANDEMIA DA COVID-19

A Covid-19 surgiu em dezembro de 2019, na cidade chinesa de Wuhan (GRUBER, on-line). Trata-se de uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variável de infecções assintomáticas a quadros graves (BRASIL, 2020).

O coronavírus espalhou-se por diversos países e o mundo foi assolado por uma pandemia mortífera (GARCIA DE LIMA, 2021, p. 365-407). A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou estado de pandemia em 11 de março de 2020. As medidas de prevenção e contenção variaram de país para país.

A maior parte dos Estados impôs a limitação à liberdade de circulação das pessoas (*lockdown*) e a suspensão da atividade econômica, excetuadas aquelas atividades essenciais à coletividade.

O trabalho passou a ser exercido na modalidade virtual (teletrabalho ou *home office*), em larga escala – tanto no setor público, como no setor privado. Adotou-se a expressão “novo normal”, para qualificar os comportamentos adquiridos: distanciamento social, cumprimentos à distância, higienização das mãos com álcool gel, uso máscaras etc.

Em períodos de incerteza e de mudanças as facetas da sociedade se revelam mais desafiadoras. Durante a “Peste Negra” – que devastou a Europa no século XIV – a humanidade revelou o seu lado pior:

O ambiente de insensibilidade e crueldade induzido pelo terror do contágio produziu um clima de verdadeiro inferno. Orgias, libertinagem e perversões de todo tipo se tornaram comuns; a pilhagem e os saques eram ocorrências cotidianas. Não adiantava. Na opinião geral, ser piedoso, honesto, obedecer às leis divinas e humanas: a peste não poupava ninguém, bom ou mau. A única maneira de não se entregar ao desespero do terror era gozar a vida enquanto durasse. *Eat, drink and be merry, for tomorrow we die!* (Coma, beba e divirta-se, porque amanhã morreremos!).

Ruíram as estruturas sociais, a lei, a ordem, tudo que até então parecera sólido, certo e seguro: era o próprio fim do mundo. Romperam-se todos os laços de família e de amizade” (LEWINSOHN, 2003, p. 62-63).

Diversamente de épocas anteriores, hoje a humanidade dispõe de tecnologia e conhecimento. Entretanto, uma crise sanitária de tamanha magnitude traz consigo impactos sociais e econômicos.

No Brasil instalou-se acirrada controvérsia sobre o *lockdown*: o governo federal defendia desde o início o isolamento vertical, só das pessoas integrantes dos “grupos de risco”, ao contrário dos governadores e prefeitos, que sustentavam o isolamento horizontal, impositivo para todos, exceto atividades essenciais. Divergiu-se em torno do uso do medicamento cloroquina, propugnado isoladamente pela administração federal. Verificou-se intensa judicialização das questões ligadas à pandemia. Mesmo antes de ser aprovada a vacina contra o coronavírus, grupos políticos antagônicos passaram a contender acerbamente sobre a obrigatoriedade da vacinação (O GLOBO, 2020).

Para além da judicialização das questões emergente da Pandemia, a atividade do Poder Judiciário, já intensa, precisou adaptar-se a esse novo tempo, para manter a prestação jurisdicional adequada durante esse período.

2 O DIREITO EM TEMPOS ANORMAIS

Tempos de pandemia são tempos anormais. A vida sai da normalidade e isso terá de ser levado em conta pelo intérprete do Direito.

Pontes de Miranda (1954, p. IX, **negritos no original**) assevera que:

Os sistemas jurídicos são **sistemas lógicos**, compostos de proposições que se referem a situações de vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, preveem (ou veem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam,

dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. Donde ser útil pensar-se em termos de topologia: o que entra e o que não entra no mundo jurídico. Mediante essas regras, consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfazer algum apetite. As proposições jurídicas não são diferentes de outras proposições: empregam-se conceitos, para que se possa assegurar que, ocorrendo **a**, se terá **a**. Seria impossível chegar-se até aí, sem que aos conceitos jurídicos não correspondessem **fatos da vida**, ainda quando esses fatos da vida sejam criados pelo pensamento humano. No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens.

É fato que o Direito marcha de acordo com a sociedade e que em tempo de crise a sociedade se desacomoda, busca alternativas. O intérprete do Direito, neste contexto, precisa encontrar soluções para uma realidade não imaginada.

Nesse diapasão, novamente Pontes de Miranda (1954, p. X, negritos no original):

Diz-se que interpretar é, em grande parte, estender a regra jurídica a fatos não previstos por ela, com o que se ultrapassa o conceito técnico de analogia. Estaria tal missão compreendida no poder do juiz e, pois, do intérprete. Diz-se mais: pode o juiz, pois que deve proferir a **sententia quae rei gerendae aptior est**, encher as lacunas, ainda se falta a regra jurídica que se pudesse estender, pela analogia, ou outro processo interpretativo, aos fatos não previstos [...].

“As circunstâncias sociais podem ter mudado: o envelhecimento da regra jurídica participa mais do julgamento do povo do que do decorrer do tempo; o problema torna-se mais de mecânica social do que de fontes e de interpretação das leis.

Por outro lado, o ordenamento contempla normas concernentes a situações extraordinárias. A Pandemia do Covid-19 suscitou uma série de discussões quanto às regras para a disciplina das relações num momento de grave crise.

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispôs sobre o estado de defesa e o estado de sítio, nos artigos 136 a 140. Tais circunstâncias autorizam a limitação de direitos, conforme leciona Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

Os direitos fundamentais [...] impõem sérias e rigorosas limitações ao poder estatal. Essas limitações, na verdade, **só podem ser respeitadas em período de normalidade**, pois, nos momentos de crise, abraçariam de tal modo a ação do governo que este seria presa fácil para os inimigos da ordem.

Em realidade, **a normalidade constitucional pressupõe a normalidade social**. A ordem jurídica estatal, mormente quando estruturada com freios e contrapesos, depende de uma ordem social aberta e receptiva para com ela e seus valores, que se manifesta pelo acatamento pacífico pelo povo de suas disposições.

As crises, porém, que quebram essa normalidade, são previsíveis. A experiência histórica ensina que todos os povos, inclusive os cultos e prósperos, passam por momentos de agitação, de desordem, de insubmissão, **que não podem ser sufocados pelas medidas ordinárias de polícia, que não podem ser extintos dentro do respeito absoluto às garantias dos direitos fundamentais**.

O Estado moderno, porém, é um estado de direito e, como tal, pretende regular, por meio de normas jurídicas, a vida social, mesmo em momentos de crise. **Preveem, por isso, as Constituições, para enfrentar circunstâncias anormais, a atribuição ao governo de poderes anormais** (FERREIRA FILHO, 1990, p. 285-286; sem destaque no original).

Também o legislador infraconstitucional poderá legislar para situações excepcionais:

A norma jurídica pode ter **vigência temporária**, pelo simples fato de que o seu elaborador já fixou o tempo de sua duração, p. ex., as leis orçamentárias, que fixam a despesa e a receita nacional pelo período de um ano; a lei que concede favores fiscais durante 10 anos às indústrias que se estabelecerem em determinadas regiões ou que subordina sua duração a um fato: guerra, calamidade pública etc. Tais normas desaparecem do cenário jurídico com o decurso do prazo estabelecido (DINIZ, 2002, p. 96, negritos no original).

Importante, ademais, apontar tal possibilidade no âmbito do Direito Penal:

Dispõe o Código Penal (Brasileiro) no seu art. 3º o que se segue: 'A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência'.

A primeira – lei excepcional – é aquela que visa a atender situações excepcionais, de anormalidade social ou de emergência (v.g., estado de sítio, calamidade pública, grave crise econômica), não fixando prazo de sua vigência, quer dizer, tem eficácia enquanto perdurar o fato que a motivou.

De sua vez, a lei temporária prevê formalmente o período de tempo de sua vigência, ou seja, delimita de antemão o lapso temporal em que estará em vigor. Exige duas condicionantes: situação transitória de emergência e termo de vigência.

Dessume-se que a lei excepcional e a temporária ou transitória têm em comum o regime da **ultratividade gravosa**, em razão da finalidade perseguida: aplicam-se ao fato realizado durante sua vigência, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que as determinaram (art. 3º, CP). Assim, a lei posterior não tem o condão de revogá-las, o que na verdade ocorre é uma autorrevogação – prevista pela própria lei excepcional ou temporária. Não tem a virtualidade de regular novas hipóteses, sendo que sua vigência se fundamenta na solução de um conflito atual e não do passado (PRADO, 2000, p.106-107, negritos no original).

Ao lado das disposições já existentes, a União, Estados e Municípios lançaram mão de uma gama de normas para disciplinar o enfrentamento da Pandemia.

3 O PODER JUDICIÁRIO NA PANDEMIA

Assim como outras atividades essenciais, a atuação do Judiciário não paralisou e protagonizou decisões relevantes no período pandêmico.

Dentre as mais emblemáticas destaca-se a lavrada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 6341-DF, a qual ressaltou que as medidas sanitárias adotadas pelo

governo federal, para o enfrentamento da pandemia, não afastam a competência concorrente e nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados e municípios (BRASIL, 2020a).

A Justiça brasileira ainda deliberou, no período anormal, sobre questões jurídico-administrativas, eleitorais, tributárias, financeiras, trabalhistas, penais, contratuais etc.

No âmbito da atuação do Poder Judiciário foram disciplinadas medidas que, além do caráter de enfrentamento à Pandemia, incorporam uma diferente estruturação dos serviços.

O Supremo Tribunal Federal editou a Resolução nº 729/2021, prevendo a obrigatoriedade do uso de máscaras e a aferição de temperatura de todos que ingressarem na Corte; suspensão da visitação pública; atendimento judicial de partes, advogados, procuradores, defensores e interessados por meio telefônico ou eletrônico; suspensão do atendimento presencial aos públicos externo e interno, salvo as exceções contidas na própria resolução; e realização de trabalho remoto pelos servidores, nas atividades com ele compatíveis (BRASIL, 2021).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, editou a Portaria SG nº 53/2021, dispondo: a modalidade de trabalho remoto deve ser preferencialmente adotada nas unidades do Conselho, havendo, contudo, possibilidade de ajustes pelos gestores de cada unidade; adoção de medidas como distanciamento social, uso obrigatório de máscaras, aferição de temperatura, no ingresso à sede; reforço das ações preventivas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, prevendo que somente áreas consideradas imprescindíveis – como serviços de protocolo, segurança patrimonial, brigadistas e manutenção predial – exercerão atividades de forma presencial; atendimento presencial ao público externo permanecerá temporariamente suspenso, mas os gabinetes dos conselheiros poderão fixar regras próprias ao atendimento presencial do público externo, inclusive de partes em processos que tramitam no Conselho; suspensão de todos os eventos, cursos e reuniões presenciais, os quais deverão ser realizadas exclusivamente de modo remoto e sem que haja a presença de colaboradores do CNJ; a exceção a essa regra são as sessões plenárias do órgão e eventos excepcionalmente autorizados pela Presidência; nos dias de sessão de julgamento, somente terão acesso ao plenário as partes e os advogados de processos incluídos na pauta do dia; e todos

os serviços deverão ser restabelecidos na medida mínima necessária para o apoio às sessões (BRASIL, 2021a).

Seguindo a mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça adotou as seguintes medidas: sessões de julgamento e sustentações orais realizadas por videoconferência; retorno gradual do trabalho presencial; e suspensão da prestação presencial de serviços não essenciais (BRASIL, 2021b).

Disposições semelhantes foram encampadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, nas esferas federal e estaduais.

Os tribunais passaram a exigir do público interno e externo, para a retomada das atividades presenciais, a apresentação do certificado de vacinação emitido pelo aplicativo Conecte-SUS, do Ministério da Saúde. As pessoas não vacinadas deverão apresentar teste RT-PCR ou teste antígeno negativos para Covid-19, realizados nas 72 horas anteriores à visita. O uso de máscaras de proteção facial também continuará obrigatório. A recusa a se submeter a qualquer dos requisitos, a identificação de temperatura corporal superior a 37,7 graus Celsius ou a apresentação de sintomas sugestivos de infecção pela Covid-19, impedirão a entrada ou a permanência da pessoa nas dependências dos tribunais e fóruns.

Ademais do recrudescimento do contágio, estão sendo estudadas, no âmbito do Poder Judiciário, a imposição de sanções disciplinares aos servidores que se recusaram a tomar a vacina contra a Covid-19 (a vacinação está prevista na Lei 13.979/2020) (SALIBA; GELLI; MATIAS, 2021).

4 PANDEMIA E PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

A informatização do processo judicial não é uma novidade, visto que o uso de tecnologia para transmissão de dados e realização de atos processuais já se encontrava na Lei do Inquilinato. Entretanto, foi a Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo, que trouxe sistematização e impulsionou a adoção do processo eletrônico.

De acordo com o art. 8º da Lei 11.419/2006 os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais. Importa destacar que a aplicação a processos civis, penais, trabalhistas e aos juizados especiais (BRASIL, 2006).

No mesmo sentido, o art. 193 do CPC de 2015 dispõe que “os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei” (BRASIL, 2015).

Paradoxalmente à disciplina legal, a implantação do processo eletrônico no país apresenta diversidade de níveis e de sistemas, fato que se reflete nas disposições do CPC de 2015 ao estabelecer regras diferenciadas para autos de papel e para autos digitais, a exemplo do tratamento dos litisconsortes.

Em que pesem os diferentes sistemas e fases de implantação, inegável a contribuição do processo judicial eletrônico para a não interrupção e eficiência dos serviços judiciários no curso da pandemia.

O processo eletrônico já vinha modificando a atividade jurisdicional, permitindo a realização de atos processuais a qualquer tempo e viabilizando o funcionamento ininterrupto do Poder Judiciário, mas a Pandemia ampliou e acelerou o uso das tecnologias pelos tribunais.

O desembargador Ricardo Anafe, presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, observa que:

Nesse período de pandemia, o Tribunal de Justiça se modernizou dez anos, em um ano e meio, em razão da crise, que nos dá oportunidades. O Tribunal abraçou todas as oportunidades para garantir a eficiência do seu trabalho e para não deixar que aquele que precisa da solução de um conflito sobre o sistema judiciário ficasse marginalizado. Com isso, melhoramos muito a prestação jurisdicional no que diz respeito aos processos eletrônicos, não em relação aos processos físicos. Por força da pandemia, os processos físicos acabaram sendo deixados de lado, efetivamente, durante quatro meses, que foi o período de **home office** puro. Salvo no que diz respeito os atos urgentes, o Tribunal abriu um sistema de peticionamento eletrônico excepcional para processos físicos, para dirimir questões urgentes desses processos e para que não houvesse a estagnação absoluta dos processos físicos, não em relação aos andamentos formais, evidentemente, mas em relação aos andamentos urgentes (2002, p. 10).

Da arraigada cultura secular do acúmulo de papéis. no limiar do século 21 assistimos à progressiva adoção dos meios eletrônicos para a prática dos atos processuais.

O juiz José Aparecido dos Santos, do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, em palestra acerca do processo eletrônico, discorreu sobre a evolução tecnológica no processo brasileiro. No âmbito da Justiça Trabalhista paranaense citou exemplificativamente a bem-sucedida prática da expedição de cartas precatórias via internet (2012, informação verbal).

No entanto, muitos operadores do Direito - magistrados inclusive - ainda temiam o processo eletrônico, visto por eles como “um bicho de sete cabeças”. Em vista desse receio diante da novidade então trazida pela Lei 11.419/2006, o juiz conferencista destacou a importância da adesão ao sistema surgir na base e não resultante de imposição autoritária dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Mais de uma década da entrada em vigor da Lei de Informatização do Processo, em 29 de setembro de 2021, o CNJ editou a Resolução 420/2021, que dispõe sobre a adoção do processo eletrônico e o planejamento nacional da conversão e digitalização do acervo processual físico remanescente dos órgãos do Poder Judiciário (BRASIL, 2021c).

Diante da Resolução, o CNJ destaca os avanços da implantação do processo eletrônico:

Os tribunais brasileiros devem aceitar apenas processos em formato eletrônico a partir dessa terça-feira (1º/3). A restrição a processos físicos, definida em setembro pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com a aprovação da Resolução CNJ n. 420/2021, deve acelerar a transformação digital na Justiça. No ano passado, apenas duas em cada 100 ações começaram a tramitar em papel, de acordo com o Painel de Estatísticas do Poder Judiciário. Os indicadores mostram que os tribunais guardavam, no início deste ano, 9,9 milhões ações judiciais pendentes, aguardando desfecho. O esforço pela digitalização da Justiça tem reduzido, ao longo dos anos, o número de casos pendentes que não tramitam em sistemas eletrônicos. Em pouco mais de uma década, tornaram-se exceção. Em 2009, equivaliam a apenas 11,2% dos processos a julgar. Em 2020, o índice de processos eletrônicos saltou para 96,9%, de acordo com o anuário estatístico do CNJ, o Justiça em Números. O que explica essa virada estatística é, em grande medida, o percentual cada vez maior de ações judiciais que ingressam na Justiça por meio digital. No ano passado, todos os processos iniciados na Justiça Eleitoral, na Justiça Militar e nos tribunais superiores “nasceram” em formato digital. Os poucos processos que começaram a tramitar fora do sistema eletrônico – 2% do total – ingressaram pelos tribunais de Justiça, em sua maioria (BRASIL, 2022).

Pondere-se que a atividade jurisdicional totalmente virtualizada nesse período gerou debates acerca de institutos tradicionais do processo. A realização de audiências por meio virtual evidenciou resistências diante da compreensão consolidada na praxe.

Dentre os limites aponta-se o acesso à internet e a equipamentos que permitam a participação das partes na audiência, a comunicação entre testemunhas, a percepção das emoções, a postura de partes e testemunhas dada a distância física da autoridade do juiz.

Nesse sentido, Lucélia de Sena Alves afirma:

Quando se está em ambiente presencial, o contato do juízo com os sujeitos do processo e com as testemunhas tornam as percepções acerca de seu

comportamento um elemento importante na valoração da prova pelo magistrado. No ambiente virtual, as partes podem estar em ambiente mais confortável e familiar, inclusive na presença de seus procuradores, o que permite que seu comportamento possa ser conduzido da melhor forma para o seu interesse no processo. Ao não saírem da “zona de conforto”, a percepção do juízo, diante de uma versão bem prestada (nem sempre condizente com a realidade), pode ensejar em uma valoração errônea da prova.

Segundo dados de 2018, 46 milhões de brasileiros que não acessam a rede.

Além disso, a ANATEL registrou cerca de 394 mil reclamações sobre a banda larga fixa no primeiro semestre de 2020, no Brasil – aumento de 40% em relação ao semestre anterior.

A infraestrutura do país não estava preparada para enfrentar o aumento abrupto de usuários (2022, p. 6).

Cabe destacar que a realização de audiências virtuais já estava autorizada pelo Código de Processo Civil. Entretanto, as audiências presenciais, mais custosas, vale notar a execução do ato inclusive por carta precatória, eram preferidas em detrimento a realização virtual.

A Resolução 322/2020 do CNJ reforçou a realização de audiência virtuais, estabelecendo que “as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência”. Audiências virtuais passam a ser regra, somente em caso de impossibilidade técnica ou fática não ocorrerão na forma virtual (BRASIL, 2020b).

Na esfera criminal, no HC 590140, A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de sessões de julgamento, audiências e perícias por sistema audiovisual durante a pandemia de Covid-19 não configura cerceamento de defesa (BRASIL, 2020c).

O Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do acórdão, em seu voto expressou:

Contudo, avaliando com mais vagar a situação posta e, em especial, o atual momento que nosso País está vivenciando, não é possível se chegar a outra conclusão que não a de que é possível a realização de audiência de instrução e julgamento por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. Todas as precauções devidas devem ser tomadas na origem e o ato deve ser síncrono. Quer dizer, a audiência deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes. E, para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, o Magistrado deve observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. Dessa maneira, não se reputará nulo o ato. (BRASIL, 2020c).

Uma estrutura processual vinculada à tecnologia certamente implica na releitura de institutos, devendo o processo eletrônico ser visto como uma ferramenta facilitadora do acesso à justiça, instaurando-se uma nova fase, na qual o sistema

deve ser pensado a partir dos imperativos do direito, dos avanços tecnológicos e da resposta aos anseios dos jurisdicionados.

Tecnologia e recursos materiais devem caminhar lado a lado do sentido de humanidade, como alerta Aroldo Plínio Gonçalves:

Nem a tecnologia, nem a boa formação de Juízes e advogados, sozinhas, são aptas a debelar a morosidade da Justiça, propiciando sua celeridade em direção à melhor solução das demandas. Elas não serão suficientes sem o acréscimo daquela sensibilidade especial que se deseja do magistrado e que o capacita a compreender que quem procura o Judiciário, geralmente, o faz como recurso extremo, quando todas as vias extrajudiciais se frustraram na busca da solução do conflito. Quem recorre à Justiça tem pressa e não pode esperar indefinidamente a solução judicial de seu pedido, não pode ser privado do direito de ver sua causa decidida. As máquinas e os recursos tecnológicos facilitam nossa vida, economizam nossos esforços, mas não nos humanizam. A sensibilidade para as necessidades humanas é o fator que desperta nosso anseio por fazer o melhor, e nos habilita a tirar o mais benéfico proveito do progresso tecnológico, no cumprimento de nossas tarefas e na oferta de seus resultados. Somente com o acréscimo da sensibilidade dos Juízes para a urgência que acompanha todos que clamam pela Justiça poder-se-á esperar que eles sejam ouvidos. E somente respondendo aos anseios de quem a procura, a justiça andarás em compasso com os reclamos da sociedade. Este é o maior, o mais valioso e mais urgente objetivo de sua modernização (GONÇALVES, 1997, p.).

O processo eletrônico provocou uma virada tecnológica para o Direito e, assim como trouxe melhorias, também, provocou o surgimento de novas entraves para os operadores do Direito e para os jurisdicionados. Novos desafios surgirão com o uso crescente da inteligência artificial, o que exigirá dos profissionais uma visão voltada para resolver novos obstáculos à prestação jurisdicional.

Como bem apontado por Cappelletti e Garth (1988, p. 13):

[...]as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que curso. Em outras palavras quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e deve ser atacados?

A Pandemia deixou em evidência o processo eletrônico, forçando o Poder Judiciário a utilizar em larga escala as tecnologias já disponíveis, revelando novas vias de acesso à justiça, desvelando novos desafios e obstáculos, o que impõe a todos os atores da justiça um repensar acerca do próprio sistema de justiça e de qual sistema queremos no pós-pandemia.

CONCLUSÕES

A Pandemia revolucionou a plena utilização do processo eletrônico, que se constituiu em ferramenta essencial para a não interrupção e eficiência dos serviços judiciários no País.

A natureza da emergência causada pelo vírus acelerou a incorporação de tecnologias, fazendo como que o Poder Judiciário avançasse anos em relação ao ritmo até então experimentado em relação as inovações tecnológicas. Novos desafios ao acesso à justiça passam a ser observados, a vulnerabilidade tecnológica se evidencia, a necessidade de revisitar institutos processuais se torna essencial.

O sistema de videoconferências, antes episódico, se torna regra e passa a ser utilizado em todas as esferas processuais.

A despeito da previsão legal, somente a partir da Pandemia os tribunais passaram adotar sessões virtuais em larga escala.

As resoluções exaradas pelo CNJ impulsionaram e viabilizaram a garantia da prestação jurisdicional.

Ademais, o trabalho remoto possibilitou que servidores e magistrados mantivessem sua atuação, redimensionando a potencialidade do Judiciário. A produtividade aumentou, demonstrando o quanto é possível tornar efetivo o processo, a partir de ferramentas já existentes e, até então, subutilizadas.

O aprendizado da Pandemia evidenciou que a cooperação de todos os atores do sistema de justiça é essencial, que tecnologia e humanidade devem caminhar juntas para que novos entraves ao acesso sejam mitigados, assegurando o acesso dos jurisdicionados a ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

ALVES. Lucélia Sena. **As audiências de instrução e julgamento por vídeo conferência: uma análise empírica.** Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/56768/40721>>. Acesso em: 15.03.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria 53/2021.** 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3921>>. Acesso em: 15.05.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ informa sobre medidas de prevenção à Covid-19**. 2021a. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cnj-informa-sobre-medidas-de-prevencao-a-covid-19/>. Acesso em: 14.05.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 420, de 29 de setembro de 2021**. 2021c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original205958202109296154d3ceaca03.pdf>. Acesso em 10.12.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Exigência do uso de processo eletrônico deve acelerar extinção dos processos em papel** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/exigencia-do-uso-de-processo-eletronico-deve-acelerar-desparecimento-dos-processos-em-papel/>. Acesso em: 02.03.2022.

BRASIL. **Lei 13.1015, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15.05.2021.

BRASIL. **Lei 11.419, de 19 dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 15.05.2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é COVID-19**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 24.10.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ no Combate ao Coronavírus**. 2021b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/STJ-no-Combate-ao-Coronavirus.aspx>. Acesso em 28.09.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 731. 2021**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_731_2021_STF.pdf. Acesso em: 14.05.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. **Habeas Corpus nº 590.140/MG**. Relator: Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma. 2020c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115024448&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30.03.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF prorroga resolução sobre medidas preventivas contra Covid-19**. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30.09.2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341-DF**. Relator Edson Fachin. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 30.09.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341-DF**. Relator Edson Fachin. 2020a.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>>.

Acesso em: 30.09.2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **TST passa a exigir comprovante de vacinação para ingresso e circulação**. Disponível em:

<<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/tst-passa-a-exigir-comprovante-de-vacinacao-para-ingresso-e-circulacao>>. Acesso em 28.10.2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfeleet. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. vol. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA DE LIMA, Rogério Medeiros. **Direito Eleitoral em tempos de ódio e pandemia**. In. Aspectos polêmicos e atuais do Direito Eleitoral. São Paulo: Rideel, orgs. Luciana Diniz Nepomuceno, Juliana Freitas e Marcelo Weick Pogliese, 2021,

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Modernização da Justiça**. Rio de Janeiro: Forense Informa, 1997.

GRUBER, Arthur. **Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença**. Jornal da USP, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>> Acesso em: 24.10.2020.

SALIBA, Ana Luiza; GELLI, Thiago; MATIAS, Juliana. **Judiciário ainda estuda sanções a servidores que se recusam a tomar vacina**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/judiciario-ainda-estuda-sancoes-servidores-recusam-vacina>>. Acesso em 23.08.2021.

LEWINSOHN, Rachel. **Três epidemias: lições do passado**. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2003.

Nova resolução autoriza retomada de atividades presenciais no STF a partir de 3/11. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-26/supremo-retomar-atividades-presenciais-partir-311>>. Acesso em 26.10.2021.

PEREIRA, Merval. **A Covid-19 politizada**. **Jornal O Globo**. Rio de Janeiro, edição de 21.10.2020, p. 2.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. vol. 1. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2000.

SANTOS, José Aparecido dos. **Avanços do processo: perspectivas e dúvidas com base na experiência do TRT do Paraná com o processo eletrônico**. Palestra. Brasília-DF: 21 de junho de 2012.

LINHA DE PESQUISA: ATUALIDADES JURÍDICAS

A ATUAÇÃO ESTATAL DIANTE DE “CRIMES” INDÍGENAS: uma breve exposição quanto à jurisprudência brasileira

STATE PERFORMANCE BEFORE INDIGENOUS “CRIMES”: a brief exposition on Brazilian jurisprudence

Tainá Viana¹

Marcelo Veiga Beckhausen²

Recebido/Received: 12.03.2022/March 12th, 2022

Aprovado/Approved: 31.05.2022/May 31th, 2022

RESUMO: Ante a proteção internacional e constitucional dos povos originários, faz-se essencial uma análise jurídica de práticas culturais milenares nas comunidades indígenas frente à compreensão interna do ilícito e do enquadramento do ato à luz da teoria *cultural defense*, sob pena do Estado agir em desconformidade com as proteções e garantias constitucionais e internacionais conferidas aos povos indígenas, o que justifica a escolha do tema. A construção desse estudo se dá por meio dos métodos hipotético-dedutivo e hipotético-comparativo, esse último se dará por meio da exposição de alguns julgados. Um dos objetivos alcançados foi a demonstração de que práticas culturais nativas podem ser consideradas como um crime culturalmente motivado através da aplicação de causas supralegais de exclusão da ilicitude consubstanciadas na teoria multiculturalista *cultural defense*. Isso porque se entendeu que o enquadramento de tal ato como erro de proibição já não mais serve ao dilema atual, tendo em vista que é uma visão segregadora e preconceituosa, ainda adepta ao modelo assimilacionista igualitário. Mas, buscar-se-á a exposição prática de tais diretrizes teóricas na atuação do Estado diante de casos concretos, a fim de se alcançar uma adequada prestação de justiça aos grupos minoritários no Brasil, servindo esse projeto como um farol para iluminar as obscuridades que envolvem os povos indígenas e que, por enquanto, seguem veladas pelo interesse político estatal.

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Aluna convidada do PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra em 2019/1. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6045561713811888>>. Endereço eletrônico: vianathay@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), onde leciona Direito Constitucional desde 2000. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Procurador Regional da República. É membro do Ministério Público Federal desde 1996, já tendo exercido os cargos de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão e Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Promovido a Procurador Regional da República, atuou nas áreas Cível e Criminal. Foi Procurador Regional eleitoral nos biênios 2013/2015 e 2015/2017. Atualmente, atua na área cível da PRR4, é membro do Núcleo de Apoio Operacional à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (NAOP/4ª Região) e é Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região. E-mail: mbeckhausen@unisinos.br.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes culturalmente motivados; Direitos Humanos; excludente de ilicitude; Índios Guarani; multiculturalismo.

ABSTRACT: In view of the international and constitutional protection of native peoples, a legal analysis of millenary cultural practices in indigenous communities is essential in view of the internal understanding of the illicit and the framing of the act in the light of the cultural defense theory, under penalty of State to act in disagreement with the constitutional and international protections and guarantees granted to indigenous peoples, which justifies the choice of theme. The construction of this study takes place through the hypothetical-deductive and hypothetical-comparative methods, the latter will take place through the exposition of some judgments. One of the objectives achieved was the demonstration that native cultural practices can be considered as a culturally motivated crime through the application of supralegal causes of exclusion of illegality embodied in the multiculturalist cultural defense theory. This is because it was understood that the framing of such an act as a prohibition error no longer serves the current dilemma, given that it is a segregating and prejudiced view, still adhering to the egalitarian assimilationist model. But, the practical exposition of such theoretical guidelines will be sought in the performance of the State in the face of concrete cases, in order to achieve an adequate provision of justice to minority groups in Brazil, serving this project as a beacon to illuminate the obscurities that involve indigenous peoples and which, for the time being, remain veiled by state political interests.

KEYWORDS: Culturally motivated crimes; Human Rights; excluding illegality; Guarani Indians; multiculturalism.

INTRODUÇÃO

Tratar-se-á aqui de singelas exposições acerca de práticas culturais indígenas que são historicamente e colonialmente consideradas como crimes diante do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela conotação de incapacidade dada aos nativos em 1973 com o advento do Estatuto do Índio, ou seja pela desconsideração das normas internacionais relativas aos direitos indígenas quanto a sua autodeterminação e auto-organização, bem como pela total ignorância ao direito constitucional, que lhes é assegurado desde 1988, de viverem de acordo com sua cultura.

Frente a larga, histórica e/ou atual coletânea de normativas direcionadas a direitos humanos nativos, e sua conseqüente e constante violação, necessário se faz a exposição, ainda que breve, de alguns julgados e casos encontrados sobre práticas culturais, no Brasil, que foram analisadas de forma errônea, preconceituosa, ultrapassada e colonial. Bem como, a aparição de raros casos em que as legislações supralegais e constitucionais foram acatadas em prol dos indígenas.

Mostrando, portanto, a conhecida figura da insegurança jurídica enraizada no nosso rol jurisprudencial brasileiro.

Assim, através dos métodos hipotético-dedutivo e hipotético-comparativo, mostrar-se-á um compilado de decisões emblemáticas somadas a uma pincelada acerca do contexto histórico do sistema de julgamento pátrio quanto a situações que envolvam acusados indígenas no sistema penal e criminal passado e atual.

Diante disso, buscar-se-á trazer possibilidades de adequação do Estado à realidade cultural e cotidiana dos sistemas internos de organização indígena, bem como o respeito e a aplicação do que é previsto legalmente, tanto no âmbito interno como internacional, em relação aos povos originários no Brasil.

1 BREVE EXPOSIÇÃO QUANTO À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Nesse tópico serão expostos os principais aspectos presentes na forma de julgamento dos processos que envolvam indígenas no sistema judicial brasileiro.

É notório, segundo Silva ([2021?]), que “[...] o direito indígena existe, e como tal serve, num primeiro momento, a desmascarar o tema indígena como sendo apenas um problema ou uma questão”, já em um segundo momento “[...] tenta ele regular, direta ou indiretamente, alguns aspectos, e não todos, das relações travadas nas áreas indígenas”.

De pronto, destaca-se que pode ser reconhecida aos povos indígenas uma jurisdição própria para solver os impasses internos de suas aldeias, com base nas diretrizes multiculturais constantes na Constituição Federal, de 1988, as quais, a partir daí, fizeram com que cessasse, ao menos teoricamente, a posição assimilacionista que foi historicamente implementada pela legislação brasileira (BRASIL, 1988; ANTONELLO, 2019a). Ocorre que essa alternativa pouco tem sido acolhida pelo nosso sistema jurisdicional. Entretanto, nas hipóteses em que os delitos ocorram fora dos limites tribais, isto é, se deem entre os agrupamentos indígenas distintos ou que sejam aptos a ofender os direitos humanos, poderá ocorrer a incidência da jurisdição brasileira, com atuação pautada nas balizas normativas do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), da Portaria nº 839 da Advocacia Geral da União (AGU) (BRASIL, 2010), da Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019) e da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; HERINGER JÚNIOR, 2019).

Por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Assim, não só o procedimento de demarcação de terras pode ser levado ao judiciário, como também se admite o questionamento sobre esse aceitar ações que envolvem outros assuntos indígenas (VILLARES, 2013). E, segundo Pereira ([2021?]):

Ao assumir o caráter pluriétnico da nação brasileira, que não se esgota nas diferentes etnias indígenas, como evidencia o parágrafo 1º do art. 215, a Constituição de 1988 tornou impositiva a aplicação analógica do tratamento dado à questão indígena e aos demais grupos étnicos'. Assim, diante desse novo padrão de respeito à heterogeneidade da regulamentação ritual da vida, impõe-se a exata compreensão das pautas de conduta que agora orientam os diversos atores sociais, em particular os agentes públicos e políticos (PEREIRA [2021?]).

Ademais, pelo fato dos povos nativos serem encobertos pelos direitos humanos sob a ótica nacional e internacional, quanto à consulta prévia dos indígenas sobre a demarcação e uso de suas terras, bem como no tocante aos seus direitos políticos e organizacionais, há que se referir a existência da possibilidade de as comunidades indígenas, como sujeitos de direitos, pleitearem suas causas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sendo que o Brasil é membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) e assinou o Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, portanto, é submetido a tal legislação supralegal, sendo que tal natureza se dá por força do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1992 (BRASIL, 1992a). Vale também referir que a autora Flávia Piovesan e o autor Valério Mazzuoli consideram que tal pacto possui também *status* normativo de Emenda Constitucional, por força do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição (BRASIL, 1988).

Ocorre que uma das principais questões a serem enfrentadas pelos indígenas, no tocante à tutela de seus direitos, é o fato da jurisprudência brasileira, ter entendido, equivocadamente, que o laudo antropológico-cultural poderá ser dispensado quando o Juiz puder aferir a responsabilidade penal do nativo através da teoria da inimputabilidade pela falta de desenvolvimento mental, chegando até a adotar uma presunção de que o indígena socializado, que fala português e possui diploma escolar, seria então passível de responsabilização criminal (BRASIL, 2005c). Porém, desde logo, frisa-se que isso não se admite, visto que, segundo Villares (2013): “[...] o índio pode sim se mostrar apto a todos os atos da vida, mas,

internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir”.

Desta forma, entende-se que essa presunção geral, que nega a análise ao caso concreto e dispensa o uso de provas técnicas no processo penal, priva o nativo da justiça equitativa e reafirma o histórico de opressão vivenciado por essa minoria ao longo dos tempos. Para Villares (2013):

Julgar o índio através de uma presunção, sem analisar com profundidade o contexto social em que está inserido e seus valores culturais, é atingir o respeito ao diferente e violar o artigo 231 da Constituição, ferindo mortalmente os direitos fundamentais dos índios e o próprio Estado Democrático de Direito.

Conforme Toledo (1984), para a aferição do injusto penal, o julgador terá de analisar o fato em dois momentos: o primeiro destinado a verificação da tipicidade; e o segundo atinente a constatação, ou não, de uma causa de excludente de ilicitude.

Diante disso, ao estudar diversos julgados, verificou-se que aos casos que envolvam réus nativos, por vezes, aplica-se o erro de proibição como excludente, com base no grau de integração do agente (o que não se sugere no presente trabalho), bem como também se aplicam, raramente, as excludentes de ilicitude advindas de causas supralegais, baseadas na *cultural defense* (que é o que se sugere). Esse último modelo (*cultural defense*) se mostra um instrumento capaz, no Direito Penal brasileiro, de afastar a responsabilidade penal do nativo de uma forma que não coloque em pauta discriminatoriamente sua capacidade mental.

Para Cunha (1987):

[...] na verdade, o que deveria estar claro é que a posição especial dos índios na sociedade brasileira lhes advém de seus direitos históricos nesta terra: direitos constantemente desrespeitados mas essenciais para sua defesa e para que tenham acesso verdadeiro a uma cidadania da qual não são os únicos excluídos.

Portanto, segundo Pereira ([2021?]), “[...] sendo o direito um conjunto de representações sociais, toda a normatividade que contemple esses grupos étnicos tem que se pautar por sua compreensão de vida”, pois se assim não for, estar-se-á agindo em inconstitucionalidade, visto que é em função da insubmissão desses valores indígenas que deve se basear a consciência coletiva.

E, sempre que estejam em causa interesses de grupos étnicos, a aplicação do direito pelo Juiz se sujeita ao mesmo postulado da inteligibilidade. A despeito de já se ter abandonado a orientação positivista, compreendido as situações de fato e entendidas as normas como esferas axiológicas, que não se resolvem em um sistema lógico-formal do tipo hipotético-dedutivo, vê-se o julgador diante de

premissas, valores e experiências dos quais não compartilha e para os quais necessita de tradução, de modo que se revela sua essência subjacente (PEREIRA, [2021?]). Pois, a pretensão de impor padrões culturais por meio da força repressiva do Direito Penal não condiz com a necessidade de respeito às manifestações culturais (MARTINS, 2017). Visto que “[...] somente com base na mútua identificação e no diálogo sobre a diferença com o outro é possível estabelecer um denominador comum que respeite as manifestações culturais como expressão da dignidade da pessoa humana” (HURTADO POZO, 2001).

Nessa senda, como bem expõe Pereira ([2021?]), “[...] o Direito não escapa à finitude da razão humana e não está absolutamente alheio à experiência vivida da sociedade concreta. Antes de ser universal, é contingente, buscando atualidade a cada aplicação”. Assim, com a intenção de ser aplicada a metodologia hipotética-comparativa, mostrar-se-á alguns julgados brasileiros e, também, internacionais sobre o assunto, na tentativa de fazer clara a disparidade e o antagonismo nas decisões do poder judiciário quanto ao tema, motivo pelo qual se faz tão necessária a consideração prática deste artigo.

2 CAMINHO METODOLÓGICO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Para a escolha dos julgados que tratam de temas indígenas e aqui foram colacionados, a pesquisa se deu em todos os tribunais brasileiros, dando maior enfoque à região sul do país. As palavras chaves utilizadas na busca foram as mesmas desse artigo, quais sejam: Crimes Culturalmente Motivados; Direitos Humanos; Excludente De Ilícitude; Índios Guarani; Multiculturalismo. Não houve uma delimitação temporal, visto que essa pesquisa é atemporal e se buscou trazer apenas alguns exemplos de como o tema é abordado pelo judiciário pátrio.

3 SÍNTESE DE JULGADOS INDÍGENAS

Com o intuito de exemplificar a questão aqui trabalhada, iniciar-se-á a explanação sintática de alguns julgados emblemáticos que demonstram todo o problema da controvérsia e dos antagonismos vivenciados pelos indígenas nas decisões judiciais do país.

A primeira casuística, trata-se do *Habeas Corpus* nº 85198, do Estado do Maranhão, julgado pelo STF em 11 de novembro de 2005 (BRASIL, 2005c). Essa demanda se refere ao crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma praticado por réu indígena. Sem adentrar no mérito da questão, é necessário explanar os aspectos legais e procedimentais adotados no julgamento em tela (BRASIL, 2005c).

Nesse julgado, conforme se extrai da decisão, o paciente fora considerado como integrado à comunhão nacional, portanto, inserido nos termos do artigo 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito desta forma às leis penais impostas aos cidadãos comuns brasileiros, e com isso foi dispensado pelo juízo, o laudo antropológico ante a justificativa de que:

[...] É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção (BRASIL, 2005c, grifo nosso).

Do trecho da ementa colacionada, percebe-se que a decisão de dispensa do laudo antropológico se deu de forma arbitrária, pois tal prova técnica, que é realizada por um antropólogo, foi substituída pela percepção e convicção do julgador que não é especialista no assunto, e essa fora aferida apenas com base nos autos do processo e na figura física do acusado (BRASIL, 2005c). Tal entendimento contraria as prerrogativas constantes na Constituição (BRASIL, 1988), na Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), na Portaria da Advocacia Geral da União nº 839 (BRASIL, 2010) e na Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), pois, entende-se na contemporaneidade, que o laudo antropológico é peça fundamental no julgamento de indígenas, visto que tal prova técnica é essencial para aferir elementos socioculturais importantes para o deslinde da questão.

Nessa mesma linha se deu a defesa da Subprocuradora- Geral da República Deborah Macedo Dupratt de Brito Pereira, alegando que quando se tratar de julgamento de réu indígena “[...] deveria ser respeitada a pluralidade étnica e cultural, o que demandaria a necessária intervenção antropológica em todos os atos do processo”, pois sem essa aferição o julgador não seria capaz de compreender os fatos (BRASIL, 2005c). A impetrante justificou tal alegação com base nos artigos 215, *caput*, §1º, e 216, I e II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como dos artigos 1º, *a* e *b* e 2º da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004; 2005c).

Destacou a Subprocuradora que o artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), prevê a necessidade do estudo antropológico para a avaliação do grau de integração do indígena acusado e que essa avaliação pode refletir, ainda, na atenuação da pena, em caso de condenação (BRASIL, 2005c). Por fim, a impetrante ressaltou que o artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), diz que basta ser *índio* para que a ele seja concedida a atenuante de pena e o regime de semiliberdade em habitação próxima a sua aldeia (BRASIL, 2005c). No entanto, conforme conferido acima, as acertadas alegações da Procuradora não foram acolhidas.

O artigo 56 em comento deve ser interpretado a partir de sua recepção contextualizada com a Constituição atual que constrói o sistema indígena a partir de sua diversidade cultural, de seus códigos culturais, reforçando-se que no exame antropológico não será constatado o grau de integração, muito menos será desvendada a capacidade mental do réu, pois esse entendimento a muito fora superado, mas sim aferida a sua forma de percepção quanto ao ordenamento macro e a legislação desse, bem como sua visão acerca das normas e tradições internas da comunidade. Ou seja, trata-se de uma análise cultural, étnica e etnicopsicológica.

Do trecho da sentença condenatória colacionada ao HC em análise, ainda, extrai-se que o julgador federal constatou a incorporação à sociedade do indígena acusado pelo fato dele liderar as ações da quadrilha de traficantes, dizendo: “Ora, não há como considerar sem cultura uma pessoa capaz de praticar tais atos criminosos, os quais exigem sim, muita perspicácia por parte dos membros da quadrilha a qual integra o paciente” (BRASIL, 2005c). De tantos problemas evidenciados nesse trecho da decisão, o maior deles se atém ao fato do acusado ter sido considerado incapaz de articular um crime ou que o termo *sem cultura* foi empregado, erroneamente, para dizer que o indígena que é mesmo indígena não é capaz de ter perspicácia para articular grandes ações (BRASIL, 2005c). Aqui, sem entrar no mérito, claramente, evidencia-se o fator discriminatório e pejorativo aplicado aos indígenas que sofrem a persecução penal estatal.

Ocorre que essa decisão, e tantas outras que nela se apoiaram, fere o direito constitucional do indígena de se autodeclarar como tal e de, portanto, ter um procedimento especial de julgamento consubstanciado nessa autodeclaração apenas. Denota-se que há que se falar inclusive em vedação ao devido processo legal, ao amplo contraditório e em cerceamento de defesa no caso exposto

(BRASIL, 1988), pois a aferição do caráter étnico de um réu que se identifica como indígena e tem inclusive sobrenome indígena (Adalto Viana Guajajara da Silva), deve, substancialmente, ser dada pelo estudo social e antropológico e não pela percepção e convicção de um magistrado que não é tecnicamente apto para tal ato (BRASIL, 2005c).

O segundo caso estudado se atém ao *Habeas Corpus* nº 0032144-66.2017.4.01.0000, oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que trata de um crime cometido por indígena em território brasileiro, considerando o réu como integrado à comunhão nacional e inserido nos termos do artigo 4º, inciso III, do Estatuto do Índio, sujeito assim às leis penais impostas aos cidadãos comuns brasileiros (BRASIL, 2017a). Esse caso ocorreu no estado de Rondônia e se deu por meio de denúncias anônimas que apontavam indígenas, pertencentes à etnia Suruí, do interior da Terra Indígena Sete de Setembro, participando da lavra garimpeira ilegal de diamantes (BRASIL, 2017a). As denúncias relatavam que os indígenas se encontravam divididos em dois grandes agrupamentos, sendo um deles integrado por aqueles que concediam auxílio ao Projeto Carbono da FUNAI (exploração de atividades legais) e o segundo dedicado a oferecer amparo à lavra garimpeira ilegal (BRASIL, 2017a). Veja-se parte da ementa da decisão sobre o caso:

[...]. 7. O Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento no sentido de que “a pretendida aplicação da atenuante de que cuida o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973 somente tem incidência ao indígena não integrado socialmente, não assim àquele já incorporado à comunhão nacional e no pleno exercício dos seus direitos civis, ainda que conserve usos, costumes e tradições características de sua cultura” (AgRg no RHC 79.210/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 20/04/2017). 11. Ordem de habeas corpus denegada (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Denota-se que o julgado acima foi interpretado na seara criminal de acordo com os valores, já superados, que circundavam o Código Civil de 1916, baseado na assimilação dos povos indígenas (BRASIL, 1916; 2017a). De acordo com esse ultrapassado ponto de vista, a verificação da capacidade penal para fins de responsabilização do indígena, pela prática de atos criminosos, modifica-se de acordo com o grau de inserção desse na sociedade brasileira. Esse grau de inserção é comumente dividido nas categorias de isolados, em vias de integração e integrados. De acordo com o ponto de vista legal, o indivíduo tido como isolado é isento de pena em face de ser considerado como inimputável, devido à sua

incapacidade de autocompreensão quanto à natureza ilícita da conduta cultural praticada.

De diferente forma, o indígena tido como integrado, colocar-se sob os regramentos da jurisdição penal, em razão da sua aptidão para compreender os regramentos de igual maneira dos outros cidadãos brasileiros. Por último, o indígena em vias de integração é aquele que deverá ser submetido à produção de laudo pericial antropológico, para fins de verificação do grau de percepção que ele possui em relação ao ato praticado, sendo a partir disso redirecionado a uma das duas alternativas antecedentes (ANTONELLO, 2019a).

Sobre isso, o autor Baltazar Júnior traz sua percepção quanto ao assunto da seguinte forma:

A imputabilidade do índio deverá ser verificada mediante perícia, a fim de verificar sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato criminoso, consideradas as particularidades de sua cultura e costumes (BALTAZAR, 2017).

Ocorre que, conforme dispõe o autor acima, entende-se não ser suficiente essa visão delimitada e ultrapassada quanto ao do grau de integração do réu indígena nos julgamentos de um ato praticado por motivação cultural. Compreende-se que se faz exigível, em qualquer situação, quando envolva réu nativo, a análise técnica antropológica e etnológica.

Nessa senda, Baines (2013) é cirúrgico ao dizer que isso é reflexo de:

Paradoxos e ambivalências de uma legislação indigenista de uma sociedade pluralista que reconhece os direitos diferenciados dos povos indígenas ao mesmo tempo em que os operadores do direito aplicam o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Por último, a crítica que se faz aos julgados anteriores é quanto a não consideração das prerrogativas constantes no Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), na Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), na Portaria da AGU nº 839 (BRASIL, 2010) e na Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), visto que não fora aplicado o procedimento instrutório de acordo com os direitos processuais conferidos aos povos indígenas enquanto réus. Tanto que se percebe que fora denegado o pedido de não encarceramento do réu indígena em um dos casos expostos (artigo 56, parágrafo único da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973) (BRASIL, 1973).

Nesse mesmo sentido crítico, tem-se o posicionamento de Pereira (2017):

[...]. Na jurisprudência, começando pelas cortes superiores, há o reflexo do senso comum, estabelecendo parâmetros equivocados de tratamento aos indígenas, calcados na visão idílica de que o índio 'verdadeiro' é o 'silvícola',

habitante das selvas, nu de arco e flecha na mão, caçando para sobreviver e falando uma língua desconhecida.

[...]. Tome-se o exemplo do estado de Roraima: há diversas comunidades indígenas próximas a cidades, cujos índios falam português, vestem roupas, usam automóveis e telefones celulares, votam e frequentam a vida urbana. Deixaram de ser índios, 'evoluíram' e 'se tornaram civilizados'? Claro que não!

[...]. A Convenção 169/OIT estabelece um conceito internacionalizado de índio, como aquele descendente de populações originárias que preserva a consciência individual de identidade indígena.

[...]. É preciso que os operadores do Direito fujam da noção preconceituosa do indígena, como sendo, necessariamente, 'nu e sem coisa alguma cobrindo suas vergonhas, trazendo nas mãos arco e setas', como descrevia a carta de Pero Vaz de Caminha ao rei de Portugal. O índio moderno não deixará de ser índio por usar roupas modernas, falar ao celular e navegar na internet. (grifo nosso).

Mas, apesar dessa majoritária visão judicial inconstitucional, em um caso semelhante aos acima expostos, no HC nº 604898, de Mato Grosso do Sul, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer, a defesa obteve um desfecho positivo (BRASIL, 2020a). O Ministro julgador ao analisar o caso de uma tentativa de homicídio, praticada por um agente indígena, considerou em seu julgamento a linha de defesa trazida pela defensoria pública estadual que pleiteava a aplicação da Resolução 267 do CNJ (BRASIL, 2019), bem como da Constituição (BRASIL, 1988), e requeria, liminarmente, a nulidade da instrução e da sentença de pronúncia pela ausência do laudo antropológico, visto as circunstâncias expostas nos autos, quais sejam, a autodeclaração do réu e o fato dele ter residido em aldeia indígena antes do fato (BRASIL, 2020a).

O julgador então invocou o disposto na Portaria nº 839 da AGU (BRASIL, 2010) e acatou o pedido liminar da impetrante em favor do paciente indígena, *in verbis*:

Na hipótese, *prima facie*, tem-se que a Resolução CNJ n. 287, de 25/06/2019, para a sua incidência, não exige que a pessoa desconheça o vernáculo brasileiro ou mesmo que resida em determinada comunidade, bastando que as pessoas 'se identifiquem como indígenas'.

Assim, sem adentrar, nesta **análise perfunctória**, a questão da efetiva condição de indígena ou da demonstração, ou não, da efetiva necessidade do laudo antropológico, assim como da comprovação do eventual prejuízo pela inexistência do laudo no feito principal, entendo prudente, por ora, conceder o pedido liminar, parcialmente, para apenas suspender o feito na origem até que haja a devida instrução dos autos, a r. manifestação do d. Ministério Público Federal e da d. Advocacia Geral da União.

Por este motivo, **defiro o pedido liminar, parcialmente, para suspender o feito principal na origem** até decisão definitiva ou superveniente nesta impetração (BRASIL, 2020a, grifo do autor).

No HC nº 40884, do Paraná, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Relator Ministro Fonseca, ao analisar o caso de dois menores indígenas

acusados de estupro, também decidiu pela necessidade do exame antropológico e psicossocial para aferir qual a medida socioeducativa seria mais adequada aos pacientes e decidiu pela anulação da decisão que determinou a internação dos menores sem a realização das provas técnicas (BRASIL, 2005d). Nesse caso, entende-se que o magistrado agiu de acordo com a Lei nº 6.001/73 (BRASIL, 1973) e com a Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990a).

Já no processo nº 021/2.10.0012312-91, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo/RS, que se refere a um conflito ocorrido entre indígenas, dentro da aldeia, pode-se observar um julgado que utiliza uma interpretação de ordem multicultural para solução do conflito criminal ocorrido no interior do Estado do Rio Grande do Sul, na aldeia do Acampamento Indígena do Município de Mato Castelhana, conhecido como Caso Kogja (BRASIL, 2014a). No entanto, ao mesmo tempo se observam elementos de violência praticada contra a mulher, que apontam um ilícito, e que a legislação pátria não alberga, apresentando-se como um paradoxo (BRASIL, 2014a).

Ocorre que os atos praticados neste caso correspondem a tipos penais brasileiros. Em face disso, a indígena que foi vítima, ciente da legislação, dirigiu-se até as autoridades brasileiras, dando notícia do fato ocorrido na aldeia (BRASIL, 2014a). Dessa forma, deu-se então o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, que cuidou de incriminar os nativos agressores pela prática do crime de tortura (conforme as definições contidas no artigo 1º, inciso II, combinado com os incisos II e III, do §4º do mesmo artigo, da Lei Federal nº 9.455 de 1997, na forma do artigo 29, *caput*, do Código Penal) (BRASIL, 1940; 1997; 2014a). Em sequência disso, o processo criminal foi julgado pelo magistrado Orlando Faccini Neto, titular da 2ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo, autuado sob o nº 021/2.10.0012312-9, e, na sentença, o magistrado considerou a defesa cultural no âmbito do direito brasileiro. Veja-se o trecho correspondente:

[...] tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte (BRASIL, 2014a).

Ainda, especifica o magistrado que:

[...] na espécie, o instrumento que lesou e, de certa forma, é verdade, até restringiu a liberdade da vítima, era o meio ao alcance dos acusados, representantes legítimos daquele grupo indígena, de corrigir o comportamento do membro, para eles, infrator (BRASIL, 2014a).

O Juiz, ainda, assentou que “[...] punições dessa natureza fazem parte da cultura daqueles indígenas, as quais ganham serventia frente ao desrespeito das normas internas do grupo” (BRASIL, 2014a).

Ademais, destacou o julgador a relevância da não intervenção do Direito Penal brasileiro na resolução de conflitos internos das aldeias indígenas, por afetar a igualdade de tratamento e a organização entre os membros da comunidade (BRASIL, 2014a). Veja-se:

Se sob o fundamento da *cultural defense*, isto é, o argumento de seguir as regras de sua própria cultura, cogitar-se de uma ausência de ilicitude, no fim das contas serão estabelecidos padrões diferentes de atuação estatal, conforme a origem e filiação das vítimas; em outras palavras, a proteção jurídica que beneficiaria alguns, não alcançaria membros de outra comunidade, de maneira a afrontar-se o princípio da igualdade. Portanto, o fato se afigura contrário ao Direito (BRASIL, 2014a).

Diante todo o explanado, o magistrado então absolveu todos os réus com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal brasileiro (BRASIL, 2014a). Ressalta-se que posteriormente, em sede de recurso de apelação, a competência para apuração do ilícito foi declinada para a Justiça Federal, pois se entendeu que:

Não havendo dúvida de que o julgamento do crime passa, necessariamente, pela análise dos costumes e tradições de tribo indígena, assume o fato caráter coletivo, uma vez que a questão – no caso concreto, uma ‘ata’ em que, segundo os réus, constariam as normas que os integrantes da tribo deveriam seguir e foram desrespeitadas pela ofendida – interessa a toda comunidade silvícola. Assim, a competência é absoluta da Justiça Federal (BRASIL, 2014b)¹.

Assim, para a explanação deste estudo e de acordo com a revisão bibliográfica trabalhada anteriormente, é veemente a relevância dos julgados pró-indígenas quanto aos atos culturais nativos em geral, visto que o entendimento dos magistrados nos casos acima colacionados se baseou na defesa cultural, com fundamento fulcral para a resolução do conflito de origem étnico-cultural, respeitando o ordenamento interno, fundamentando-se justamente na teoria multiculturalista, mais precisamente na *cultural defense*, que se entende como sendo a teoria adequada aos conflitos indígenas, como já foi defendido aqui.

Importante, ainda, constar que o entendimento da competência Federal para julgar os casos que envolvam réus indígenas (que é estabelecida pela Magna Carta

¹ Importante referir que nesse julgado houve uma interpretação de absolvição dos réus indígenas sob o argumento da diversidade cultural, no entanto, evidenciou-se a situação de violência perpetrada contra mulher, a qual não há qualquer apoio ou incentivo sobre nesta pesquisa.

no artigo 231, bem como por força do disposto nos incisos IV e XI, do artigo 109, da mesma (BRASIL, 1988) e de acordo com os artigos 8º, 9º, 10º e 12º, da Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004), por vezes, ainda é também questionada e afastada pelo poder judiciário. Como se pode perceber do debate enfrentado no HC nº 158657, do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2019).

Um julgado paradigmático que não pode ficar de fora desse sucinto estudo jurisprudencial é o Recurso Extraordinário (RE) nº 1270202, do Paraná, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2020c). No caso deste RE, a parte requerente foi a FUNAI e a parte requerida o Ministério Público Federal (MPF) (BRASIL, 2020c). Trata-se de um recurso interposto contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que ratificou a sentença condenatória de primeiro grau (BRASIL, 2020c). Em síntese, refere-se a um cacique condenado por porte ilegal de armas em que, na decisão, fora desconsiderada sua especialidade indígena ante a avaliação do magistrado de que o acusado era integrado à cultura dominante e, por isso, afastada foi a aplicação do artigo 56, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973; 2020c). Do texto do acórdão se extraem os seguintes trechos:

[...]. A excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa é aplicável apenas quando comprovado, de forma irrefutável, que era impossível ao agente adotar postura diversa em razão das situações que enfrentava no momento do cometimento do ilícito.

A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio) é limitada aos indígenas em fase de aculturação. Evidenciado, nos autos, que o apelante está integrado à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade (BRASIL, 2020c).

Discordando de tal decisão, o cacique Valdir José Kokoj dos Santos, assistido pela FUNAI, interpôs o recurso extraordinário em análise alegando contrariedade ao § 2º e ao inciso LVII, do artigo 5º, bem como aos artigos 231 e 232, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988; 2020c). Sustentou também que integrava grupo étnico minoritário (indígena), que é constitucionalmente reconhecido nos termos do artigo 231, da Constituição Federal, e que o acórdão recorrido infringiu direito constitucional ao afastar a alegação do réu pelo direito ao cumprimento de eventual pena em regime especial de semiliberdade em sua Reserva Indígena de Origem (artigo 56 do Estatuto do Índio) (BRASIL, 1973; 1988; 2020c). Ainda, contestou a decisão pela inaplicabilidade da Convenção 169 da OIT, que impede que indígenas sejam recolhidos às penitenciárias comuns na intenção de resguardar a condição peculiar de indígena e sua cultura, pois conforme o artigo 9º, da Convenção, se o agente indígena pratica o fato sem consciência do caráter delituoso de sua conduta,

em razão dos valores culturais do seu povo, estas características culturais devem ser levadas em conta pelas autoridades e tribunais, quando se pronunciam sobre questões penais, o que não fora observado no julgado em tela (BRASIL, 2004; 2020c).

Por fim, a defesa também pleiteou que a pena deveria ser atenuada pela simples condição de indígena, não havendo de se condicionar a pretensão de atenuação da reprimenda ao grau de integração, pois a Constituição Federal de 1988 migrou de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção desses e enfatiza que deveria ser excluída ou reduzida a pena em razão do fato da inexigibilidade de conduta diversa, visto que em comunidade indígenas as armas encontradas são entregues ao cacique de modo que seria inexigível conduta diversa por parte dele, porque, como líder indígena, possuía a missão de velar pela segurança dentro da sua comunidade (BRASIL, 1988; 2020c). Frente a isso, o HC no STJ restou concedido a fim de evitar a execução provisória da sanção restritiva de direitos (BRASIL, 2020c).

Ao analisar, então, o caso dos autos no STF, a Ministra Cármem Lúcia decidiu, corretamente, nos seguintes termos:

Prospera a alegada contrariedade ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, pela não observância da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, norma com status supralegal e na qual se dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pela República Federativa do Brasil, aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 142/2002, promulgada pelo Decreto n. 5.051/2004, e consolidada no Decreto n. 10.088/2019, inc. LXXII do art. 2º, anexo LXXII.

Em cumprimento ao § 2º do art. 5º da Constituição da República, deve-se observar o sistema integrado de normas oriundas de convenções e tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil junto com as normas do direito interno.

A conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade é compatível com o disposto no art. 10, item 2, da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (fl. 111, vol. 5), portanto não configura contrariedade ao §2º do art. 5º da Constituição da República.

Está prejudicado o pedido de aplicação da atenuante de pena por ser indígena (caput do art. 56 da Lei n. 6.001/1973), pois a pena foi imposta ao recorrente no mínimo legal.

A imposição de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) com regime de cumprimento de pena diverso do regime especial de semiliberdade descumprido o §2º do art. 5º da Constituição da República, pois incompatível com a Convenção n. 169 da OIT, da qual a República Federativa do Brasil é parte.

Este Supremo Tribunal concluiu, em julgado paradigma, que basta a condição de indígena para a aplicação do regime especial de semiliberdade: [...] Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte (HC

n. 85.198, Relator o Ministro Eros Grau, Primeira Turma, DJ 9.12.2005). Na espécie, se houver descumprimento da atual pena restritiva de direitos imposta, o juízo da execução somente poderá definir, se for o caso, o regime especial de semiliberdade, não se acolhendo a pena de encarceramento, como previsto na Convenção n. 169 da OIT. (BRASIL, 2020c, grifo nosso).

Cumpré ainda referir neste tópico a nova Instrução Normativa nº 4, de 22 de janeiro de 2021, que buscou definir outros novos critérios específicos de heteroidentificação a serem observados pela FUNAI, sob a justificativa de aprimorar a proteção dos povos e indivíduos indígenas para execução de políticas públicas (BRASIL, 2021). O tema que envolve essa normativa da FUNAI, o plano de contingência acerca do COVID-19 e os povos indígenas desencadeou a interposição da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 709, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, que pleiteou a não homologação desse plano. Isso porque, a ideia desse plano governamental, que buscou o chamado novo critério de heteroidentificação, era desconsiderar o direito a autodeclaração indígena com o intuito maior de não vacinar os nativos em larga escala, ou seja, através desse novo critério, que seria aferido de forma objetiva (aparência física, terras demarcadas e grau de integração), seria decidido quem iria receber a imunização ou não (BRASIL, 2020b) (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2021). Tamanho é o absurdo de tal proposta que a ADPF tratou de não homologar a Instrução Normativa nº 4 nesse ponto discriminatório, pois o relator do caso pregou o critério isonômico entre os indígenas que vivem em zona urbana e os indígenas aldeados, e ainda decidiu que a União teria de:

Constituir um documento único, dividido em 3 partes (sem prejuízo dos eixos já contemplados na atual minuta), a saber: Parte 1: medidas gerais destinadas a todos os Povos Indígenas; Parte 2: medidas específicas, voltadas ao atendimento e expansão dos serviços de saúde aos Povos Indígenas situados em TIs não homologadas; e Parte 3: medidas específicas destinadas ao isolamento de invasores e à contenção de novas invasões (BRASIL, 2020b).

O Ministro Barroso ainda criticou a existência de “dados conflitantes e informações contraditórias” por parte do governo federal, e a “[...] persistente insistência da FUNAI em diferenciar entre indígenas, o que já foi vedado por este Tribunal e parece estar sendo ignorado”, determinando então a suspensão da Instrução nº 4 da FUNAI por “inconstitucionalidade e inconveniência”, e, ainda, definiu como “inaceitável a postura do governo federal de limitar as ações de combate à pandemia apenas aos povos vivendo em terras indígenas homologadas”

(BRASIL, 2020b). Também criticou a resolução por restringir a identidade indígena com base em critérios “vinculados ao território”, o que contraria a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004) e a decisão anterior do STF (BRASIL, 2020b) (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI), 2021). Por fim, ainda dispôs crucialmente que:

[...] a identidade de um grupo como povo indígena é, em primeiro lugar, uma questão sujeita ao autorreconhecimento pelos membros do próprio grupo, ela não depende da homologação do direito à terra. Ao contrário, antecede o reconhecimento de tal direito (BRASIL, 2020b).

Desse caso jurídico é possível absorver a latente tentativa de, ainda, nos dias atuais e mesmo em meio a uma pandemia mundial, rejeitar os direitos identitários dos povos nativos no Brasil. Verifica-se, assim, o negacionismo ao estado pluriétnico e ao texto da Constituição Federal de 1988, o que reforça mais uma vez a necessidade de ser trazida ao âmbito acadêmico e jurídico a discussão acerca dos direitos fundamentais dos povos indígenas em nosso país (BRASIL, 1988).

Por fim, afere-se que a grande questão aqui não é a criminalização dos indígenas, mas sim construir pontes para a concretização do texto normativo, seja no aspecto sociocultural, seja na proteção de crianças, ambos com o mesmo *status* constitucional de aplicação. Um dos paradoxos que se apresenta é este evidenciado pela *colisão* entre garantias de mesmo *status* normativo que aparentam não ser conciliáveis. Assim, a tarefa do Judiciário em construir uma decisão que observe as sutis nuances das diferentes violências perpetradas, culturais e físicas, e que reconheça todos os valores normativos envolvidos, é hercúlea. Portanto, a via mais fácil seria aquela que retrocede em direção ao texto que submetia os indígenas à tutela, tratando-os como incapazes. Por sua vez, a via mais difícil seria a que reconhecesse a diversidade cultural sem que esse reconhecimento apagasse outras garantias fundamentais, pois “[...] para os índios, também está na hora de voltar ao Estado de Direito” (CUNHA, 1987).

CONCLUSÕES

Ao que se percebe dos julgados colacionados aqui, o indígena responderá juridicamente pelo cometimento do ato considerado ilegal quando suas características subjetivas forem capazes de demonstrar que, ao tempo do ato, ele era capaz de compreender o caráter ilícito da conduta praticada. E, assim sendo,

serão então afastadas as garantias constantes no Estatuto do Índio, tendo em vista que essas são consideradas como exclusivas à proteção cultural do indígena que não é integrado à sociedade brasileira. Isso se dá pela visão ultrapassada de que só nesses casos é necessária a preservação de sua organização social, sua língua, suas crenças, seus costumes e suas tradições nativas. Nesse ponto, percebe-se que essa estruturação judicial se coaduna claramente ao modelo assimilacionista-igualitário, uma vez que a estruturação jurídico-penal macro, vigente no Brasil, observa o modelo canônico tradicional do direito penal, marcado pela indiferença quanto aos padrões normativo-culturais existentes em grupos etnoculturais diversos e minoritários.

De todo o exposto, denota-se que essa estrutura jurídica busca a absorção e integração dos grupos minoritários e diferenciados à sua ordem comum majoritária, a fim de que se alcance uma sociedade que seja culturalmente homogênea e uníssona.

De forma bem clara, observa-se que no Brasil a solução da questão indígena sob a ótica do multiculturalismo tem se dado, ano após ano, pela aplicação pontual do modelo de assimilação-igualitária. Conforme tal entendimento, para a não incidência do ordenamento macro aos nativos, exige-se deles a completa e absoluta ausência de integração ao padrão de civilização vivenciado nas zonas urbanas do país, ou seja, estando eles fora de suas aldeias, obtendo conhecimento educacional, trabalhando de forma convencional, são então vedados do exercício de sua cultura matriz, de seus hábitos tradicionais e de pensarem de acordo com a sua aldeia, abdicando, assim, de ser indígena.

De acordo com esse modelo, quando o indígena sai da tribo ou incorpora qualquer comportamento social diverso do que se espera de alguém que seja nativo, ele automaticamente perde o direito de manter suas convicções e ideais indígenas, passando a responder como um cidadão comum. Sobre essa *obrigatoriedade* de adequação, verifica-se que mesmo existindo um dever constitucional de respeito às peculiaridades intrínsecas dos povos indígenas, esse não é respeitado.

Ainda, considerando a relevância jurídica do tema no ambiente acadêmico e no meio prático da advocacia pública e privada, tem-se a pretensão de não serem esgotados aqui os debates relativos ao grande leque de situações conflitantes relacionadas aos povos indígenas na esfera nacional e internacional. Os dilemas nativos possuem inúmeros vieses de abordagem e alcançam várias linhas de

pensamento, tendo este projeto apenas partido da questão histórica, passado pelos conflitos legais com base cível, constitucional, internacional, penal, bem como por leis esparsas, até se chegar à análise de casos concretos que englobaram esse universo de assuntos delicados e ainda pouco conhecidos ou habitados pelos juristas.

A dita motivação psíquica, antes exposta, é prevaiente ao fator da consciência de ilícito, dos praticantes de atos culturais, o que justifica a necessidade de análise do seio comunitário ao qual pertence o nativo que vier a ser réu diante do ordenamento pátrio. Pois desta forma, poder-se-á constatar a dissonância axiológica entre os dois sistemas, dando-lhe segurança jurídica para que tenha acesso a um procedimento especial de julgamento que seja capaz de atender as suas particularidades frente ao ordenamento macro. Visto que é imprescindível o acompanhamento dos acusados indígenas por um antropólogo e pelo órgão indigenista competente como efetiva forma de respeito aos direitos humanos e constitucionais aos quais fazem jus.

REFERÊNCIAS

AMORIM, André Ricci de; TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. A evolução do direito internacional dos direitos dos povos tradicionais: uma análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, e12889, p. 1-25, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e12889>. Acesso em: 12 mar. 2022.

ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados: abordagem jurídico-penal do conflito multicultural no ordenamento jurídico brasileiro**. 2019a. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2019.

ANTONELLO, Anuska. Crimes culturalmente motivados e modelos de direito penal: o tratamento jurídico-penal conferido aos povos indígenas. *In*: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires (org.). **Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. 3. ed. Porto Alegre: Editora FMP, 2019b. p. 169-182.

BAINES, Stephen G. Criminalização de Indígenas no Sistema Penitenciário de Roraima, Brasil. *In*: 37º Encontro anual da associação nacional de pós-graduação e pesquisa em ciências sociais. São Paulo: Anpocs, 2013. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/papers-37-encontro/st/st28>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.088, de 05 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecacao169.pdf/view>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992a**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 4, de 22 de janeiro de 2021**. Definir novos critérios específicos de heteroidentificação que serão observados pela FUNAI, visando aprimorar a proteção dos povos e indivíduos indígenas, para execução de políticas públicas. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4-de-22-de-janeiro-de-2021-300748949>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.455, 07 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Portaria AGU nº 839, 18 de julho de 2010.** Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Normas%20da%20AGU%20pareceres.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022. p. 354-355.

BRASIL. **Resolução nº 287, de 25 de julho de 2019.** Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 40884 Paraná.** Habeas Corpus. estupro. menores indígenas. ausência de laudo antropológico e social. dúvidas quanto ao nível de integração. nulidade. Impetrante: Murillo José Digiácomo. Impetrado: Segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, 09 de maio de 2005d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500007260&dt_publicacao=09/05/2005. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 604898 Mato Grosso do Sul.** Recurso em sentido estrito, tentativa de homicídio - preliminar de nulidade afastada - mérito: pronúncia mantida pretensão de afastamento das qualificadoras do motivo fútil e feminicídio - não acolhida - recurso defensivo não provido. Impetrante: Cledisson Lopes Gonçalves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Felix Fischer, 14 de agosto de 2020a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920079820/habeas-corporus-hc-604898-ms-2020-0202326-0>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 85198 Maranhão.** Habeas Corpus. Crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. laudo antropológico. desnecessidade. atenuação da pena e regime de semiliberdade. Paciente: Aduino Viana Guajajara da Silva. Relator: Ministro Eros Grau, 11 de novembro de 2005c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762532/habeas-corporus-hc-85198-ma>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Habeas Corpus nº 158657 Rio Grande do Sul**. Índios. Delitos cuja prática foi-lhes atribuída pelo Ministério Público estadual: extorsão agravada, esbulho possessório, incêndio doloso e participação em organização criminosa. A questão da competência penal para o processo e julgamento de crimes praticados por indígenas ou contra eles cometidos. Inexistência, no caso, de correlação entre os delitos atribuídos aos pacientes e qualquer disputa ou conflito em torno de direitos indígenas (CF, art. 109, inciso XI) [...]. Recorrente: Caroline Dias Hilgert e outro(a/s). Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Melo, 18 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631877925/habeas-corpus-hc-158657-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário nº 1270202 Paraná**. Decisão recurso extraordinário. Penal. Processo penal. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Crime praticado por indígena. Inobservância da convenção 169 da organização internacional do trabalho: afronta ao §2º do art. 5º da constituição da república. Direito ao regime especial de semiliberdade. Precedente [...]. Recorrente: Valdir José Kokoj dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 29 de julho de 2020c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1154698943/recurso-extraordinario-re-1270202-pr-5002805-4020164047012/inteiro-teor-1154698948>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 Distrito Federal**. Direito constitucional e sanitário. plano geral de enfrentamento e monitoramento da covid-19 para povos indígenas. não homologação. Requerente: APIB e outros. Requerido: AGU. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 21 de outubro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Habeas Corpus n. 0032144-66.2017.4.01.0000 Rondônia**. Processo penal. Habeas corpus. Artigos 2º da lei 8.176/1991, 55 da lei 9.605/1998 e 2º da lei 12.850/2013. Garimpo em terras indígenas. Paciente silvícola [...]. Impetrante: Maurício Amorim Dourado e outros. Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara da Subsecao Judiciaria de Ji-Paraná - RO. Relator: Desembargador Federal Ney Bello, 16 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00321446620174010000&pA=&pN=321446620174010000>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **STF suspende resolução da Funai que restringia autodeclaração indígena**. Brasília, DF: CIMI, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/03/stf-suspende-resolucao-funai-restringia-autodeclaracao-indigena/#:~:text=O%20ministro%20Roberto%20Barroso%2C%20do,de%20identidade%20dos%20povos%20ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 12 mar. 2022.
CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil**: mito, história, etnicidade. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Direito Penal e povos autóctones no Brasil: ordem normativo dos e para os índios.** v. 85. Juris Plenum, 2019.

HURTADO POZO, José Hurtado. **Responsabilidad penal, derechos humanos y diferencias culturales.** In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO, Julio (org.). La administración de justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: ed. Universidad, 2001.

MARTINS, Charles Emil Machado. A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p. 35-84, jan. 2017/abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/156/23>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. O índio como sujeito de proteção jurídica específica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-27/indio-sujeito-protecao-juridica-especifica#_ftn3. Acesso em: 12 mar. 2022.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O estado pluriétnico.** [S. l.: s. n., 2021?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83433/PEREIRA_DM_DB_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 70062972922.** Apelação crime. tortura. direitos indígenas. delito decorrente de desrespeito a uma norma da tribo na qual se inserem réus e vítima. envolvimento de costumes e tradições indígenas. relativização da súmula 140 do stj. competência da Justiça Federal. Apelantes: Ministério Público. Apelados: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Desembargador-Relator: Luiz Mello Guimarães, 21 de agosto de 2014b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Sentença criminal nº 021/2.10.0012312-9.** [...] tem fundamento constitucional e é reforçado pelo Estatuto do Índio, na medida em que se tolera a aplicação de sanções penais ou disciplinares contra os membros da tribo, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida, ainda, a pena de morte [...]. Autor: Ministério Público. Réus: Dorvalino Kogja Joaquim, Maurilio Joaquim e Jose Beto da Silva. Julgador: Orlando Faccini Neto, 21 de agosto de 2014a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 12 mar. 2022.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direito indígena, direito coletivo e multiculturalismo.** [S. l.: s. n., 2021?]. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83425/SILVA_PTG_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 mar. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VIANA, Tainá; BECKHAUSEN, Marcelo. Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* (org.). **Direitos fundamentais em processo**: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: ESMPU, 2020. p. 706-721. *E-book*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em: 12 mar. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

O INSTITUTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS E SEUS USOS CONTEMPORÂNEOS

THE INSTITUTE OF FEDERAL INTERVENTION IN BRAZILIAN REPUBLICAN CONSTITUTIONS AND THEIR CONTEMPORARY USES

Rafael Ademir Oliveira de Andrade¹

Hélcio Passos²

Recebido/Received: 16.05.2022/May 16th, 2022

Aprovado/Approved: 28.05.2022/May 28th, 2022

RESUMO: Com o objetivo de fazer uma análise da evolução histórica do instituto da intervenção federal nos estados brasileiros, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se identificar quais as principais implicações político-administrativas desse instituto constitucional, em cada uma das cartas republicanas brasileiras. Há consenso entre doutrinadores do Direito, como Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Michel Temer, Paulo Branco e Ricardo Lewandowski, que a manutenção de um equilíbrio estrutural no estado democrático de direito demanda um contínuo esforço de articulações político-administrativas. Nessa tarefa, o Direito Constitucional apresenta-se como uma técnica extremamente útil para a "pactuação" de mecanismos de controle do poder, especialmente entre os entes da Federação. Dentro do âmbito constitucional, a intervenção federal nos entes federados se apresenta como uma dessas ferramentas, objetivando a preservação da União. Com isso, o ponto central deste artigo está nas análises teórico-históricas do instituto da intervenção federal, inserido em todas as constituições republicanas brasileiras. Diante da reiteradas utilizações desse instituto constitucional e de históricas extrapolações do seu alcance legal, sempre em contextos de instabilidade institucional, conclui-se que se trata de uma ferramenta válida, que tem alcance limitado e que deve ser utilizada, inegavelmente, sempre em *ultima ratio*.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; direito constitucional; história constitucional; intervenção federal.

ABSTRACT: In this article, we sought to identify the main political-administrative implications, in each of the Brazilian republican letters, of the institute of federal intervention in Brazilian states, with the objective of making, through bibliographic and documentary research, an analysis of the evolution history of this constitutional institute. There is a consensus among legal scholars, such as Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Michel Temer, Paulo Branco and Ricardo

¹ Sociólogo, Mestre em Educação e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia. Professor no Centro Universitário São Lucas de Porto Velho. Endereço eletrônico: profrafaelsocio@gmail.com

² Especialista em Direito Empresarial (2022) e em Contratos (2021), pela Faculdade Metropolitana, e Cientista Social (2016), pela Universidade Federal de Rondônia. Graduando em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. Endereço eletrônico: helciopassos@hotmail.com

Lewandowski, that the maintenance of a structural balance in the democratic state of law demands a continuous effort of political-administrative articulations. In this task, Constitutional Law presents itself as an extremely useful technique for the "agreement" of power control mechanisms, especially among the entities of the Federation. Within the constitutional scope, federal intervention in federated entities is presented as one of these tools, aiming at the preservation of the Union. With that, the central point of this article is in the theoretical-historical analyzes of the institute of the federal intervention, inserted in all the Brazilian republican constitutions. Faced with the repeated uses of this constitutional institute and historical extrapolations of its legal scope, always in contexts of institutional instability, it is concluded that it is a valid tool, which has limited scope and must be used, undeniably, always in *ultima ratio*.

KEYWORDS: Democracy; Constitutional law; Constitutional history; federal intervention.

INTRODUÇÃO

Uma rápida análise da evolução histórica do instituto da intervenção federal nos estados brasileiros pode revelar-se produtiva a medida em que se aproxima no núcleo duro da democracia federativa.

No Brasil, assim como em qualquer Estado que seja adjetivado como uma Federação, o equilíbrio de forças repousa sempre sobre um delicado sistema político-legal, que rege as relações entre os entes federados. Visando a manutenção desse equilíbrio, o Direito Constitucional sempre buscou colaborar para o desenvolvimento de mecanismos de controle do poder, tanto com as regras de competência que regem o cotidiano republicano, quanto com a *ultima ratio* do sistema de controle político-administrativo, que é a intervenção do governo federal nos entes federados, objetivando a preservação da União (LEWANDOWSKI, 2018).

Assim, para a análise da evolução histórica do instituto da intervenção federal inscrito em cada uma das versões das constituições republicanas brasileiras, uma questão chave norteou a pesquisa: quais as principais implicações político-administrativas do instituto da intervenção federal em cada uma das constituições republicanas brasileiras?

Sabe-se que o instituto da intervenção está presente em todas as constituições federais brasileiras. A primeira Carta da República, de 1891, já trazia o instituto da intervenção, ainda que de forma relativamente "simplista", em seu artigo 6º, que será retomado mais adiante.

Foi sob a égide desse dispositivo legal que foram promovidas diversas ações de intervenção federal, ainda na primeira República, como, por exemplo: no Estado do Mato Grosso, em 1916 (ou 1917, dependendo da fonte); no Estado do Amazonas, em 1919; no Estado da Bahia, em 1920; no Estado do Espírito Santo, também em 1920; e no Estado do Rio de Janeiro, em 1923.

Com essas experiências históricas, trinta e cinco anos após a promulgação da primeira Constituição da República Federativa do Brasil, de 1891, tal instituto recebeu sua primeira emenda, aliás, fez parte da primeira emenda promovida na Carta Magna, sancionada em 1926.

Cada uma das mudanças promovidas nesse importante dispositivo constitucional, bem como cada uma das ocorrências de intervenção federal em um Estado justificaria o desenvolvimento de uma pesquisa. Em particular as duas intervenções recentes, nos estados do Rio de Janeiro e de Roraima, ambas promovidas em 2018, nessa ordem, sendo os únicos episódios de intervenção federal desde o processo de redemocratização, sob o amparo da CFRB/1988. No entanto, no desenvolvimento desta pesquisa o foco de análise recaiu sobre a evolução histórica do próprio instituto da intervenção federal, observando sua estrutura e as possíveis implicações político-administrativas que dele decorreram.

Em termos metodológicos, vale ressaltar que analisar a evolução histórica de um dispositivo constitucional não deixa de ser uma abordagem de um fenômeno social. Entendendo o instituto da intervenção federal como um produto resultante de disputas sócio-políticas, para compreender sua evolução foi necessário considerar as variáveis capazes de apoiar, teórica e metodologicamente, o próprio exercício de interpretação de sua complexidade (SILVEIRA, 1999).

Porém, nesse exercício de tentar captar os nuances das visões de mundo impressas, literalmente, em documentos legais, aflorou o risco de influenciar-se pela noção de controle sobre a sociedade, tão comum na ciência moderna, em particular a ocidental, talvez porque muitas das convenções sociais se afirmam em pares opostos: material e imaterial, corpo e mente, corpo e espírito, científico e não-científico, cultural e natural, justificando, com isso, a textura científica de determinadas disciplinas (SUASSUNA, 2005).

Essa oposição dual poderia influenciar negativamente a concepção do que vem a ser natural, como já alertou Bruno Latour (1994). Mesmo que o “campo” deste projeto de pesquisa apresente-se como uma realidade latente já impressa, em forma

de textos constitucionais, ao tomar diante dos olhos tais dispositivos, como pesquisador, vivenciou-se o risco de dimensionar as percepções a partir do próprio modelo de sociedade, em muito pautado por mecanismos complexos e conflituosos, embasado em relações de causa e efeito, ou mesmo causas estruturais, correspondentes aos fatores históricos e estruturais que são próprios do pesquisador e não necessariamente do objeto de estudo (HABERMAS, 1999).

1 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Sendo este um artigo de revisão, fundamental para a compreensão de um aspecto central da evolução ou modificação histórica do Direito e do instituto da intervenção federal em suas histórias e usos contemporâneos, classificamos a pesquisa enquanto sua natureza de forma qualitativa e em seus objetivos é de característica descritiva.

Quanto aos elementos procedimentais, foi realizada uma revisão sistemática associativa, quando os autores percorrem uma linha de textos e hipertextos que se aproximam pelo eixo temático, formando um traçado argumentativo em torno do objeto. Desta forma, documentos foram associados, nosso critério de inclusão, a partir da presença do instituto constitucional da Intervenção Federal nas Cartas Magnas do Brasil em seu passado recente e contemporaneidade.

2 O INSTITUTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

Analisar quaisquer dos institutos constitucionais que organizam o Estado Federal é debruçar-se sobre um território marcado por disputas de poder. Não é apressada a percepção de que, por um lado, podem ser identificadas forças centrípetas, que confluem na direção de fortalecimento dos vínculos associativos, difundindo a vontade do todo sobre as partes; contudo, por outro lado, em sentido oposto, interesses particulares emanam de disputas regionais, próprias de cada entidade federada, opondo-se à vontade coletiva.

Sendo justamente a principal característica do federalismo a autonomia constitucional de cada um dos Estados-membro, percebe-se, assim, que coexistem diferentes ordens governamentais autônomas que, em conjunto e em busca de coesão, compõem o poder soberano do Estado Federal. Nesse cenário, cada

Estado-membro é dotado de organização política própria, derivando a ordem jurídica em duas vertentes básicas: um poder central, representado pela União, e os poderes autônomos parciais, delineados pelos Estados-membro (ARAÚJO; SERRANO, 2015).

A partir dessa premissa fundamental de que a federação tem em sua essência a autonomia de seus Estados-membro, toda e qualquer espécie de interposição de ação interventiva do poder central deve sempre ser limitada, com o intuito precípua de preservar a União, sempre em hipóteses previamente definidas, e ainda por um tempo delimitado (SARLET, 2018).

A intervenção constitui-se por uma invasão da esfera de competências. A tarefa de preservação desse complexo e delicado equilíbrio das tensões entre as competências, Lewandowski (2018) leciona que, para a técnica constitucional, a intervenção federal do poder central nos entes federados objetivando a preservação da união deve ser vista sempre como a *ultima ratio*.

Sendo uma exceção, com o intuito de manter a democracia e os direitos fundamentais, a intervenção como uma atividade estatal constante na Carta Magna, seja de modo preventivo ou repressivo, não ataca a democracia, ao contrário, como observa o professor José Joaquim G. Canotilho: “o regime das situações de exceção não significa suspensão da constituição (exceção da constituição), mas sim um regime extraordinário incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 1146).

A intervenção federal já foi objeto de diferentes perspectivas da sua natureza jurídica, como por exemplo: Max Fleischmann (1911), entendendo tratar-se de uma medida de polícia, Edgar Leoning (1911), classificando-a como uma medida de segurança, intervenção federal por Albert Haenel (1923), definindo-a como um ato de administrativo, e Pinto Ferreira (1994), afirmando tratar-se de uma medida de natureza político-jurídica.

No Estado republicano é imprescindível o estabelecimento de mecanismos administrativos, desde os mais simples até os mais complexos, como sistemas regulatórios estatais, onde se encontra a intervenção.

Muito embora esta seja refreada por prerrogativas legais, devendo sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário e ao controle político pelo Poder Legislativo, para o efetivo controle do ato administrativo da intervenção faz-se

necessário estabelecer de material e objetivamente quais são e como devem funcionar os atos administrativos voltado a concretizar os valores constitucionais.

A intervenção federal tem um caráter essencialmente político, como um ato de ampla discricionariedade por parte do governo federal. Para José Afonso da Silva (2001):

A intervenção é o ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta. Constitui o *punctum dolens* do Estado Federal, onde se entrecruzam as tendências unilateralistas e as tendências desagregantes (SILVA, 2001, p. 85).

No desenvolvimento desta pesquisa, sobre essas perspectivas políticas e os aspectos históricos, dentre as principais contribuições teóricas que nortearam a investigação sobre o tema, destacaram-se os escritos da professora Laila Maia Galvão (2013), que integra o “Grupo de Pesquisa Percursos, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” da Universidade de Brasília (UnB), em particular suas pesquisas centradas no período da primeira República.

O ponto central das análises teórico-históricas, o instituto da intervenção federal, está circunscrito pelas próprias constituições republicanas brasileiras, quais sejam: de 1891 (Primeira República), de 1934 (Segunda República), de 1937 (Estado Novo), de 1946 (República Populista), de 1967 (Ditadura Militar) e de 1988 (Carta Cidadã).

2.1 Na Primeira República (1891)

A primeira Carta da República instituiu, em seu art. 6º, o dispositivo da intervenção federal, aqui transcrito em sua redação original:

Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º) para manter a forma republicana federativa; 3º) para restabelecer a ordem e a tranqüilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

Logo de início, percebe-se que a ordem é negativa, ou seja, o legislador presou pela autonomia dos entes federados, estipulando a intervenção como uma exceção, sendo a não interferência direta uma regra geral.

Os casos particulares em que essa regra magna de não intervenção pudesse ser superada estavam elencados num rol taxativo que presava a integridade do todo pela parte. Ou seja, qualquer ameaça externa, vinda de outro país, deveria ser considerada um ataque à própria hegemonia nacional. O mesmo estava

estabelecido no caso de embates internos, em que a integridade do todo estivesse ameaçada pela ruptura entre as partes, cada um dos entes federados, buscando, sempre, “manter a forma republicana federativa”.

Das quatro hipóteses suscitadas para a aplicação dessa excepcionalidade, a mais aberta delas é a inscrita no inciso terceiro: “para restabelecer a ordem e a tranqüilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos”. Observa-se, contudo, que essa condição mais genérica tem como freio o “pedido de socorro”, que deveria partir, necessariamente, do próprio ente federado, preservando, até o último momento, sua autonomia administrativa.

Mesmo sem uma regulamentação que fosse capaz de delinear a forma como esse relevante instituto pudesse ser aplicado, o Governo Federal da Primeira República lançou mão desse dispositivo constitucional por diversas ocasiões, como já foi dito na parte introdutória deste texto.

Não havia, por exemplo, a definição da existência da figura de um interventor. Tal função não estava prevista constitucionalmente, induzindo uma leitura extensiva do texto constitucional, pois, conforme observa Aurelino Leal (1925), esta prerrogativa estaria apenas implícita: “direito excepcional do governo federal de nomear interventores seria um poder implícito e uma consequência dos fatos” (LEAL, 1925, p. 90). Leal defende que, em casos extremos, quando não havia governo no Estado ou quando havia grande subversão da forma republicana federativa, a implicação lógica da intervenção da União seria a de nomear um interventor:

Da opinião dos nossos homens públicos também se pode concluir que não repugna nosso direito constitucional a entidade excepcional do interventor. O Sr. Rodrigues Alves assim o pensou. O Congresso Jurídico Brasileiro e o Instituto dos Advogados votaram nesse sentido. Os Srs. Pedro Moacyr e Irineu Machado apresentaram um projeto em que nomeavam interventores (LEAL, 1925, p. 92).

Considerando o papel do próprio direito constitucional na Primeira República, que praticamente desconhecia qualquer noção de centralidade jurídica, ou mesmo a constitucionalização de outras áreas do direito, como o direito civil e processual, nesse período histórico o que havia era uma predominância do direito privado, particularmente o direito civil, sobre os demais diplomas legais, restando à Constituição a regulação das relações políticas e a organização do Estado, de modo geral.

Nesse sentido, traz-se aqui um excerto de Christian Lynch (2012), que discute a possibilidade do instituto da intervenção federal representar um dos mecanismos de solução de conflitos constitucionais da Primeira República. Ele argumenta que:

A fim de garantir a estabilidade institucional, os teóricos liberais pensaram institutos para garantir a ordem liberal contra situações excepcionais, devendo ser acionados em diferentes circunstâncias. Destacar-se- iam três: o estado de exceção, o poder neutro (ou moderador) e o controle jurisdicional da constitucionalidade. O primeiro poderia ser subdividido em espécies como o estado de guerra, o estado de sitio, o estado de emergência, o estado de defesa e, nas federações, a intervenção federal [...] deve-se perguntar, portanto, quais foram os mecanismos institucionais que durante a Primeira República permitiram ao regime resolver as diversas situações de crise entre governo e a oposição, num plano, e União Federal e Estados. Se, por um lado, não mais existia o poder moderador, destinado a alternar as facções e garantir o pluralismo político pelo alto, de outro, também ainda não haviam sido criados meios de garantir eleições honestas, capazes de garantir o pluralismo por baixo, fazendo da competição política um meio idôneo para desalojar situações e alçar as oposições ao poder. Resgatando a tríade de mecanismos garantidores da estabilidade constitucional, acima referida, entendo que, na ausência de um poder moderador, destinado a resolver as crises estritamente políticas, e na medida que, na maior parte do período, a jurisdição constitucional exerceu um papel secundário na resolução daquelas crises (seja por impotência, auto-restrição ou timidez), foram os mecanismos do estado de exceção, nas suas modalidades de estado de sitio e intervenção federal, que forneceram os instrumentos de estabilização do regime oligárquico (LYNCH, 2012, p. 152).

Desde as acirradas e armadas disputas políticas vivenciadas no Estado do Mato Grosso, num período histórico em que as oligarquias envolveram o Estado em movimentos armados nas suas disputas pelo poder, levando o Governo Federal a decretar intervenção federal em 1917 (MENDONÇA, 1974), passando pelas diversas crises políticas vivenciadas no Estado do Rio de Janeiro, diretamente vinculadas à disputa política em âmbito nacional (GALVÃO, 2013), resultando na publicação do decreto de intervenção, em 10 de janeiro de 1922, muitas foram as experiências intervencionistas da Primeira República.

Com a reforma constitucional de 1926 passou-se a regular os casos e as condições em que se podia efetivar a intervenção federal nos Estados. Essa reforma procurou remediar abusos que eram praticados pela União nesta matéria. O texto constitucional passou a vigor com a seguinte redação:

Substitua-se o art. 6º da Constituição pelo seguinte:

Art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo:

I - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes:

a) a forma republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos Poderes; e) a temporariedade das funções electivas e a responsabilidade dos

funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretal-a;

III - para garantir o livre exercicio de qualquer dos poderes públicos estaduais, por solicitação de seus legítimos representantes, e para, independente de solicitação, respeitada a existencia dos mesmos, pôr termo á guerra civil;

IV - para assegurar a execução das leis e sentenças federaes e reorganizar as finanças do Estado, cuja incapacidade para a vida autonoma se demonstrar pela cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dous annos.

§ 1º Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para assegurar o respeito aos principios constitucionaes da União (nº II); para decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (nº III), e para reorganizar as finanças do Estado insolvente (nº IV)

§ 2º Compete, privativamente, ao Presidente da República intervir nos Estados, quando o Congresso decretar a intervenção (§1º); quando o Supremo Tribunal a requisitar (§ 3º); quando qualquer dos Poderes Publicos estadoaes a solicitar (nº III); e, independentemente de provocação, nos demais casos comprehendidos neste artigo.

§ 3º Compete, privativamente, ao Supremo Tribunal Federal requisitar do Poder Executivo a intervenção nos Estados, a fim de assegurar a execução das sentenças federais (nº IV).

Lewandowski (2018) ressalta os dramáticos acontecimentos políticos do movimento armado de 1932 de São Paulo e as profundas mudanças socioeconômicas que decorram do ataque as ainda frágeis estruturas democráticas e as franquias da democracia que ainda se formavam sobre a égide da Carga Magna de 1891. Por exemplo, cita que de “1930 até 1934, data do advento da nova Constituição, os Estados foram governados por interventores do Governo Federal” (LEWANDOWSKI, 2018, p. 29-30).

2.2 Na Segunda República (1934)

A Constituição Republicana de 1934 ampliou o rol para se decretar a intervenção, discriminando os órgãos participantes para a concreção do instituto e estabelecendo a figura do interventor.

Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: I - para manter a integridade nacional; II - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; III - para pôr termo à guerra civil; IV - para garantir o livre exercicio de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; V - para assegurar a observância dos principios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, no I, e a execução das leis federais; VI - para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada; VII - para a execução de ordens e decisões dos Juizes e Tribunais

federais. (...)§ 6º - Compete ao Presidente da República: a) executar a intervenção decretada por lei federal ou requisitada pelo Poder Judiciário, facultando ao Interventor designado todos os meios de ação que se façam necessários; b) decretar a intervenção: para assegurar a execução das leis federais; nos casos dos nos I e II; no do no III, com prévia autorização do Senado Federal; no do no IV, por solicitação dos Poderes Legislativo ou Executivo locais, submetendo em todas as hipóteses o seu ato à aprovação imediata do Poder Legislativo, para o que logo o convocará (CRFB, 1934).

A ação direta interventiva existente no Brasil, enquanto hipótese de controle concentrado, surgiu com a Constituição de 1934. Na Constituição de 1937 foi suprimida e posteriormente prevista pela Constituição de 1946, e pela Carta de 1967-69, que lhes deram o mesmo perfil que conserva até hoje.

2.3 No Estado Novo (1937)

Em 1937, no período histórico conhecido como “Estado Novo”, sob o fulcro da ditadura getulista, o Brasil revive uma centralização da própria estrutura estatal, constituindo-se num “unitarismo” que simulava o espectro democrático da unidade federativa, estabelecendo na Carta outorgada em 1937, no seu art. 3º, que se tratava de uma República Federativa, na prática, toda manifestação política era fortemente reprimida pelo Governo central. Lewandowski (2018) chega a falar em um total eclipse do federalismo brasileiro nesse período. O texto constitucional assegurava, no art. 9º, que:

O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República: a) para impedir invasão iminente de um país estrangeiro no território nacional, ou de um Estado em outro, bem como para repelir uma ou outra invasão; b) para restabelecer a ordem gravemente alterada, nos casos em que o Estado não queira ou não possa fazê-lo; c) para administrar o Estado, quando, por qualquer motivo, um dos seus Poderes estiver impedido de funcionar; d) para reorganizar as finanças do Estado que suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço de sua dívida fundada, ou que, passado um ano do vencimento, não houver resgatado empréstimo contraído com a União; e) para assegurar a execução dos seguintes princípios constitucionais - 1) forma republicana e representativa de governo - 2) governo presidencial - 3) direitos e garantias assegurados na Constituição; f) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

Parágrafo único - A competência para decretar a intervenção será do Presidente da República, nos casos, das letras *a*, *b* e *c*; da Câmara dos Deputados, no caso das letras *d* e *e*; do Presidente da República, mediante requisição do supremo Tribunal Federal, no caso da letra *f*.

Destaca-se que, nesse rol, um dos itens mais “abertos” desse dispositivo constitucional, que é a alínea *b*, a qual estabelecia a intervenção federal como um

remédio para “restabelecer a ordem gravemente alterada, nos casos em que o Estado não queira ou não possa fazê-lo”, tal poder estava circunscrito, exclusivamente, à discricionariedade do Presidente da República.

2.4 Na República Populista (1946)

Após o fim da Segunda Guerra, difundiu-se em escala planetária uma nova ordem democrática Lewandowski (2018). Nessa mesma direção, a nova Carta Magna brasileira, promulgada em 1946, restaura o espírito federativo e reequilibra a distribuição de força entre os poderes da República. Com isso, estabeleceu-se uma normalidade institucional e o dispositivo da intervenção federal foi abandonado por praticamente duas décadas seguidas. A exceção foi a intervenção em Alagoas, decretada em 1957, sob a égide do Poder Judiciário que, por sessenta dias, assegurou “o livre exercício da Assembleia Legislativa”, não intervindo no “exercício dos poderes dos órgãos judiciários e nem do Governador do Estado, o qual deverá, entretanto, prestar ao interventor a colaboração de que necessitar para o desempenho de sua missão” (Decreto 42.266, de 14 de setembro de 1957).

Do texto dessa Carta Magna relativo à intervenção federal, destaca-se a necessidade de submissão do decreto presidencial ao Congresso:

Art. 10 - A não ser nos casos de requisição do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral, o Presidente da República decretará a intervenção e submetê-la-á, sem prejuízo da sua imediata execução, à aprovação do Congresso Nacional, que, se não estiver funcionando, será convocado extraordinariamente para esse fim.

O art. 11 estabelecia a necessidade da lei ou do decreto de intervenção fixar a amplitude, a duração e as condições em que essa medida deveria ser executada.

Quando a motivação para a decretação estivesse relacionada às questões financeiras e aos princípios republicanos, o parágrafo único do art. 8º instituía que o ato arguido de inconstitucionalidade deveria ser “submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”.

Ressalta-se que, até a promulgação da Constituição de 1946, existia previsão legal apenas para a intervenção federal nos Estados. São os Textos Constitucionais de 1946 (arts. 7º e 23), de 1967 (art. 10 e 16, § 3º) e a Emenda Constitucional nº 01

de 1969 (art. 10 e 15, § 3º) que consagraram além da intervenção federal nos Estados, como também destes em seus municípios.

2.5 Na Ditadura Militar (1967)

Não resta dúvida de que a partir de 1964, durante o estabelecimento da Ditadura Militar houve uma crescente centralização do poder na União, que passou a assumir competências dos entes federados, “os quais viram reduzidos, de forma drástica, os seus poderes *residuais*” (LEWANDOWSKI, 2018, p. 32).

Na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969 o instituto da intervenção foi instituído nos arts. 10 a 12, não sendo impressas mudanças significativas em relação à Carta Magna anterior. Contudo, ainda que tal Constituição teve como um apanágio a forma federativa de Estado, na prática, nesse período o Brasil conviveu somente com uma “Federação de fachada” (MOTA; SPITZCOVSKY, 2009, p. 292).

O primeiro documento jurídico elaborado após o Golpe Militar de 1964 foi o Ato Institucional n. 1, que não fez qualquer menção a respeito do instituto da intervenção federal. No entanto, logo em seguida, o Governo Federal baixou o Ato Institucional n. 2, o qual ampliou significativamente os poderes do Presidente nessa matéria, com imediata e considerável redução da autonomia dos entes federados, conforme instituía o art. 17 do referido diploma:

Art. 17 - Além dos casos previstos na Constituição federal, o Presidente da República poderá decretar e fazer cumprir a intervenção federal nos Estados, por prazo determinado:

I - para assegurar a execução da lei federal;

II - para prevenir ou reprimir a subversão da ordem.

Parágrafo único - A intervenção decretada nos termos deste artigo será, sem prejuízo da sua execução, submetida à aprovação do Congresso Nacional (Ato Institucional Nº 2, de 27 de outubro de 1965).

O uso de expressões tão “abertas” como “reprimir a subversão da ordem” dava o espaço necessário para as ações intervencionistas sob os mais diversos pretextos.

2.6 Na Carta Cidadã (1988)

Após a redemocratização, com a promulgação da Carta Cidadã, em 05 de outubro de 1988, o instituto da intervenção federal ficou “adormecido” por um longo período, o maior dentro da história republicana brasileira. Por mais de vinte e sete

anos o dispositivo constitucional não foi utilizado por duas ocasiões no governo de Michel Temer.

Por meio do Decreto no 9.602, de 08 de dezembro de 2018, a União decretou intervenção federal no Estado de Roraima, com base no artigo 34, inciso III, da Carta Magna de 1988, cujo objetivo alegado era o de resguardar a ordem pública. Com isso, esta tornou-se a primeira intervenção federal, de nível geral, após o processo de redemocratização do Brasil.

No entanto, essa ação interventora foi “ofuscada” pela intervenção federal parcial no Estado do Rio de Janeiro, em 16 de fevereiro de 2018, quando o Senado Federal aprovou o Decreto No. 9.288, assinado pelo presidente Michel Temer que, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, *caput*, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deliberou que tal intervenção seria realizada até 31 de dezembro de 2018 e se limitava à área da segurança pública, a qual saía da esfera estadual para a federal, com comando militar até a data prevista.

Foi nomeado como interventor, o General do Exército Walter Braga Netto, que estaria diretamente subordinado ao Presidente da República, não se sujeitando às normas estaduais que conflitassem com as medidas necessárias à execução da intervenção.

Com a intervenção, o secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, Roberto Sá, entregou o cargo (ROSSI, 2018). O General Braga Netto poderia requisitar, caso entendesse ser necessário, recursos de toda ordem, financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado, caso julgasse ser necessários à consecução do objetivo da intervenção

Ao interventor também foi dada a discricionariedade para requisitar, a quaisquer órgãos civis e militares federais, os meios necessários para a realização desse objetivo (BRASIL, 2018).

Com a determinação da intervenção surgiram diversos questionamentos a respeito da constitucionalidade da iniciativa e das suas motivações, considerando, inclusive o trancamento da pauta de reformas no Congresso, por ser vedada a aprovação de Projetos Emendas Constitucionais durante o período de ocorrência da intervenção federal, conforme artigo 61, parágrafo 1º, da Carta da República de 1988.

Vale ressaltar que o próprio Michel Temer lecionou a respeito do instituto da intervenção federal. Segundo Michel Temer (2003), a regra constitucional é a da não

intervenção, o que realça a autonomia dos entes federados. O mesmo autor enfatiza o fato de que não é permitido à União intervir nos assuntos próprios da administração dos Estados-membros, pois estes não se colocam em posição inferior a ela, tratando-se de pessoas jurídicas em pé de igualdade, com responsabilidades concorrentes e exclusivas. Assim, Temer preceitua que: “na verdade, quando a União intervém em dado Estado, todos os Estados estão intervindo conjuntamente; a União age, no caso, em nome da Federação” (TEMER, 2003, p. 79).

Nesse mesmo sentido e enfatizando a taxatividade do rol de situações que ensejam a aplicação desse instituto, salienta o Ministro Celso de Mello:

que o tratamento restritivo, constitucionalmente dispensado ao mecanismo da intervenção federal impõe que não se ampliem as hipóteses de sua incidência, cabendo ao intérprete identificar, no rol exaustivo do art. 34 da Carta Política, os casos únicos que legitimam, em nosso sistema jurídico, a decretação da intervenção federal nos Estados-membros” (STF - Intervenção Federal nº 591-9/BA - Rel. Ministro-Presidente Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 16 set. 1998, p. 42).

Também pugna pela leitura restritiva do rol taxativo desse instituto o constitucionalista Alexandre de Moraes:

A intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (MORAES, 2013, p. 237).

Reafirmando a natureza de *ultima ratio* desse instituto, Gilmar Mendes e Paulo Branco ressaltam a necessidade de buscar apelar a litigância entre entes federados no âmbito apropriado, que é o judiciário:

Uma vez que não há o direito de secessão na formula federativa, os conflitos que venham a existir entre os Estados-membros ou entre qualquer deles com a União necessitam ser resolvidos para a manutenção da paz e da integridade do Estado como um todo. Assumindo feição jurídica, o conflito será levado ao deslinde de uma corte nacional, prevista na Constituição, com competência para isso. Falhando a solução judiciária ou não sendo o conflito de ordem jurídica meramente, o Estado Federal dispõe do instituto da intervenção federal, para se autopreservar da desagregação, bem como para proteger a autoridade da Constituição Federal (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1120).

A própria autoridade da Constituição Federal de que falam Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012), bem como as recentes ações interventoras da União, poderiam ser analisadas sob diferentes perspectivas, avaliando sua efetividade e as consequências mais imediatas de sua adoção, mas tais abordagens extrapolam o escopo dessa pesquisa e merecem um recorte específico e mais detalhado, em outro momento.

CONCLUSÕES

No Brasil e em qualquer federação republicana que preze pelo estabelecimento de um estado democrático de direito, a autonomia dos entes que compõem a unidade federativa e o equilíbrio de forças deve ser amparada por um legítimo sistema político-legal, que preze pela preservação da unidade e pelo estabelecimento de relações fortes entre os entes que a integram.

Como a *ultima ratio* do sistema de controle político-administrativo, o instituto de intervenção federal deve sempre objetivar a preservação da unidade, primando pela manutenção desse equilíbrio que rege o cotidiano republicano. Contudo, a busca pelo equilíbrio não deve ignorar o fato de que constantes embates são travados no interior dessa unidade. Friccionados por interesses diversos, os poderes constituídos devem procurar promover a pacificação, preservando as instituições que lhes dão sustentação.

Ricardo Lewandowski consubstancia o intuito maior desse dispositivo, ao afirmar que: “a intervenção constitui, pois, uma invasão da esfera de competências reservada às unidades federadas, em caráter temporário e excepcional, para assegurar o grau de unidade de uniformidade indispensável à sobrevivência da Federação” (LEWANDOWSKI, 2018, p. 34).

Presente em todas as constituições republicanas brasileiras, o instituto da intervenção federal busca resguardar o interesse coletivo por meio dos princípios republicanos de governo.

A pesquisa revelou que, ainda que válida, não se trata de uma ferramenta legal capaz de solucionar as muitas crises institucionais. Afinal, como se viu, na Primeira República, nem mesmo a Carta Magna de 1891 tinha o condão de promover uma centralidade jurídica, como a atual Carta Cidadã evoca com tanta propriedade. Ou então, nos períodos ditatoriais, não foi capaz de suprimir a sanha interventora daqueles que ocupavam a posição de comendo no poder Central.

Com a análise da evolução histórica desse instituto ficou evidente que a própria estabilidade democrática da República, em decorrência da construção de um pacto federativo, passa por processos de consolidação. A centralidade e a força da Carta Política constroem-se no tempo e no espaço, por meio de embates entre as forças dominantes no cenário sociocultural e político-econômico de cada época.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

BRASIL (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

BRASIL (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (16 de Julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

BRASIL (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (10 de Novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

BRASIL (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (18 de Setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

BRASIL (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

GALVÃO, Laila Maia. **História constitucional brasileira: um estudo da intervenção federal no Rio de Janeiro em 1923**. Florianópolis: Seelaender, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103496>>. Acesso em: 02 set 2020.

LEAL, Aurelino. **Theoria e prática da Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia. Editores, 1925.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre a jurisdição constitucional e o estado de sítio: o fantasma do poder moderador no debate político da Primeira República. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 6, n. 23, p. 601-653, jul./set. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Rubens. **História do Poder Legislativo de Mato Grosso**. Vol.1. 2.ed. Cuiabá: Assembleia Legislativa, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de direito constitucional. *In: LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático*. 13.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292.

SANTOS, Milton (et. Al.). **Território, territórios**: ensaios sobre ordenamentos territorial. 3.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do Estado e da Repartição de Competências. *In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz G Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVEIRA, Maria L. Uma situação geográfica: do método à metodologia. *In: Revista Território*, ano IV, nº 6, jan. / jun. 1999.

STRECK, Lênio Luiz. Intervenção federal ou militar? Ato discricionário? Qual é o limite?; *Conjur*, coluna **Senso Incomum**: 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/senso-incomum-intervencao-federal-ou-militar-ato-discricionario-qual-limite>>; acesso em: 05 set 2020.

SUASSUNA, Dulce *et al.* A relação corpo-natureza na modernidade. **Sociedade e Estado**. v. 20, n.1. Brasília, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

A (IM)POSSIBILIDADE DE NEGATIVA DE AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE BUILT TO SUIT PELOS CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS

THE (IM)POSSIBILITY OF DENIAL OF REGISTRATION OF THE BUILT TO SUIT AGREEMENT BY PUBLIC REGISTRY OFFICES

Anelícia Verônica Bombana Consoli¹

Kenderly Aparecida de Oliveira²

Recebido/Received: 18.04.2022/April 18th, 2022

Aprovado/Approved: 03.05.2022/May 3rd, 2022

RESUMO: As diversas movimentações econômicas do país nos últimos anos alavancaram diversos investimentos, dando ao empresário um incentivo e motivação para uma atuação mais efetiva. Neste cenário de evoluções e diante das necessidades dos investidores do mercado imobiliário, vieram novos tipos de contratos de construção, utilização e locação de imóveis. Este trabalho visa analisar a problemática de negativa de averbação de contratos *built to suit* por tratar-se de contrato atípico fazendo uma análise da modalidade contratual, suas características, e através dessa análise avaliar a possibilidade de caracterizá-lo como sendo típico por meio de regulamentação expressa ou até mesmo de adaptação da norma a qual ele está inserido, qual seja a Lei de Inquilinato. A metodologia adotada é de pesquisa bibliográfica e legislativa, alcançando como resultado a possibilidade de nova regulamentação expressa.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos atípicos; locação; *built to suit*; lei do inquilinato; lei de registros públicos.

ABSTRACT: The various economic movements in the country in recent years have leveraged several investments, giving the entrepreneur an incentive and motivation to act more effectively. In this scenario of evolution and in view of the needs of investors in the real estate market, new types of contracts for the construction, use and lease of real estate have emerged. This work aims to analyze the problem of denial of annotation of built to suit contracts because it is an atypical contract by analyzing the contractual modality, its characteristics, and through this analysis to evaluate the possibility of characterizing it as being typical through regulation express

¹ Professora do Curso de Graduação em Direito pela UNIDEP. Possui graduação em Bacharelado em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Trabalho – AMATRA 12 Região. Especialista em Docência de Ensino Superior. Especialista em Direito Civil. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Professora de Graduação e Pós Graduação desde 2009. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica Fadep/Unidep de 2012 a 2021. Endereço eletrônico: anelicia.consoli@unidep.edu.br

² Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela UNIDEP. Endereço eletrônico: kenderly_oliveira@hotmail.com

or even adaptation of the norm to which it is inserted, which is the Tenancy Law. The methodology adopted is bibliographic and legislative research, resulting in the possibility of new express regulation.

KEYWORDS: Atypical contracts; location; built to suit; tenancy act; public records act.

INTRODUÇÃO

Com a evolução no mundo empresarial, modificações e adequações das necessidades empresariais, criam-se novas demandas jurídicas pertinentes a regulamentações negociais, que por consequência geram arranjos obrigacionais particulares e muitas vezes legislativos por sua vez.

O objetivo deste trabalho é apresentar uma análise sobre os contratos *built to suit* a luz das prerrogativas da Lei do Inquilinato e da Lei de Registros Públicos. Para realizar esta análise, será feito um exame das peculiaridades, obrigações e deveres desse modelo contratual. A partir daí, com base na análise das características contratuais desta modalidade, busca-se demonstrar a aptidão da modalidade contratual em ser caracterizada como típica no ordenamento jurídico, as incompatibilidades da norma a ele aplicada atualmente e a necessidade de adequação da norma ao contrato, como consequência, uma possível regulamentação expressa.

O *built to suit* tem como propósito a entregar um imóvel que é construído conforme especificações do contratante e que irá locá-lo, mas que permanecerá em propriedade de quem o construiu. Deste modo a pactuação se dá da seguinte maneira, uma das partes contrata a construção de imóvel de acordo com a sua necessidade, para que após estar pronto, possa fazer o uso mediante contraprestação que engloba o valor da construção e da cessão de uso. Deste modo é sábio reconhecer que há a necessidade de desqualificá-lo como mera locação.

A modalidade ainda gera muitas divergências de aplicação quanto as suas cláusulas que não concidem com a maioria das cláusulas da Lei de Inquilinato. E é justamente essas divergências que serão colocadas em análise neste trabalho, evidenciando-se principalmente a maior problemática de todas, a negativa de averbação dos contratos *built to suit* pelos cartórios de registros públicos. Essa possibilidade será analisada durante o decorrer deste trabalho a luz das

prerrogativas da Lei de Inquilinato, Lei de Registros Públicos e principalmente sobre o viés das classificações doutrinárias de um contrato típico.

Assim, a problemática deste trabalho é fundada na negativa de averbação de contratos *built to suit* por tratar-se de contrato atípico visando investigar fundamentos jurídicos que afirmem a inaplicabilidade direta da Lei do Inquilinato e de outras regras próprias de outros tipos contratuais ao contrato *built to suit*, que tendem a declinar no mesmo sentido de uma modalidade que pode deve ser regulamentada a fim de não haver possibilidade de negativas de averbação.

Ademais, ver-se-ão as premissas que levam o contrato *built to suit* ser considerado um contrato de caráter empresarial e a problemática da matéria. Analisar-se-á também a origem norte-americana deste tipo contratual afim de explorar sua regulamentação originária, de maneira a salientar a problemática da “importação” direta do *built to suit* a luz da legislação brasileira.

A conexão de contratos com o *built to suit* gerou consequências ligadas à sua interpretação, ocasionando diversas mobilizações empresariais quanto a insegurança jurídica e negocial que a ausência de regras claras aplicáveis ao contrato poderia causar motivando assim a alteração legislativa da Lei do Inquilinato.

Desta forma o trabalho busca analisar as consequências da Lei 12.744/12, sobre o *built to suit*, a prevalência das condições estabelecidas pelas partes, e a possibilidade de aplicação da Lei do Inquilinato de forma subsidiária.

Buscando demonstrar a necessidade e plena aplicabilidade de reconhecimento do contrato como sendo típico no ordenamento jurídico, a construção deste trabalho pautou-se na metodologia de pesquisas bibliográficas e legislativas.

1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

O significativo crescimento do mercado imobiliário nacional e internacional nas últimas décadas impulsionou a necessidade de o empresário delegar funções, cujas quais não estão no escopo de suas atividades mercantis. Neste contexto, é que se convencionou o contrato de *built to suit*, em livre tradução, “construído para servir” que, embora relativamente novo nacionalmente, trouxe uma larga escala de novidades ao meio empresarial e jurídico.

O *built to suit*, de acordo com Cristiano de Souza Zanettil (2011, p.102), é mais um modelo de origem estrangeira, cujas cláusulas foram paulatinamente incorporadas pela prática nacional.

Através desse contrato, o empreendedor imobiliário compromete-se a construir ou reformar imóvel de sua propriedade ou de outrem de acordo com as especificações determinadas pelo contratante, e ceder a ele o uso do imóvel, por longo prazo, diante de contraprestação pactuada, que irá remunerar a sessão de uso do bem e a sua construção ou reforma. (ARAUJO, 2015, p. 15).

Apesar de uma modalidade contratual relativamente nova, tendo chegado no Brasil no final dos anos 1990, a modalidade já era conhecida e aplicada no exterior desde a década de 1950, com principal difusão nos Estados Unidos e depois na Europa e Ásia (CILLI, 2004, p.02.).

Segundo Scavone Junior (2011, p.944), o contrato de *built to suit* trata-se de um “negócio jurídico no qual uma das partes, o locatário, contrata a construção de imóvel de acordo com as suas necessidades, e o recebe por cessão temporária de uso mediante pagamentos mensais dos valores pactuados”. Apesar de o autor nominar as partes como sendo “locador” e “locatário” esta modalidade contratual foge dos padrões de um contrato de locação.

O imóvel, objeto do contrato, é construído de forma padronizada, especialmente quando se trata de um ocupante específico, voltado à locação, observando características específicas e peculiaridades como a localização, a necessidade de locação, *layout*, acabamentos e dimensões do imóvel.

Geralmente destinado à construções cuja finalidade é comercial ou industrial, tal modalidade se originou pelas razões de que, grandes redes de comércio como farmácias, supermercados, shoppings, e restaurantes de *fast food*, entre tantas outras, como por exemplo a própria Walmart, que fez parte dos primeiros relatos da origem da modalidade contratual, despendiam de seu capital e tempo para aquisição de terreno e construção de imóveis para instalação de suas unidades, para aí somente então exercer sua atividade que no caso da Walmart era tão somente a venda de produtos aos seus consumidores, assumindo ainda os riscos da aquisição do imóvel e imobilizando seu capital. (BENEMOND, 2015, p. 17).

No mesmo sentido, “com o *built to suit*, as empresas evitam a imobilização de ativos fixos e o comprometimento de parcelas significativas do fluxo de caixa

operacional em atividades não diretamente vinculadas à atividade finalística da entidade” (NAKAMURA, p.133).

A frequência com que este contrato vem sendo firmada, se dá principalmente, pelos valores elevados dos imóveis ao longo dos anos, o que fez com que as empresas perdessem o interesse de manter em seu patrimônio em imóveis, ou seja, uma capitalização imobiliária, e justamente em razão destes motivos, o contrato de *built to suit* vem sendo cada vez mais utilizado.

Segundo Daniela Rios (2012, n.p.):

A jurisprudência tem demonstrado entender a complexidade desses contratos e afastado a possibilidade de aplicação do contrato de *built to suit*. No contrato *built-to-suit*, o valor da remuneração mensal paga pelo contratante contempla, além do uso do imóvel, o custo de sua construção, da aquisição do terreno e a remuneração do capital da contratada e de terceiros obtido no mercado financeiro e de capitais para a concretização do negócio. Diante disso, é imprescindível que o preço do aluguel não sofra alterações de acordo com o mercado locatício, sob pena de desequilíbrio da relação contratual.

Conforme própria afirmação da autora, o contrato *built to suit* comporta características de um contato de locação, porém é muito mais um contrato de relações de natureza de investimentos imobiliários, vez que, o investidor faz uso do capital monetário que possui ou até mesmo remuneração do capital de terceiros obtido no mercado financeiro de maneira a imobilizá-lo na construção, seja de uma sala comercial ou outro bem imóvel a disposição do contratante.

Os ônus dessas relações refletem necessariamente em tratativas diversas daquelas dispostas pela Lei do Inquilinato, visto a Lei não comportar soluções para possíveis adversidades que podem surgir em decorrência do não cumprimento do que foi acordado no contrato.

Isso pode ocorrer pelo fato de que a Lei de Inquilinato, dispõe em seus incisos regras que contrapõe o que rediz o *built to suit* em sua essência, essas lacunas geram impasses dos quais não se tem entendimento já pacificados pelos Tribunais, deixando assim os contraentes desamparados e com diversas dúvidas quanto à segurança que se tem em realizar estes contratos.

Pois esta situação abre diversas margens para entendimentos analógicos quanto a cada caso, e conseqüentemente, gera limitações no crescimento de relações financeiras e comerciais brasileiras causados pela insegurança e incertezas que a aplicabilidade contratual traz, visto que ainda que haja a disposição do art. 54-

A existem inúmeras normas jurídicas brasileiras que dispõem o contrário, ensejando uma ambiguidade de entendimentos.

2 CLASSIFICAÇÕES CONTRATUAIS COMPARADAS AS CARACTERÍSTICAS DO *BUILT TO SUIT*

Dentre as características principais, obrigações e vantagens do contrato de *built to suit*, pode-se destacar as seguintes: a) aquisição de imóvel ou a disponibilização de sua propriedade; b) elaboração de projeto para a obra; c) edificação nos termos das instruções fixadas pelo contratante; d) concessão ao contratante para uso e gozo do imóvel pelo prazo acordado que geralmente se estabelece por longo prazo; e) transferência dos riscos da construção, manutenção e depreciação ao contratante; f) satisfação dos requisitos específicos estabelecidos pelo contratante; g) contabilização do pagamento periódico como despesa operacional; h) não imobilização de capital.¹

Segundo André Luiz dos Santos Nakamura (2015, p.1333) as empresas privadas possuem mais vantagens além das já apresentadas, veja-se:

Outra vantagem para as empresas privadas é a possibilidade de contabilização dos valores pagos em decorrência dos contratos de *built to suit* como despesas operacionais, com redução da carga tributária, em razão da possibilidade de dedução dos valores pagos a título de aluguel na apuração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, tributado com base no lucro real, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL.

A autora Fernanda Henneberg Benemond (2015, p.17), entendia que o contrato *built to suit* não se trata de unicamente de uma locação, haja vista, a necessidade de uma construção ou uma reforma do empreendimento, e ainda, que não há a necessidade de aquisição de terreno por parte do contratante, tendo a possibilidade de este ser próprio ou haver a outorga do direito de superfície do terreno ao contratado para a realização da construção ou reforma do empreendimento, sendo posteriormente dado em cessão para uso e fruição da contratante.

O contrato é considerado atípico porque o seu conteúdo absorve critérios de diversos contratos, empreitada, financiamento, incorporação imobiliária e locação, os

¹ Lei n. 9.514/97, art. 6º: “O Certificado de Recebíveis Imobiliários – CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro”.

tribunais, assim, têm-no caracterizado, determinando a aplicação do art.425 e das demais disposições gerais do Código Civil.

As características contratuais gerais de um contrato serão exploradas superficialmente visto não ser a matéria deste trabalho e posteriormente comparadas ao contrato *buil to suit*, buscando assim demonstrar, que esta modalidade se encaixa perfeitamente como uma modalidade típica.

Conforme leciona Pablo Stolze (2021, p.59) toda relação contratual pressupõe a existência de duas ou mais manifestações de vontade. Na medida em que um contrato implique direitos e obrigações para ambos os contratantes ou apenas para um deles, será bilateral e como exemplo, tem-se o contrato de compra e venda, ou unilateral como o depósito, e há também os plurilaterais ou multilaterais que nada mais é que a obrigação entre dois indivíduos, como é o caso da constituição de condomínio.

Os contratos onerosos são aqueles em que quando a um benefício recebido corresponde um sacrifício patrimonial. Já o gratuito fica estabelecido que somente uma das partes auferirá benefício, enquanto a outra arcará com toda obrigação, a exemplo desta classificação temos o comodato e a doação sem encargos. (STOLZE, 2021, p.60)

Nos contratos comutativos os contratantes conhecem a natureza de suas prestações e estas se equivalem, a exemplo temos o contrato de compra e venda, onde ambas as partes conhecem suas prestações e elas são equivalentes entre elas. Já o os contratos aleatórios a obrigação de uma das partes somente pode ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante como é o caso, dos contratos de seguro, jogo e apostas. (STOLZE, 2021, p.61)

Os contratos paritários ou por adesão são distinguidos da seguinte maneira, paritário é aquele em que as partes encontram-se em igualdade de negociações e estas ocorrem com liberdade, no pleno exercício da ampla autonomia privada, o que por consequência resulta em um contrato que reflete de maneira mais fiel à vontade das partes, o contrato de adesão por sua vez, as cláusulas são definidas por apenas uma das partes, seja ela o fornecedor de um produto ou prestador de serviços, sem que a outra parte ou consumidor possa modificar substancialmente o conteúdo contratual. (STOLZE, 2021, p.62)

A solenidade dos contratos existe para dar validade na estipulação contratual, os contratos solenes são aqueles em que a lei exige como elemento de sua existência que a vontade dos contratantes seja externada através da lei, conforme o que dispões os artigos 421 a 425 do Código Civil Brasileiro, em contrapartida o contrato não solene requer emissão volitiva onde há a possibilidade de ser verbal ou escrito. (STOLZE, 2021, p.63)

Os contratos podem ser consensuais, se concretizados com a simples declaração de vontade, ou reais, na medida em que exijam a entrega da coisa, para que se repute existentes. (GAGLIANO, 2022, p.64).

Quanto a caracterização do sujeito no contato, para a produção de seus efeitos são classificados em contratos pessoais ou contratos impessoais. Os contratos pessoais e também conhecidos como personalíssimos, são os realizados *intuitu personae*, ou seja, celebrados em função da pessoa do contratante, que é o que define o consentimento da outra parte que se dá justamente pelas características particulares do sujeito, seja ela a habilidade, experiência, técnica ou idoneidade. Já os contratos impessoais são aqueles em que somente interessa o resultado da atividade contratada, independentemente de quem seja a pessoa que irá realizá-la. (GAGLIANO, 2022, p.64).

Os contratos são classificados também quanto a sua relação de dependência tratar-se de principais e acessórios também, sendo que os contratos principais existem por si próprios, sem relação de dependência para sua existência, já os contratos acessórios, existem em decorrência de um contrato principal e existem geralmente para garantir o cumprimento do principal, sendo conhecidos também como contratos derivados e que é o caso típico da fiança, caução, penhor, hipoteca e anticrese.

Por fim, há os contratos preliminares e definitivos, os contratos preliminares são aqueles que tem por objeto a celebração de um contrato definitivo como a promessa de compra e venda ou compromisso de compra e venda. O definitivo por sua vez trata-se do contrato pelo qual de fato irá se concretizar o negócio jurídico.

Diante de todo o exposto com relação a classificação das modalidades contratuais vislumbra-se que o contrato *built to suit* é um contrato bilateral, oneroso comutativo, impessoal, paritário, principal, definitivo, atípico misto, de uso e gozo, consensual e de trato sucessivo. Não havia a previsão do *built to suit* no

ordenamento jurídico positivo nacional. Tratava-se de contrato atípico utilizado pelos empresários e incorporadores do mercado imobiliário. (NAKAMURA, 2015, p.135).

3 O CONTRATO *BUILT TO SUIT* E A INCOMPATIBILIDADE COM A LEI DE INQUILINATO

Segundo André Luiz dos Santos Nakamura (2015, p. 136)

o núcleo da relação do *built to suit* é a obrigação da construção sob medida e a consequente contrapartida financeira que tem por finalidade, [...] amortizar o investimento realizado e, [...] retribuir o uso da coisa.

Em regra, a elaboração do projeto e a construção do empreendimento é realizada pelo empreendedor, porém, nem sempre é de tal modo, podendo este subcontratar terceiro para realizá-la. O pagamento da cessão de uso por parte da contratante pode ser feito em periodicidade diversa da mensal, podendo ser anual também, e irá ser aplicado conforme acordado entre as partes em contrato e a construção do empreendimento pode ser financiada pelo próprio contratado, não havendo obrigatoriedade de transferência dos créditos acordados no contrato *built to suit* à companhia securitizadora, para recebimento antecipado do valor necessário à realização do empreendimento. (BENEMOND, 2015, p. 19).

Para a realização da construção do imóvel pelo contratado, muitas vezes faz-se um aporte inicial, haja vista a remuneração contratual se dar apenas após a entrega do imóvel para uso, de maneira mensal ou de outras formas conforme o acordado contratualmente, de toda forma, é lenta e gradativa, a médio e longo prazo.

Geralmente a captação de recursos necessários para uma construção ocorre no mercado de capitais, permitindo assim, contratos conexos ser celebrados no âmbito da relação contratual do *built to suit*, o contratante adquire um imóvel, edifica e contrata uma companhia securitizadora para a qual transfere os créditos decorrentes do contrato para receber antecipadamente o valor do investimento, mediante a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, conforme disciplina da Lei 9.514/97.¹ (NAKAMURA, 2015, p.134).

¹ Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro

Conforme já mencionado, o *built to suit* tem natureza de contrato misto, que segundo Orlando Gomes (2000, p.104, apud, NAKAMURA, 2015, p.135), “é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada em lei”, possuindo elementos do contrato de locação e do contrato de empreitada.

Em virtude das prestações de serviços que o contrato possui, surgiu os questionamentos sobre o fato de o *built to suit* ser um contrato de empreitada ou de locação, em razão dessas indagações, no ano de 2009, foi remetido ao Senado um Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, PL 6.562/2009.

Neste projeto o legislador tentou direcionar a ideia de que, esta modalidade de contrato era diferente dos demais locações, em razão das prestações e particularidades da operação, e por trazer algumas obrigações que decorrem de um contrato de locação, estavam sendo entendidas inadvertidamente, por alguns, como hipótese de contrato locatício, e apesar de aproximar-se do contrato de locação, este, possui elementos específicos que o tornam muito mais complexo que uma mera relação locatícia, possuindo obrigações completamente alheias a um contrato de locação (NAKAMURA, 2015, p.136).

A ideia original do legislador, seria consagrar no texto da Lei do Inquilinato que este contrato não seria abrigado pela mesma, ou seja, tornando-o, portanto, atípico. Ocorre que, este Projeto de Lei sofreu algumas emendas, haja vista os debates doutrinários sobre a natureza do contrato, o legislador passou a declarar que a segurança jurídica seria alcançada na realidade não tornando este contrato como atípico, mas sim abrigando-o no texto legal.

Ainda, segundo o projeto, as particularidades do contrato *built to suit* são incompatíveis com algumas disposições da Lei de Inquilinato, principalmente no que se refere ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória.

Visando então a solução do impasse, o legislador incluiu, por meio da Lei nº 12.744/12, a previsão da espécie de contrato de *built to suit* na Lei de Locações nº 8.245/91, modificando a redação do art. 4º e inserindo o artigo 54-A.

de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004). II - a identificação dos títulos emitidos; III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso. Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

No artigo 4º estava claro de que em caso de denúncia antecipada do contrato pelo locatário, a multa proporcional não seria aplicada ao contrato *built to suit*, devido o valor de execução da obra, portanto o legislador optou por não se aplicar a redução proporcional, e mais do que isso, ressalta que a multa a ser paga deve ser integral. (BENEMOND, 2015, p. 90).

Segundo Fernanda Henneberg Benemond (2015, p.90), “o artigo 54-A da Lei de Locação, o qual foi acrescido pela Lei nº 12.744/2012, estabelece que nos contratos *built to suit* prevalecerão as condições livremente pactuadas pelas partes.”

O parágrafo primeiro do artigo 54-A da Lei de Locações estabelece que “há a possibilidade de convenção à renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação”.

O parágrafo segundo do mesmo artigo versa sobre a multa contratual, prevendo a possibilidade de aplicação em caso de denúncia antecipada ao termo final deste, onde o contratante se compromete ao pagamento da multa convencionada, não podendo esta exceder o valor da soma de todos os aluguéis que o contratado receberia ao final do contrato.

Seguindo os termos do artigo acima, o contrato de *built to suit*, teria as condições livremente pactuadas em contrato e as disposições procedimentais prevista em Lei, mas há o questionamento jurisprudencial a respeito de quais disposições procedimentais da Lei de Locações devem prevalecer, e a respeito da situação, Fernanda Hennerberg Benemond (2015, p. 147) faz alguns questionamentos:

Há a necessidade de anuência prévia do empreendedor em caso de cessão contratual ou sublocação uma disposição procedimental? Podem as partes acordar mais de uma modalidade de garantia contratual? Pode-se registrar/averbar o contrato *built to suit* na matrícula do imóvel para assegurar o direito de preferência da contratante na aquisição do imóvel e para garantir a permanência no imóvel em caso de venda a terceiros? Seriam os artigos 8º e 33 disposições procedimentais da Lei?

No viés da autora, seria mais adequado que fosse estabelecido em lei o que será aplicado à modalidade contratual, sendo as obrigações contratuais e normas gerais estabelecidas no Código Civil, às normas relativas ao contrato de empreitada, sempre levando em consideração a natureza e finalidade do negócio *built to suit*.

Ainda, aplicado também o disposto na primeira parte do artigo 4º da Lei de Locação¹, com exceção às hipóteses elencadas taxativamente, a aplicação do Art. 54-A e parágrafos no que diz respeito à revisão contratual, a possibilidade de contratação de mais de uma modalidade de garantia contratual e por fim demais artigos da Lei de Locação que não regulem de forma contrária ou incompatível o disposto nos artigos 4º, e 54-A da mesma lei. (BENNEMOND, 2015, p. 147).

O texto legal do art. 54-A definiu a modalidade como “a locação não residencial de imóvel urbano precedida de aquisição, construção ou substancial reforma do imóvel “especificado pelo pretendente à locação”. Dito isto é possível dizer que o que distingue o contrato *built to suit* do contrato de locação é o alto investimentos do empreendedor para a consecução da locação pretendida e específica do contratante.

Vejam os que dispõe o art. 54-A da Lei de Inquilinato:

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação

Considerando uma análise do tipo, a solução legislativa vai no sentido de levar o contrato *built to suit* à tipicidade por meio de nova normativa expressa, sem negar a necessidade de reconhecimento da relação locatícia este tipo contratual. Mais que isso, podendo ser aplicada as normas que dispõe a Lei de Inquilinato.

Quando o legislador releva condições estabelecidas pelas partes que prevalecerá sobre a Lei do Inquilinato, este privilegia a atuação da iniciativa privada nos contratos *built to suit*. Diante disto, é notório e se faz necessário reconhecer que o legislador quer e tem o desejo de que a modalidade contratual seja de maneira contínua aplicada, portanto, não há razões claras e objetivas a uma escusa de não haver uma previsão legal expressa para a modalidade, uma vez que tal ação traria inúmeros objetivos, e uma conseqüente segurança e eliminação de

¹ Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

questionamentos referente a entendimentos diversos sobre sua aplicação e até mesmo a averbação que é a problemática *in casu*.

Conforme alude a autora Paula Miralles de Araújo (2015, p. 109):

Não se trata da supressão da aplicação da Lei do Inquilinato, mas tão-somente do afastamento parcial de sua força cogente a esses casos específicos, autorizando às partes a formulação de disposições contratuais nesse sentido. Ao criar ressalva quanto à possibilidade de prevalência das disposições das partes, o artigo 54-A nada mais faz do que afastar, excepcionalmente, a aplicação do artigo 45 da própria Lei do Inquilinato que prevê a nulidade das cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da lei¹.

Neste sentido quando as partes não especificam de maneira expressa a disciplina contratual aplicável a determinado aspecto da relação jurídica, estará autorizado ao intérprete e ao juiz a aplicação das disposições da Lei do Inquilinato. No entanto, isso não afasta a necessidade de criação de uma nova normativa expressa regulamentadora ou até mesmo a própria adequação da Lei do Inquilinato para atender às especificidades do contrato *built to suit*.

Ainda que, o artigo 54-A venha a definir e de maneira superficial regulamentar o *built to suit*, qualificando-o como contrato de locação, não se afasta a possibilidade de as partes estabelecerem a disciplina contratual. Pode-se dizer que o contrato *built to suit* ainda carrega uma carga de questionamentos e inseguranças, pois ainda que pese haja a previsão de livre de pactuação entre as partes conforme dispõe o art. 108 do Código Civil, as margens de interpretações extensivas acerca das possíveis litigâncias suscetíveis afastam o investidor da sua zona de conforto.

4 LEI DE REGISTROS PÚBLICOS E A AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE *BUILT TO SUIT* EM CARTÓRIOS DE REGISTROS PÚBLICOS

A Lei de Registros Públicos é uma lei que atesta a veracidade, a fé e a aplicabilidade dos atos jurídicos relativos às questões dos Registros Públicos, quais sejam: registro civil de pessoas naturais, registro civil de pessoas jurídicas, registro de títulos e documentos, registro de imóveis e registro de propriedade literária, científica e artística.

¹ Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tento.

A Lei de Registros Públicos tem por finalidade assegurar e afirmar de maneira oficial e jurídica o direito de propriedade previsto pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal, que dá a o proprietário a faculdade de usá-lo e de tirar dele todo o proveito que ele possa oferecer, empregando-o em seu próprio proveito ou de terceiros pelo proprietário autorizado, podendo para tanto aliená-lo por renda ou doação e, até mesmo, gravá-lo de ônus.

O sistema de Registro de Imóveis tal qual possui natureza mista poderá ser, constitutivo ou declarativo, sendo que o constitutivo estabelece/cria um direito reconhecido nacionalmente e internacionalmente, e o constitutivo em relação aos atos de oneração é às transmissões *inter vivos*, na medida que o declarativo é a declaração da existência de um direito, atuando nas aquisições originárias e causa *mortis*, bem como nos títulos de divisão, judiciais ou extrajudiciais.

O Ofício de Registro trata-se de local público que presta um serviço público, onde o possuidor ou proprietário faz o registro de seus bens imóveis (terrenos, casas, apartamentos, vagas de garagens, lojas etc.).

Em casos de negativas de registros e averbações por entender que o título não poderá ser registrado ou averbado, o oficial do registro deverá indicar, por escrito e de modo fundamentado, as razões pelas quais não procedeu com o registro ou a averbação, embasando-se em sólidos fundamentos legais para a recusa do registro, devendo redigir e emitir a nota devolutiva, que onde enunciará as razões que o levaram a não realizar o registro ou a averbação.

A Lei nº 6.015/73 em seu artigo 167, inciso I possui um rol taxativo, do qual não pode ser ampliado por analogia. Já o inciso II da mesma Lei possui um rol meramente exemplificativo, haja vista haver a possibilidade de ser ampliado por analogia, sendo possível averbações que são estabelecidas em outras Leis.

Vale ressaltar, alguns atos e direitos não são registráveis e averbáveis, a exemplo, as multipropriedades ou *Time Sharing*, tendo o ingresso no registro como condomínio edilício ou como condomínio comum, dependendo do caso.

Há fatos que não modificam registro, pois, o registro faz nascer o direito real e a averbação faz-se alterar/modificar ou extinguir este direito real, portanto existem atos que não são averbáveis ou registráveis. Para registro da coisa deve haver real necessidade, não podendo registrar qualquer coisa na matrícula.

Para tais atos deve-se ponderar o princípio da concentração da matrícula, que está consagrado na Lei de Registros Públicos e teve alteração no artigo 54 da Lei nº

13.097/15, ou seja, tudo o que não estiver na matrícula não poderá ser oponível a terceiros, devendo tudo o que realmente interessar ao registro, constar neste.

Nos casos do contrato de *built to suit* a problemática se dá justamente por conta da impossibilidade de ampliação por analogia do artigo 167, inciso I, da Lei nº 6.015/73. Na prática, alguns cartórios de registros de imóveis têm se negado registrar os contratos *built to suit* por não o considerarem um contrato típico.

Segundo Rios,

o fundamento para tal negativa está embasado fato de a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) listar de forma taxativa os instrumentos jurídicos objetos de registro, conforme já mencionado, dentre os quais não se inclui o contrato *built to suit*. (RIOS, 2012, n.p.).

A inclusão do artigo 54-A é medida benéfica para as partes contratantes apenas em algumas previsões da lei, em que as disposições do contrato não são conflitantes com a norma, na medida em que se tem a liberdade para livremente negociar o tempo de duração contratual, ao contratante e contratado é assegurado direitos protegidos pela Lei de Locações naquilo em que a lei não se dispuser o contrário, ou seja, aos artigos que o contrato *buil to suit* não se fizer contrário ao disposto na Lei do Inquilinato, aplicar-se-ão as normativas nele previstas, porém naquilo em que fora contraditório a Lei do Inquilinato, ainda que haja a afirmação de que prevalecerá o disposto no próprio art. 54-A, a amplitude de entendimentos acarreta em interpretação extensiva da norma, vez que a modalidade não é apenas regida pela Lei do Inquilinato, mas também pelo Código Civil, abrangendo ainda um possível entendimentos de relações de consumo entre as partes.

Neste sentido a doutrinadora Fernanda Henneberg Benemond (2015, p.139) discorre:

Caso o locatário seja preterido no seu direito de preferência e o contrato de locação esteja registrado/averbado¹ na matrícula do imóvel pelo menos 30 (trinta) dias antes da alienação do imóvel a terceiro, poderá o locatário reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses a contar do registro do ato de alienação do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis competente. Assim, o contrato de locação registrado/averbado perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, na matrícula do imóvel respectivo, permite que o locatário oponha o seu direito de preferência *erga omnes*.

Desta forma, nota-se que não há razões, assim, para se afastar a proteção dada pela lei à contratante e contratado em um contrato *built to suit*. Ainda na

¹ Embora a redação do artigo 33 da Lei de Locação fale em “registro” do contrato de locação na matrícula do imóvel, o artigo 167, inciso II, item 16 da Lei no 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) trata de “averbação” do contrato, para fins do exercício do direito de preferência.

concepção da autora ao que diz respeito ao registro e averbação do contrato *built to suit* perante o Cartório de Registro de Imóveis competente,

poderia, o legislador, a fim de dar maior segurança jurídica às operações *built to suit*, prever expressamente esta possibilidade, alterando a redação da Lei de Locação e da Lei de Registros Públicos. (HENNEBERG, 2015, p.140).

Ainda que muito próximo das características de contrato de locação, e limitação das condições contratuais que se mostrem excessivas, os efeitos dessa equiparação acabam por gerar alguns impasses decorrentes de interpretação sistemática, o contrato *built to suit*, que se difere em cláusulas base de um contrato de locação, conforme já visto, a exemplo, tem-se a ambiguidade de entendimento com a validação de renúncia antecipada ao direito de revisão e obrigatoriedade do pagamento da multa pactuada, limitada ao valor dos alugueis vincendos.

A ampla liberdade contratual e assunção de riscos pelas partes é incompatível ao sistema da Lei de Locações, ainda que se amolde a alguns princípios e artigos dispostos na Lei, se difere na maior parte e no teor de um contrato de locação.

Ainda que o legislador tenha, indevidamente, procurado regulamentar os contratos *built to suit* na Lei do Inquilinato, traçando, até certo ponto, alguns limites contratuais, bem como nomeando essa modalidade contratual de “locação”, tais fatores não tornam o *built to suit* um contrato típico de locação. O nome conferido pelo legislador ao contrato não é fator preponderante para a sua natureza jurídica.

Não estando presente a prestação da locação, a renovação (seja compulsória ou consensual) impõe às partes a sujeição às determinações de um contrato de locação comercial regido pela Lei do Inquilinato. Assim, no caso do contrato renovado, não caberia, por exemplo, o pagamento da multa integral em caso de denúncia vazia pelo ocupante. As partes também ficariam sujeitas à ação revisional de alugueis.

Alguns direitos pessoais adquirem oponibilidade *erga omnes* e, por consequência, eficácia real, quando submetidos a registro. A exemplo tem-se, o direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel locado¹ou, ainda, a possibilidade de o locatário se opor à denúncia vazia ao adquirente do imóvel

¹ Art. 33, da Lei nº 8.245/91: O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

locado, na ocorrência de cláusula de vigência¹. Para ambos os casos, expressamente, a Lei de Registros Públicos (6.015/73) autoriza o registro do contrato de locação (contrato de locação no qual tenha sido consignada cláusula de vigência - art. 167, inciso I, 3 e contrato de locação, para fins de exercício de direito de preferência – art. 167, inciso II, 16).

Ainda que o *built to suit* seja um contrato atípico, nada obsta que o ocupante tenha interesse em resguardar seus direitos perante terceiros. Nada proíbe que ocupante e proprietário estabeleçam, no contrato, o direito de preferência em favor do ocupante, numa aplicação analógica do artigo 33, da Lei do Inquilinato (ou, ainda, do art. 513, do Código Civil).

Considerando a necessidade de medida excepcionalíssima, a considerar que seria possível uma interpretação de que o artigo 413 do Código Civil² não pode ser derogado, na hipótese de o caso concreto demonstrar que a multa, mesmo diante da limitação do art. 54-A, § 2º, continua elevada, o juiz poderá realizar a redução da multa, com aplicação análoga daquele dispositivo, observando-se, com cautela, as peculiaridades do *built to suit*.

Caso o valor da multa seja insuficiente para ressarcir os prejuízos da parte lesada e havendo previsão contratual nesse sentido, as partes poderão valer-se do art. 416, parágrafo único, do Código Civil que dispõe:

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

Dessa forma, a parte lesada poderá pleitear indenização suplementar, desde que a indenização não ultrapasse a limitação imposta no art. 54-A, §2º (soma da remuneração a vencer até o termo do contrato).

Pelo fato da contratação onerosa nos contratos *built to suit* se faz necessário a adequada aplicação de regras criadas única e exclusivamente a este tipo contratual, visto as possibilidades que a Lei de Inquilinato prevê não serem

¹ Art. 8º, da Lei 8.245/91: Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

² Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

adequadas o suficiente a esta modalidade, uma vez que não se amoldando as necessidades e características do tipo contratual, e não supre a necessidade de regulamentação, principalmente quando falamos de casos complexos nos quais há litigância entre as partes

No que tange a prorrogação compulsória e a prorrogação consensual dispõe o artigo 473, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.
Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Conforme se vê, a modalidade contratual, atualmente ainda muito nova em território nacional, deixa diversas lacunas de interpretações diversas, o que em determinados casos, torna-se contraditório, pois tem regras muito claras e específicas, mas que de maneira ainda “adaptada” ao ordenamento jurídico brasileiro, gera muitas contradições, demonstrando assim, e mais uma vez que, existe uma necessidade básica e clara de uma regulamentação expressa e adequada às suas necessidades.

A autora Daniela Rios (2012, n.p.), explica a o embate da Lei de Locações e a rol taxativo da Lei de Registros Públicos, vejamos:

A alusão genérica aos procedimentos da Lei de Locações fornece um bom argumento para convencer os cartórios a averbarem os contratos *built to suit*, mas, diante do caráter taxativo da Lei de Registros Públicos, uma referência expressa à questão seria pertinente para evitar interpretações diversas pelos cartórios.

Diante do exposto pela autora uma referência expressa seria um passo adiante, pois apresentaria uma solução para a problemática do registro de imóveis para assegurar o direito de preferência. Pois não se trata de contrato de locação, tampouco se enquadra nas espécies passíveis de registro, a modalidade possui características personificadas as quais se fazem comparar com um contrato de locação, tendo em vista uma das características deste ser o pagamento pela cessão de uso.

Sendo assim, o questionamento que surge é o de que, como poderia a Lei do Inquilinato reger a modalidade contratual do *built to suit*, quando suas características, vão contra a Lei?

Conforme ensina Gabriela Wallau Rodrigues (2015, p.179),

O *built to suit* pressupõe alocação de riscos entre as partes, surgida em contexto de presumida inexistência de assimetria econômica ou informacional, o que exige a liberdade contratual como ferramenta a viabilizar a correta equação dessa contratação.

Segundo a autora Gabriela Wallau Rodrigues (2015, p.17 9), identificadas, algumas das circunstâncias de incompatibilidade sistemática, poderia o legislador ter-se valido da mesma técnica adotada em relação ao contrato de arrendamento mercantil, prevendo sua expressa insubordinação às limitações da Lei nº 8.245/91, conforme rol excludente do seu artigo 1º.

Não tendo assim procedido, importa realizar uma adequada interpretação e aplicação concreta dos dispositivos legais, de modo a reconhecer as diferentes matrizes entre o *built to suit* e as locações em geral. (RODRIGUES, 2015, p. 179).

Neste sentido a autora Paula Miralles de Araújo (2015, p. 15) rediz:

Mostra-se possível e adequada a aplicação das regras próprias desse tipo contratual, por analogia, principalmente daquelas regras atinentes à entrega do imóvel com desconformidades em relação às especificações do locatário, bem como às relacionadas à responsabilidade do locador por eventuais vícios redibitórios.

Vislumbra-se uma perspectiva de que o contrato possa ser visto e analisado como típico, fora dos moldes de uma mera modalidade contratual locatícia. Considerando as possibilidades de inclusão ao rol taxativo da Lei de Registros Públicos, ou ainda a possibilidade de averbação do contrato pelo cartórios, através de legislação regulamentadora que torne obrigatório registro ou a averbação como meio assegurador dos direitos perante terceiros, uma vez que a negativa do cartórios é pautada na ausência de lei regulamentadora para o contrato e falta de previsão em lei de sua tipificação e principalmente por não fazer parte do rol taxativo da Lei de Registros Públicos.

Esta lacuna legislativa, abre margem e diversas brechas jurídicas que levam a possibilidade por exemplo da negativa dos cartórios em reavaliar a averbação dos contratos desta modalidade, conforme já mencionado, com a justificativa de que tal, não faz parte do rol taxativo que dispõe a lei. Certo é que, no direito privado, tudo o que a lei não proíbe, pode ser feito e aplicado, porém, para a Administração Pública a realidade é outra, devendo esta fazer apenas aquilo que a Lei dispõe, não sendo permitido excessos e demais extensões.

Ainda que a Lei 12.744/12 tenha, até determinado ponto afastado a insegurança do investidor com relação a a ausência de regulamentação jurídica do contrato *built to suit*, ainda não houve total saneamento dos aspectos mais

importantes do contrato de maneira expressa. Ademais a doutrina e a jurisprudência raramente tratam de maneira mais abrangente sobre o contrato *built to suit* nos termos da Lei do Inquilinato.

CONCLUSÕES

A modalidade contratual *built to suit* é uma plena oportunidade de investimentos e negócios, para as empresas do ramo imobiliário, para as empresas que buscam este tipo de prestação de serviços, e também para a administração pública que vem utilizando de maneira reiterada esta modalidade contratual.

De maneira muito clara e objetiva o tipo de negócio proporcionado pela modalidade contratual, traz consequências benéficas. Considerando críticos cenários econômicos, principalmente para a administração pública, a alocação de grande quantidade de dinheiro em uma única e exclusiva construção, tem se demonstrado ao longo de muitos anos um mal investimento, e é justamente neste cenário que a modalidade contratual surge como um meio de possível solução intermediária do investimento de dinheiro público.

O tema em questão até este momento discutido, é a diferenciação do contrato *built to suit* da mera locação, em virtude das necessidades específicas do objeto contratual, as quais já foram abordadas, tendo o objeto que atender todas as especificações físicas, técnicas, geográficas, e operacionais estabelecidas pelo contratante, e a possibilidade de averbação do tipo contratual através da sua inclusão no rol taxativo da Lei de Registros Públicos, ou ainda previsão legal de averbação pelos cartórios, impedindo a negativa.

Pela ausência de regulamentação legislativa de características e regras, havendo a possibilidade de livre disposição das partes, posteriormente houve a edição da Lei 12.744/12, que trouxe certa previsão legislativa, através da inclusão, na Lei do Inquilinato, do artigo 54-A e de alteração na redação de seu artigo 4º.

Deste modo, prevaleceram as disposições das partes sobre a incidência da Lei do Inquilinato. A problemática em questão já mencionada ao longo deste trabalho é cenário decorrente das lacunas legislativas em relação ao *built to suit*. A inclusão da modalidade contratual para o ordenamento brasileiro desconsiderou as especificidades de sua origem, levando em consideração a rara interpretação judicial

e legislativa nessa atuação. Como consequência, acarretaram-se situações relevantes acerca de sua qualificação e regramento legal.

Esse contexto, somado à opção legislativa de se regulamentar o *built to suit* pela Lei do Inquilinato, mostra que o contrato foi qualificado legalmente como uma espécie de locação, opção está equivocada em alguns pontos específicos, visto ir além do que a própria Lei do Inquilinato prevê em determinados limites.

Ainda que haja a inclusão da Lei nº 12.744/12 que atendem diversas necessidades geradas pelas operações imobiliárias do *built to suit*, estas não se mostram suficientes a suprir novas possibilidades de conflitos gerados pela aplicação do contrato. Exemplo prático disto é a própria aplicação de negócios de securitização de créditos, muito utilizada nos contratos *built to suit*, que notadamente mostra-se inadequado a aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*.

Talvez o questionamento que se faz, seja, mas qual é o real problema disso? E para esta pergunta, a resposta é clara, o inadimplemento perante terceiros. Não havendo adimplemento da remuneração da aquisição, reforma ou construção do imóvel por consequência haveria a ruptura entre o valor cedido e o investido por terceiro. Deste modo, a consequência como já citado fica evidente, pois a ausência de revisão do aluguel e multa compensatória em valor suficiente para pagamento dos valores ocasiona desequilíbrio contratual.

Além de tais problemas, o maior dos problemas aqui abordados e que geram inúmeros impasses ao investidor e que é seu maior empecilho, é a possibilidade de negativa de averbação dos contratos *built to suit* pelo Cartórios de Registros Públicos. Esta negativa, interfere plenamente na formalidade do contratante e contratado, pois, como poderia o investidor aplicar tamanho valor em um negócio, que por falta de formalidade, tipificação e regulamentação contratual adequada não tem validade jurídica diante de impossibilidade de averbação.

Esta lacuna legislativa sobre a regulamentação e firmamento deste procedimento como sendo legal, desampara os contratantes. Apesar de contraditório em vários pontos, o contrato ainda que reconhecido como modalidade de contrato de locação pende de regulamentação jurídica com relação a devida averbação, não permitindo mais a possibilidade de negativa dos Cartórios de Registros Públicos, visto que devido a sua nítida aplicação recorrente no território brasileiro necessitam de amparo jurídico para tornar-se legalmente válidos.

Neste sentido é que se deve colocar em análise a possibilidade de inclusão da modalidade contratual dentro do rol taxativo da Lei de Registros Públicos como meio de acesso a validade jurídica do negócio, e até mesmo a formação de nova normativa expressa a dispor de regulamentações mais apropriadas ao tipo, pois ainda que intimamente ligado ao contrato de locação, é necessário reconhecer que ainda pende da necessidade de uma série de regulações de seus possíveis infortúnios legislativos, os quais não foram totalmente sanados com a inclusão da Lei nº 12.744/12.

Portanto, mostra-se possível e plenamente alcançável uma adequada aplicação de regras próprias desse tipo contratual, através de regulamentação específica, de regras relativas à entrega do imóvel em desconformidades às especificações do contratante, bem como a possibilidade de responsabilização por vícios redibitórios e principalmente da necessidade de regulamentação quanto a necessidade de averbação da modalidade contratual que ainda que reconhecida como atípica pela doutrina como demonstrado, detém todos os requisitos para ser considerado um contrato típico.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, SCAVONE.Jr.,. **L. Lei do Inquilinato - Comentada Artigo por Artigo**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530992040. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992040/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

ANTONIO, SCAVONE.Jr.,. L. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 3. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 944.

ARAUJO, Paula Miralles de. **Contratos Built To Suit Qualificação e Regime Jurídico**. São Paulo, 2015, p.15. Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. Disponível em: https://direito.usp.br/pca/arquivos/8d2d41d499b8_dissertacao-paula-m-araujo-versao-completa.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

BENEMOND, Fernanda. H. **Contratos Built to Suit**. [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2015. 9788584930531. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930531/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CILLI, Fábio. **Empreendimentos do tipo built to suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência**. São Paulo, 2004, p. 2-3. (Monografia em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil com ênfase

em *Real Estate* para obtenção do título de MBA) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.poli-integra.poli.usp.br/library/pdfs/ed53e45e833281e689283f58914e5c96.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Contratos de Built To Suit: Cuidados na Elaboração Minimizam Problemas no Registro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/189502/contratos-de-built-to-suit--cuidados-na-elaboracao-minimizam-problemas-no-registro>. Acesso em: 23 nov. 2021

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Mário Veiga P. **Novo Curso de Direito Civil 4 - Contratos.** Editora Saraiva, 2021. 9786555593051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593051/>. Acesso em: 03 abr. 2022.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. **Insegurança nos contratos 'built to suit'**. Artigo publicado em Valor Econômico, 15.09.2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit>. Acesso em: 20. nov.2021.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 102 e 104.

Lei nº 6.015/73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **O Built To Suit como nova modalidade de contrato administrativo.** São Paulo, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/article/download>. Acesso em: 21.nov.2021.

Lei nº 6.015/73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

PL nº 6.562/2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463134>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Lei nº 9.514/97, art. 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

Lei nº 12.744/12, art. 54-A, §1º e 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12744.htm. Acesso em: 21.nov.2021.

RIOS, Daniela. **O reconhecimento dos contratos *built-to-suit*.** Disponível em: https://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120927190056_bj-setembro-o-reconhecimento-dos-contratos-built-to-suit.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

RODRIGUES, Gabriela Wallau. **A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built to suit* e a Lei de Locações**. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/21430>. Acesso em: 23 de nov. 2021.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Build to suit: qualificação e consequências**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (organizadores). **Construção civil e direito**. São Paulo: LexMagister, 2011, p. 102.

UMA ANÁLISE SOBRE A AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE ATOS LESIVOS PRATICADOS NO CONTEXTO PANDÊMICO

AN ANALYSIS OF THE CLASS ACTION AS PROTECTION OF ADMINISTRATIVE MORALITY IN FACE OF LESIVE ACTS PRACTICED IN PANDEMIC CONTEXT

Thainá Penha Pádua¹

Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão²

Ricardo Alexandre Lopes Assunção³

Recebido/Received: 17.03.2022/March 17th, 2022

Aprovado/Approved: 12.05.2022/May 12th, 2022

RESUMO: O presente trabalho busca abordar a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção contra atos lesivos à moralidade administrativa, evidenciando que em tempos de pandemia, o aumento de atos e decretos para conter a epidemia relegaram tal princípio norteador da administração. O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e documental para apontar que o princípio da moralidade administrativa embora, por si só, validasse a ação popular, não foi cogitado quando do enfrentamento do tema, demonstrando-se a relevância e necessário aperfeiçoamento da ação popular para esta finalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ação popular; moralidade administrativa; atos lesivos; pandemia covid-19.

ABSTRACT: This paper seeks to address the evolution of popular action and the importance of citizen participation in protecting against acts harmful to administrative morality, showing that in times of pandemic, the increase in acts and decrees to contain the epidemic relegated this guiding principle of administration. The research method used was descriptive-analytical, based on bibliographic research, literary and

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduada em Direito Processual pela Fundação Educacional de Oliveira - FEOL. Pós-Graduada em Direito Penal pela Damásio S/A. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Advogada. Professora de Direito na Graduação e Pós-Graduação *lato sensu*.

² Mestranda do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras, Unidade Divinópolis. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras, Unidade Divinópolis. Advogada. Professora do Centro Universitário UNA, Unidades Bom Despacho/MG e Divinópolis/MG

³ Mestrando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela UNIPAC-Universidade Presidente Antônio Carlos de Bom Despacho/MG. Bacharel em Direito pela FADOM-Faculdade de Direito do Oeste de Minas. Advogado. Professor do Centro Universitário UNA de Bom Despacho/MG.

documentary review to point out that the principle of administrative morality, although by itself validating popular action, was not considered when dealing with the theme, demonstrating that whether the relevance and necessary improvement of popular action for this purpose.

KEYWORDS: Class action; administrative morality; harmful acts; covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

O planeta enfrenta grave pandemia provocada pelo Coronavírus COVID-19 contabilizando mais de 4.654.548 mortes em todo mundo. Apenas no Brasil, o número de mortes já chegou a 587.797, ficando, apenas atrás dos Estados Unidos que somam 659.336 mortes¹.

O Coronavírus é uma família de vírus, sendo o causador da doença COVID-19 identificado como SARS-COV-2. A sigla SARS significa Síndrome Respiratória Aguda Grave. O nome atribuído “COVID-19” é junção dos termos Corona, Vírus e Doença, mais o ano de sua descoberta na China, 2019.

A pandemia do COVID-19 não é a primeira e nem a maior da história, ao menos até o momento, mas já é considerada a maior do século XXI, colocando em xeque toda uma sociedade e a capacidade de seus líderes em adotar políticas públicas para minimizar e conter os devastadores efeitos da doença.

Ao longo da antiguidade, pandemias, epidemias e guerras foram mais comuns do que se imagina. Contudo, no contexto histórico a pandemia do COVID-19 assume relevante desafio para as democracias em termo de sensibilização e empatia.

Como lembra Jean La Fontaine, poeta e fabulista do século XVII, referindo-se a uma epidemia de seu tempo: “nem todos morreram, mas todos foram atingidos”².

Com a adoção de medidas pontuais para conter o novo Coronavírus, não restam dúvidas que mesmo aqueles que não contraíram a doença em menor ou maior grau será atingido por seus efeitos colaterais: quarentena, isolamento social, suspensão de atividades escolares, fechamento da indústria e comércio dentre inúmeras outras medidas.

¹ Fonte: OMS – Organização Mundial de Saúde, 17/09/2021, disponível em: <https://covid19.who.int/>

² “Um mal que espalha o terror / mal que os céus, em sua fúria, enviaram para punir os crimes da terra / Uma peste – pois é preciso chamá-la por seu nome / capaz de abastecer o Aqueronte num único dia / fez entre os animais a guerra / Nem todos morriam, mas todos eram atingidos”. LAPOUGE, Gilles. “Nem todos morriam, mas todos eram atingidos”. Estadão, São Paulo, 15 de Abril de 2020, disponível em <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,nem-todos-morriam-mas-todos-eram-atingidos,70003271281>.

Neste cenário, surge a Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus e os Decretos Presidenciais 10.282 e 10.292 ambos de 2020 que a regulamentam. No dia 20 de março de 2020 foi publicada a Medida Provisória 926 que alterou alguns artigos da lei, notadamente quanto aos procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos de emergência em saúde pública, esvaziando a competência e a responsabilidade constitucional de estados e municípios para executar medidas sanitárias.

Indagando o uso adequado das prerrogativas do governo federal em enfrentar a emergência de saúde pública, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aviou a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF¹ a qual restou reconhecido e assegurado o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distritais e suplementar dos governos municipais.

No mesmo sentido, o reconhecimento da competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios também foi evidenciada pela ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF proposta pelo Partido Democrático Trabalhista².

Sem aprofundar acerca da distribuição constitucional de competências e seus limites para editar normas em matéria de saúde, verifica-se que a ausência de controle hierárquico para adoção de medidas impostas pelo governo, culminaram em uma infinidade de atos e decretos nem sempre revestidos e acobertados pelo crivo da moralidade administrativa.

O presente artigo aborda em seu primeiro capítulo a origem da ação popular, fazendo uma breve digressão histórica, traçando a seguir os conceitos e características da ação popular na atual legislação brasileira.

A seguir, analisamos o princípio da moralidade administrativa como forma autônoma a ser tutelado pela ação popular e sua aplicação contra atos lesivos praticados em tempos de pandemia, demonstrando que tal princípio muitas vezes tem sido relegado no enfrentamento do tema.

O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e análise jurisprudencial sobre o tema, com o propósito

¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>

² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

de colaborar para o debate sobre a importância de evidenciarmos o princípio da moralidade administrativa, mesmo de forma autônoma, contra atos lesivos praticados em razão da pandemia.

1 AÇÃO POPULAR

1.1 Breve origem histórica da Ação Popular

As raízes da Ação Popular remontam ao Direito Romano onde o cidadão dotado de espírito cívico poderia buscar a tutela de um bem, valor ou interesse, mesmo que diretamente não lhe pertencesse.

No direito romano, o Estado não era visto como algo distante do cidadão, com personalidade jurídica própria. As expressões povo e Estado apresentavam conteúdo equivalente, o que tornava os direitos e bens públicos pertencentes a todos os cidadãos romanos, numa espécie de condomínio.

A ação popular era, então, concebida como uma forma de o próprio cidadão proteger um bem público, que também lhe pertencia. Estaria, assim, a defender interesse indivisível da própria coletividade, da qual fazia parte. Além disso, a ação popular romana era supletiva: o autor popular “representava” o poder público. No direito brasileiro, como veremos é corretiva, ou seja, é movida em face do Poder Público.

Embora a *acotio* romana inicialmente exigisse um interesse pessoal e direito exercido pelo titular do Direito, as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos ao interno das *genes* (MANCUSO, 2019).

Daí o famoso aforisma de Paulo, invocado por José Frederico Marques (*república interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa)).

Para o cidadão romano, os bens de uso comum, tais os caminhos, as praças, os rio, os cemitérios, eram vistos como uma universalidade indivisa, na qual também se integravam o próprio cidadão e o Estado, o que tornava embatidos os contornos do que hoje conhecemos como interesse individual e interesse público (MANCUSO, 2019).

Inicialmente o cidadão Romano só agia nos casos em que o interesse público convergisse com seu interesse particular. Esta sinergia de interesses posteriormente desenvolveu-se, e o pretor a estendeu a dois outros aspectos: autorizava os particulares a agirem mesmo nas hipóteses em que não tinham qualquer interesse pessoal; e, em seguida, substituiu os interditos por meios mais diretos, as chamadas *in fartum actionem*.

Assim, a *acotio popularis* (*ação popular*) não tutela interesses privados nem propriamente públicos, mas situa-se num campo intermediário, hoje denominado interesses difusos, que, a rigor, não são públicos nem privados, mas concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível, conforme dispõe o art. 81, § único I da Lei 8078/90.

Até quando e onde o Direito Romano manteve sua poderosa influência e foi aplicado como direito comum, essa ação foi observada e adotada compativelmente com os regulamentos políticos dos Estados e das cidades, em que o direito mesmo se impôs. O Direito bárbaro não conheceu esse instituto de modo específico, não encontrando correspondência no direito feudal, onde o regime político assume caráter de absolutismo e de despotismo.

Para Ricardo de Barros Leonel (2006, p. 48), a sabedoria e o espírito prático dos romanos perdurou ao longo dos tempos, pois o incipiente remédio, por eles primordialmente criado para a tutela dos interesses coletivos, continuou presente nos ordenamentos jurídicos da época contemporânea.

Resquícios da ação popular no direito estrangeiro moderno e contemporâneo mantiveram ascensão, na razão direta em que os cidadãos estejam conscientes da absoluta necessidade da participação de todos na gestão da coisa pública (MANCUSO, 2019, p. 54-62).

Os antigos juristas portugueses e brasileiros reportavam-se às fontes romanas para qualificar como populares certas ações intentadas em matéria de proteção a bens de uso comum do povo.

A doutrina brasileira toma como marco da ação popular o art. 113, inciso 38, da Constituição de 1934. Que com todas as letras expressamente dispunha:

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (BRASIL, 1934).

O art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, legitima qualquer cidadão para ajuizar ação popular que “vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de

entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Pela nova redação, além da Administração Direta, também as entidades paraestatais terão seus atos controlados pela ação popular.

A referência ao meio ambiente pela Constituição de 1988 amplia a mera alusão a bens de direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, da Lei no 4.717/65. O meio ambiente, em todos os seus desdobramentos, não estava contido na redação da Lei no 4.717/65 e, nesse sentido, houve importante alargamento com o novo Texto Constitucional.

Vale lembrar que, se o Ministério Público não aparece legitimado para a ação popular constitucional (art. 5º LXXIII) não há que se negar, contudo, que pode o *Parquet*, mercê da ação civil pública, perseguir fins análogos, conforme se extrai à leitura do previsto no art. 25, IV, “b” da Lei 8625/93.

1.2 Conceito e características da Ação Popular

A ação popular pode ser conceituada como o instrumento constitucional de que pode se valer o cidadão com vistas à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultura (MEIRELLES, 2016, p. 190).

Por meio da ação popular, qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza política. Trata-se de manifestação direta do poder popular, positivado no parágrafo único do art. 1º da Constituição de Federal de 1988: “todo poder emana do povo” (NIMER, 2016, p. 141).

Segundo Eurico Ferrarese (2019, p. 175) a natureza da ação popular constitucional pode ser visualizada sob três enfoques. O primeiro é o constitucional, que atribui à ação popular a natureza de remédio constitucional e instrumento de garantia, porquanto está prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ou seja, ao lado das principais ações constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção).

O segundo enfoque enxerga, na ação popular, um instrumento de controle dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Seria, pois, uma forma de controle

jurisdicional, um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, atribuído a qualquer cidadão.

Por fim, em um terceiro enfoque, a ação popular pode ser analisada sob o aspecto processual, porquanto configura uma ação civil. Ademais, a ação popular também tem natureza condenatória, em virtude da possibilidade da imediata condenação dos administradores, dos agentes administrativos e de terceiros citados como réus na ação, os quais são condenados desde logo, ou seja, no mesmo processo, ao ressarcimento dos cofres públicos.

Trata-se, portanto, de ação com natureza eclética, mista, em razão das naturezas constitutiva e condenatória.

Quanto à legitimidade estabelece a Constituição Federal de 1988 que qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular. Com efeito, a prova da cidadania para ingresso em juízo, conforme dispõe o art. 1º § 3º da Lei 4.717/65 será feita com o título eleitoral, ou com documento que ele corresponda.

Conforme súmula 365 do STF a “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

Os sujeitos passivos e assistentes da ação popular estão enumerados no art. 6º da Lei no 4.717/65. Afirma citado dispositivo que a demanda será movida em face das pessoas públicas ou privadas e das entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Quanto ao promotor de justiça oficiante nos autos, que a melhor doutrina qualifica como “parte pública autônoma”, apesar de não ter legitimação ativa originária para propor a ação popular enquanto órgão do Ministério Público (podendo fazê-lo, naturalmente, como simples cidadão), somente podendo atuar como: a) custos legis e agente impulsionador da produção probatória; b) legitimado ativo subsidiário ulterior, na eventualidade de o autor originário dela desistir ou abandonar o feito e c) exequente subsidiário ulterior, caso o autor popular não execute o julgado dentro de 60 dias do trânsito em julgado, nos termos do art. 16 da Lei 4717/65 (MANCUSO, 2019, p. 92)

O procedimento da ação popular comporta litisconsórcio (artigos 113 a 118 do CPC) e assistência (artigos 119 a 124 do CPC), tanto no polo ativo quanto no passivo. A Lei da Ação Popular (art. 6º, §5º) é expressa no sentido da possibilidade

de o cidadão ser assistente litisconsorcial do autor popular. Quanto às modalidades de intervenção de terceiro Patrícia Miranda Tizol (2019, p.105) entende que em relação ao chamamento ao processo e à denunciação da lide, incide a vedação do art. 88 do CDC; as outras modalidades de intervenção de terceiro se aplicam, em tese, à ação popular.

Em relação à competência territorial, será competente o juízo local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Isso porque a ação popular é instrumento destinado à tutela de direitos coletivos *latu senso* e sujeita-se ao regime da jurisdição civil coletiva, aplicável às ações coletivas em geral, conforme dispõe o art. 2º da LACP e 93 do CDC (PIZZOL, 2019, p. 107).

A competência da União atrai a do Estado quando houver interesse comum a tais pessoas de direito público interno, assim como a do Estado traz para si a do Município, desde que haja juízo privativo dos feitos da Fazenda estadual.

Ademais, a propositura da ação previne a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/64), não se limitando essa regra de prevenção às ações populares, mas a todas as ações coletivas, como as ações civis públicas ou os mandados de segurança coletivos a respeito da matéria.

Todas as espécies de tutela prevista no Código de Processo Civil podem ser concedidas subsidiariamente em processo de ação popular. Assim, além da tutela de conhecimento, é plenamente cabível a tutela cautelar, antecipatória e executiva.

No tocante à tutela jurisdicional de conhecimento a ser pleiteada por via da ação popular (objeto imediato), nos termos do art.11 da Lei 4717/65 a sentença de procedência da ação popular, além de declarar a invalidade do ato impugnado, condenará o réu ao ressarcimento por perdas e danos.

Em função de interpretação literal do art. 11 surgiu posicionamento restritivo no sentido de que a sentença de conhecimento da ação popular somente pode ter por conteúdo a tutela desconstitutiva do ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa e eventual tutela condenatória de recomposição do dano causado.

Para Susana Henriques da Costa (2015, p. 111) este não parece ser o entendimento que melhor se coaduna com o atual modelo processual brasileiro. É que a lei da ação popular editada em 1965 fora concebida em uma época em que o direito processual ainda não estava plenamente desenvolvido, devendo o art. 11º ser

analisado dentro do contexto histórico de seu surgimento, devendo ser interpretado de acordo com os princípios atualmente vigentes.

Se o modelo processual brasileiro deve ser visto sob o enfoque da efetividade, do acesso à justiça, da visão instrumentalista, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, restringir o objeto imediato da ação popular a pedidos condenatórios e desconstitutivos redundaria numa ofensa a esses princípios, além de prejudicaria a prestação jurisdicional (MANCUSO, 2019, p. 183)

A ação popular não tem por objetivo somente a tutela do erário, trazendo em seu bojo supostas violações ou ameaças de violações a interesses difusos que não podem ser tutelados apenas por tutelas reparatórias. Necessário conceder, até em nome da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, proteção ampla, específica e integral aos interesses metaindividuais, com a possibilidade de concessão de tutelas inibitórias, mandamentais, executivas, dentre outras.

Onde o legislador de 1965 previu a possibilidade de condenação em perdas e danos do responsável, deve-se entender pela possibilidade de aplicação de todas as medidas existentes e necessárias para o desfazimento do dano e, somente em último caso, sendo este irreversível, buscar-se a condenação ao ressarcimento por perdas e danos (COSTA, 2015, p. 112).

2 DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Princípio da moralidade administrativa como causa autônoma na Ação Popular

O princípio da moralidade administrativa goza, no ordenamento jurídico brasileiro, de condição privilegiada. Figura expressamente em nossa Constituição, que, ao indicar os princípios reitores da Administração Pública (art. 37, caput), assim estabelece: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, torna-se pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Da mesma forma, prevê a Carta, no art. 5º, LXXIII, que qualquer cidadão poderá ajuizar ação popular para combater ato que, dentre outras hipóteses, atente

contra a moralidade administrativa. Ainda, no § 4º do art. 37, dispõe que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

A introdução do princípio da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 representa um divisor de águas, eis que até então a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos.

Segundo Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2020, p. 69) após a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a administração pública.

Contudo, pergunta que ecoa é em que consistiria a moralidade e como defendê-la? O próprio conceito de moralidade é variável conforme tempo e espaço. O que é imoral em determinado lugar não o é em outro. O imoral de ontem é o moral amanhã (GAJARDONI, 2012, p.106).

Em razão de uma indeterminação jurídica do conceito de moralidade, dentre os objetos tutelados pela ação popular, este desperta maior dificuldade de aplicação prática e diversidade de interpretações.

O senso e a consciência moral permeiam a existência da humanidade desde longínqua data, sendo alvo de importantes estudos no campo da filosofia.

Os romanos há muito distinguiam Direito e a moral com o brocardo *non omne quod licet honestum est*, ou seja, “nem tudo que é lícito é honesto”. Para Rodolfo Mancuso (2019, p. 119)

a moralidade administrativa situa-se na zona fronteira entre o Direito (normas de conduta atributivas, coercitivas e exigíveis) e a moral (normas de conduta aderentes aos sentidos do justo, do equitativo e do senso comum), e daí a dificuldade em conceitua-la, a par de uma certa resistência em admiti-la como categoria jurídica autônoma, ao argumento (inconvincente!) de aí se cuidar de conceito vago ou indeterminado, suscetível de subjetivismos.

Atendo-se ao conteúdo jurídico do conceito e princípio da moralidade administrativa sem divagar sobre a ótica filosófica, é possível afirmar que a moralidade administrativa é um parâmetro capaz de medir a proporção entre os meios e os fins, orientando a diferença entre a boa e má administração e deriva da legitimidade política e da finalidade pública (NIMER, 2016, p. 106).

Segundo Rodolfo Mancuso (2019, p.118) atribui-se a Hauriu os primeiros conceitos de moralidade administrativa que retirava o conjunto de regras de conduta

da disciplina interior da administração e propunha que, além de controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelos meios ordinários, impunha-se o contraste de algo mais consistente no exame de eventual desvio de poder da ação administrativa.

Para o citado autor, posteriormente o conceito foi desenvolvido por Walter como:

A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Para Fernanda Marinella (2018, p.86) o princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Muito se indaga se a defesa da moralidade administrativa permite a propositura da ação popular, independentemente da ocorrência de ilegalidade ou dano ao patrimônio público.

A doutrina administrativa até hoje dissente sobre quais podem ser os fundamentos (causa de pedir) do pedido de tutela do patrimônio público na ação popular: se basta a alegação de lesividade ou se esta deve ser precedida da alegação de ilegalidade.

Não raras vezes o STJ tem afirmado que é cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo.

Para o referido Tribunal, abalizado na doutrina de Ely Lopes Meirelles (2005, p.132/135) a ação popular há que sustentar em três requisitos: 1) O autor seja cidadão brasileiro; 2) ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar e 3) lesividade do ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a administração. (Resp. nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p.104) informa que diversos autores sequer aceitam a existência do princípio da moralidade administrativa, enquanto outros entendem que se encontra absorvido dentro do próprio princípio da legalidade.

José Afonso da Silva (2001, p.466) observa que a se exigir que um ato administrativo imoral seja também ilegal, isso irá “liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio”.

Para Susana Henriques da Costa (2015, p.110), após a inclusão da violação de moralidade administrativa como hipótese de cabimento da ação popular, a discussão restou um tanto quanto esvaziada, pois se o ato impugnado não lesar o patrimônio público, mas for ilegal, na maior parte das vezes, será também imoral, podendo ser, portanto atacado pela Ação popular.

Ainda que o conceito de moralidade contenha conteúdo vago que reclama seu confronto ao caso em concreto, a interpretação de um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação da regra jurídica ou princípio jurídico.

Rodolfo Mancuso (2019, p.122) afirma que a moralidade administrativa pode e deve ser considerada uma categoria autônoma, significando dizer que um ato administrativo pode ser: a) legalmente formal; b) não lesivo ao erário; mas inobstante, ser moralmente insustentável e vindicável em ação popular.

Para o autor, o constituinte inseriu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, não devendo o interprete enfraquecer a dicção constitucional, mas antes imprimir-lhe a máxima efetividade.

Neste sentido, a ideia se reforça pela norma do art. 37 caput da Constituição, que inclui a moralidade administrativa com um dos princípios a que a administração está sujeita.

Além disso o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para a propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa (DI PIETRO, 2000, p.632).

3 AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE CONTRA ATOS LESIVOS PRATICADOS EM TEMPO DE PANDEMIA

Após revisitado os conceitos e características da ação popular e da moralidade administrativa, demonstrando que tal instrumento manejado pelo cidadão se presta à proteção da coletividade, por si só, em razão de eventual afronta à

moralidade administrativa, necessário contextualizá-lo à luz dos atos lesivos praticados em tempo de pandemia.

Ao longo da Pandemia de COVID-19, verificou-se a proliferação de inúmeros atos no exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distritais e suplementar dos governos municipais que, revestidas do manto emergencial e do estado de calamidade, afrontaram a moralidade administrativa.

Tamanho número de atos destoados da moralidade administrativa já rendeu a pecha de “pandemia da imoralidade”.

No que pesem outros inúmeros instrumentos de proteção da *res pública* sobejamente manejados pelo Ministério Público e demais legitimados, a utilização da ação popular pelo cidadão se mostra como importante ferramenta de participação e cidadania.

O princípio fundamental de cidadania numa perspectiva abrangente, enfatiza direitos civis e políticos, além de referir-se também aos direitos do cidadão que corresponde a uma qualidade agregada de direitos e deveres oriundos da relação das pessoas com o Estado, entendendo-se que o cidadão é o indivíduo que goza dos direitos e deveres civis e políticos de um Estado (COSTA, 2016, p.76 *apud* VOLPINI, 2011, p.537-556).

Márcio Camarano (2006, p.113) aborda a proteção da moralidade administrativa pelo cidadão da seguinte maneira:

Na medida em que o próprio Direito consagre a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais judicializados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores judicializados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores judicializados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

A ação popular, com vistas a anular ato lesivo à moralidade administrativa oferece-se como uma das mais expressivas e formidáveis formas de exercício da cidadania e reconhecimento do Estado Democrático de Direito, passíveis de serem concretizadas por meio da provocação da tutela jurisdicional.

Contudo, não raras vezes o Julgador admita e reconheça a defesa da moralidade administrativa pela ação popular, esta tem sido relegada à guisa da

discricionariedade dos atos administrativos e preservação da separação dos poderes.

Em exercício de autocontenção em detrimento do chamado ativismo judicial, o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Para muitos, cabe ao chefe do executivo, e não ao Poder Judiciário, a escolha das políticas públicas aptas a fazer frente à pandemia do COVID-19.

Neste sentido foi a decisão do TJDF proferida no Agravo de Instrumento nº 0722113-37.2020.8.07.0000, que revogou a decisão liminar concedida em ação popular manejada em face do Distrito Federal que suspendia o Decreto Distrital 40.939/2020 que promoveu a flexibilização gradual em relação ao funcionamento de alguns segmentos do setor econômico local, trazendo a lume a potencialidade lesiva dos bens jurídicos tutelados:

Pois bem, dúvidas não subsistem que a discricionariedade do ato administrativo é um campo fértil para diversas elucubrações e, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade do gestor público pelas consequências do ato administrativo, não cabe ao poder judiciário, igualmente, sem embasamento em estudos elaborados por técnicos específicos das áreas envolvidas na matéria regulamentada, *in caso*, econômica e de saúde, presumir a existência de vício de ilegalidade.

A estrutura administrativa do Governo Local possui secretarias próprias nas respectivas áreas de saúde e economia para, em tese, embasarem as decisões tomadas pelo Poder Público na edição de seus atos normativos.

A presunção de legalidade, nesse caso, e de regularidade do ato, repese-se, milita em favor do poder executivo local, conclusão essa decorrente dos princípios elencados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Assim, divisa-se, portanto, eventual invasão de competência por parte do prolator da decisão fustigada, na medida em que não compete ao Poder Judiciário se imiscuir nas competências legislativas próprias do Poder Executivo, restando evidente que a manutenção da decisão resistida demonstra ainda a potencialidade lesiva ao bens jurídicos aqui tutelado, quais sejam, a ordem e a economia públicas.

Assim, a conveniência e a oportunidade apontam para a suspensão da decisão resistida.

Algumas decisões passam mais ao longe ainda, suscitando que sequer cabe ação popular para impugnar ato regulamentado por Decreto Municipal que envolva a saúde pública, sob alegação que os róis de direitos tutelados nos incisos LXXIII do art. 5º da CF/88 não contempla a saúde pública, eis que esta trata-se de direito difuso ou coletivo e deve ser manejada pela via da Ação Civil Pública e não pela Ação Popular.

Neste sentido, a decisão do TJPR proferida no Agravo de Instrumento advindo da Ação popular proposta em face do Município de Irati/PR e seu prefeito que deu provimento para julgar extinta a ação popular que visava tornar sem efeito decreto municipal que dava novo entendimento sobre atividades essenciais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DE AÇÃO POPULAR AJUIZADA PARA ANULAR DECRETO MUNICIPAL RELATIVO À PANDEMIA DE COVID-19. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR PARA BUSCAR RESGUARDAR GENERICAMENTE A SAÚDE PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO EXCESSIVAMENTE AMPLA DO QUE SEJA MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO PÚBLICO E MORALIDADE QUE NÃO SE COADUNA COM O AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR. ART. 5º, LXXIII, DA CF E ART 1º DA LEI FEDERAL Nº4717/65.

(...)

A saúde, no viés individual, integra o rol de direitos sociais, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal (“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”), e, no viés coletivo, integra o conceito de Seguridade Social, (“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”), dispondo de Capítulo próprio, no Título VIII da Constituição Federal.

Como se vê, a saúde pública não está abarcada no conceito legal de patrimônio público tutelável pela Lei da Ação Popular, não sendo possível a propositura da Ação como na forma pretendida. (TJPR - 5ª Cível - 0016183-30.2020.8.16.0000 - Irati - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 05.10.2020)

No mesmo sentido a 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo nos autos do processo 1023966-15.2020.8.26.0053, julgou extinta, sem resolução de mérito, uma ação popular que pedia a construção de um hospital de campanha na zona leste de São Paulo, região mais populosa da cidade e também a mais afetada pelo Coronavírus.

Naqueles autos destacou a Juíza Lais Helena Bresser Lang que a Constituição não trata de atos lesivos contra a saúde pública nas hipóteses de ação popular e que o texto não pode ser interpretado de forma extensiva.

Caso a intenção do legislador fosse a de permitir a discussão sobre o direito à saúde, no bojo da ação popular, tê-lo-ia previsto de forma assertiva ou então na categoria de "direito difuso ou coletivo", como *exempli gratia* encontra-se previsto na Lei 7347/85, que rege a ação civil pública.

Creio que ambas as decisões poderiam ser diferentes se enfrentado o tema sob a ótica da moralidade administrativa, vez que a moralidade administrativa não pode ser vista como uma modalidade de direito difuso, pois não tem a dupla dimensão individual e supraindividual, típica dos direitos difusos e coletivos. A moralidade, assim, constitui direito geral da coletividade. O interesse geral, por seu turno, é um interesse metaindividual, pois não pertence individualmente a ninguém, mas sim a toda sociedade.

Segundo Susana Henriques da Costa (2015, p. 41) a moralidade administrativa é um interesse mais amplo e genérico que um interesse difuso e pode

ser considerada um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. Trata-se de interesse geral.

O princípio da moralidade administrativa tem estado presente na pauta de julgamento das mais altas Cortes do país que em reiteradas decisões reconheceram a violação do aludido princípio é, por si só, fundamento para o desfazimento de atos praticados pelo Estado, sem a necessidade de concorrência de prejuízos materiais ou economicamente mensuráveis em desfavor da administração pública (COSTA, 2016, p.112).

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em conformidade com o precedente do tema nº 836 editado pelo Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. COMPROVAÇÃO DO ATO LESIVO. PREJUÍZO MATERIAL AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE.(...) Concluiu, entretanto, com base em precedentes do STJ e do STF, prescindível comprovar o prejuízo financeiro ao erário na Ação Popular, por entender suficiente a demonstração do ilícito (violação ao princípio licitatório) e de que a Administração deixou de adotar os critérios legais que prezam pela impessoalidade e moralidade na aquisição de bens e serviços pelo poder público, inviabilizando a competição entre os fornecedores e a escolha da proposta mais vantajosa pelo erário. (Eres 1192563/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, De 01/08/2019).

No âmbito da administração pública, o poder normativo é viabilizado por Decreto, ato privativo do Chefe do Executivo. Tal poder normativo confere à autoridade pública a prerrogativa de editar normas gerais e abstratas, nos limites da legislação. Os decretos, em essência, regulamentam lei em sentido formal, ou seja, se destinam à sua fiel execução, mas não estão adstritos da observância da moralidade administrativa.

Não há dúvida que o controle judicial das atividades administrativas é limitado. O controle judicial é restrito à legalidade dos atos da administração pública, pois a intervenção judicial em situações de discricionariedade administrativa, oportunidade e conveniência, em especial as relativas aos atos de polícia, violaria o princípio da separação dos poderes (denominado “controle do mérito dos atos praticados no exercício da função administrativa”. Todavia, isso não significa que os atos discricionários não são passíveis de controle judicial, em especial na verificação se a conduta do gestor é compatível com os limites da discricionariedade, cuja análise tem como referência justamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e moralidade administrativa.

CONCLUSÕES

A evolução da ação popular em nossa legislação atuando na defesa dos bens mais caros da administração e dos interesses da coletividade como um todo atribuíram à ação popular o reconhecimento de democracia participativa como instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão.

Partindo de um conceito inserto no art. 5º, LXXXIII da Constituição Federal de 1988 erigiu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, nitidamente reconhecido pelo STF em repercussão geral sobre o tema.

Em razão da pandemia de COVID-19 e o declarado estado de calamidade pública, inúmeras medidas excepcionais têm sido adotadas pelos entes governamentais e seus gestores. Não resta dúvidas a respeito da importância do Estado em disciplinar e gerenciar uma situação de emergência que exige ações e alocação de recursos públicos.

Ninguém estava preparado para enfrentar a pandemia do Coronavírus 19. A legislação também não estava preparada para um evento de proporções catastróficas, exigindo de todos um comportamento ético que lança a moralidade administrativa como status de superprincípio.

A relutância em analisar as ações populares sob os óculos da moralidade administrativa tem de sobremaneira dificultado a busca de um resultado útil do processo, ao passo que os julgadores se atêm a critérios objetivos de lesão ao erário ou ilegalidade do ato administrativo.

A moralidade administrativa, saliente-se deve ser tutelada por via da ação popular de forma autônoma, independentemente da ocorrência de alguma lesão ao erário ou ilegalidade.

Não raras vezes, conforme visto ao longo deste trabalho, a ação popular tem sido relegada, inclusive, sob pretexto que não se presta à defesa da saúde pública por não estar inserida no rol previsto no art. 5º, LXXXIII, da CF e art. 1º da Lei Federal nº4717/65. Este obstáculo deve ser facilmente transponível pelas razões de não serem possíveis dissociar de quaisquer atos administrativos o princípio regente da moralidade administrativa, que por si só, já legitima o cidadão a instar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de Julho de 1934, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso: 17 set de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de Outubro de 1988, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Lei 4717, de 29 de Junho de 1965**, Regula a Ação Popular, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

CAMMAROSANO, Márcio, **O Princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COSTA, Amarildo Lourenço, **Moralidade Administrativa na Ação Popular**, 1ª Ed. São Paulo: Baraúna, 2016.

COSTA, Susana Henriques da, **O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: Ação de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública, Ação Popular**, 2ª de, São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRARESI, Eurico, **Acabo Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos Processuais Coletivos**, 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca (et al.), **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249 de 02 de Junho de 1992**, 4ª Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, **Direitos Difusos e Coletivos II : (Ações Coletivas em Espécie : Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandato de Segurança Coletivo** -Coleção saberes do direito nº 35 – São Paulo : Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do Processo Coletivo**, 2ª de, São Paulo: RT, 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**, 7ª de, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12ª de, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, José Frederico. **As ações Populares no Direito Brasileiro**, RT 266/5.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 37ª edição, São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança**, 28ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

NIMER, Beatriz Lameira Corrico. **A Ação Popular Como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa** (2016) Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva: Processo e técnica de padronização das decisões**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR COM A FAMÍLIA EXTENSA PATERNA: UMA QUESTÃO DE DIREITO OU FALTA DE INFORMAÇÃO

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THE RIGHT TO FAMILY LIFE WITH THE EXTENDED FAMILY: A QUESTION OF LAW OR LACK OF INFORMATION

Marcela Andrioli Caserta Machado¹

Recebido/Received: 26.04.2022/April 26th, 2022

Aprovado/Approved: 01.06.2022/June 1st, 2022

RESUMO: O presente artigo visa analisar o direito de convivência da família extensa paterna, após a ocorrência de crimes contra a mulher, tipificados na Lei Maria da Penha. Não há como negar o avanço legal trazido pela legislação em proteção à mulher. No entanto, apesar do ordenamento jurídico garantir a ampla convivência da criança e do adolescente com a família, o que se observa é extensão, ainda que velada, da “culpa” e por consequência, da restrição da convivência a família extensa paterna, como se estes fossem cúmplices do crime. Recentemente foi aprovada a Lei 14.340 de 18 de maio de 2022, que altera dispositivos expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Alienação Parental, garantido além de uma melhor análise técnica acerca dos impactos da convivência familiar do menor com os genitores e a família extensa, ainda a garantia de sua ocorrência, ainda que assistida. Cumpre destacar que, apesar da legislação prever o direito a convivência, os dispositivos se mostram vagos permitindo a ampla interpretação dos juristas, que por vezes imbuídos de convicções pessoais, acabam por restringir o direito de convivência familiar, em especial, da família extensa paterna. Assim, seja em decorrência da ausência de regulamentação explícita ou desinformação geral, o que se observa é a ocorrência gradativa do rompimento dos vínculos do menor com a família extensa paterna.

PALAVRAS-CHAVE: Convivência familiar; família extensa; violência doméstica contra a mulher.

ABSTRACT: This article aims to analyze the right of coexistence of the paternal extended family, after the occurrence of crimes against women, typified in the Maria da Penha Law. There is no denying the legal advance brought by legislation in the protection of women. However, despite the legal system ensuring the broad coexistence of children and adolescents with the family, what is observed is an extension, even if veiled, of the "guilt" and consequently, of the restriction of

¹ Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP/Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP. Professora no Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Advogada.

coexistence of the paternal extended family, as if they were accomplices of the crime. Recently, Law 14,340 of May 18, 2022 was approved, which amends the provisions expressed in the Statute of the Child and Adolescent and the Parental Alienation Law, guaranteed in addition to a better technical analysis of the impacts of the child's family life with parents and the extended family, while also ensuring its occurrence, even if assisted. It should be noted that, although the legislation provides for the right to coexistence, the devices are vague allowing the broad interpretation of jurists, who sometimes imbued with personal convictions, end up restricting the right of family coexistence, especially of the paternal extended family. Thus, due to the absence of explicit regulation or general disinformation, what is observed is the gradual occurrence of the break of the child's ties with the paternal extended family.

KEYWORDS: Family life; extended family; domestic violence against women.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o direito de convivência da criança e do adolescente com a família extensa paterna quando há a ocorrência de violência doméstica contra a mulher, a genitora.

Analisando o cotidiano das famílias, pode-se observar que, quando ocorre o crime de violência doméstica contra a mulher, há uma ruptura da convivência da criança e do adolescente com a família extensa paterna, em especial com os avós. Essa ruptura pode ocorrer logo após a violência ou no decorrer no procedimento judicial, dada a existência da concessão de medida de proteção, que determina o afastamento do agressor da vítima. Talvez pela falta de conhecimento da vítima na compreensão da diferenciação entre a conjugalidade e a parentalidade, aquela acaba por criar obstáculos à convivência. E a família extensa paterna, por desconhecer seus direitos, acaba por se afastar, havendo assim, a inefetivação de direitos considerados fundamentais ao menor.

Como se não bastasse isso, os meios de comunicação estão repletos de informações duvidosas ou inverídicas, que acabam por desmotivar a busca pelo convívio familiar.

Surge então o questionamento, há realmente uma lacuna legal na garantia do direito de convivência da família extensa, em especial a paterna, com a criança e o adolescente ou tão somente ausência de propagação correta dos direitos dos envolvidos? Por intermédio do método de pesquisa bibliográfica, buscou-se na doutrina e nas leis a resposta de tal questionamento.

Assim, o presente trabalho inicialmente discorrerá sobre as entidades familiares, as influências sociais sofridas por ela e por fim, apresentará as espécies de família, tendo como enfoque a conjugal e a extensa.

A seguir, será estudada a violência doméstica contra as mulheres, e suas implicações legais seja no aspecto de proteção da vítima, bem como dos impactos sobre a entidade familiar, tais como a possibilidade de destituição do poder familiar, em razão da prática criminosa.

Por fim, serão apresentadas posicionamentos doutrinários e leis que versem sobre o direito de convivência da criança e do adolescente com a família extensa, demonstrando pontos que merecem melhoria, bem como a falha existente na propagação dos direitos dos envolvidos.

Reitera-se que não se buscará o esgotamento das indagações relacionadas ao tema, mas sim uma reflexão, a fim de que se possa caminhar em sentido a garantia dos direitos da criança e do adolescente, bem como de seus entes familiares.

1 DA FAMÍLIA E SUAS ESPÉCIES

Paulo Lobo (2021, p. 8) ao discorrer sobre as espécies familiares e os impactos por elas sofridos com as evoluções sociais, elucida brevemente algumas variações sofridas:

À família, ao longo da história, foram atribuídas funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.

Na visão do autor, parte dessa mudança pode ser atribuída ao advento dos Estados Sociais, que após as diversas revoluções, passaram a intervir nas relações privadas e nos poderes econômicos, com o objetivo de proteger os mais fracos. Assim, acabou por alterar as relações no âmbito das famílias, tendo como nota dominante a solidariedade social e a promoção da justiça, com a inclusão e equalização de seus membros, com fito à promoção da dignidade da pessoa humana. (LOBO, 2021, p. 8).

Rodrigo da Cunha Pereira (2022, p.14) enaltece a importância da Constituição Federal Brasileira de 1988 como um “divisor de águas” quanto a disciplina das normas atinentes ao Direito das Famílias:

Os movimentos sociais e a revolução dos costumes nas décadas de 1960 e 1970, consequência do movimento feminista e do pensamento psicanalítico foram absorvidos pelo Texto Constitucional de 1988. Foi somente a partir daí, como já se disse anteriormente, que o Estado, constitucionalmente, passou a dar proteção às famílias que não fossem constituídas pelo casamento. Então, podemos vê-la como um gênero que comporta várias espécies, sejam conjugais ou parentais. É o reconhecimento de que a família não é mais singular. É plural.

Assim, quando as famílias deixam de se formar com fins religiosos ou patrimoniais, e o Estado passa a ter interesse no fomento dos laços de amor e afeto a fim de assegurar a dignidade dos indivíduos, surge um maior amparo jurídico das inúmeras espécies de entidades familiares.

A lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a estabelecer um consenso sobre as espécies de família existentes, dividindo-as pelas mais variadas formas de classificação.

Uma forma bem interessante de se classificar os modelos de família, é por meio da divisão entre aquelas expressamente previstas na Constituição Federal e as implicitamente previstas. As primeiras dividem-se em matrimonial, convivencial e monoparental. Já o rol das segundas é muito mais extenso, abarcando as unipessoais, anaparental, pluriparental, extensa, homoafetiva, paralelas, poliafetiva, solidária, virtual, coparental e multiespécie. (DA ROSA, 2020, p. 81 – 237).

Porém, há doutrinadores, à exemplo de Rodrigo da Cunha Pereira, que dividem as famílias em duas grandes classes, as quais são compostas por inúmeras espécies. A primeira classe é conjugal, a qual contempla a formação da família pelo matrimônio ou união estável, seja, homossexual ou heterossexual. Já a segunda classe, a parental, possui uma enorme gama de espécies, sendo elas: anaparental, monoparental, multiparental, extensa, adotiva, ectogenética, coparental e homoparental. (PEREIRA, 2021, p. 14-18)

Nota-se que a despeito de os juristas apresentarem algumas espécies diferentes, há uma enorme semelhança nas classificações, alterando tão somente os parâmetros utilizados. No entanto, merece destaque que, as variadas denominações além de decorrerem da lei e de julgados, se fizeram necessárias para assegurarem prerrogativas correlatas ao Direito de Família, tais como a proteção do bem de família, questões previdenciárias, dentre outras.

Dada a vasta gama de conceituações das espécies acima relacionadas, para o presente trabalho mostra-se importante a conceituação dada às famílias conjugais e extensa.

A família conjugal é aquela composta pelo matrimônio ou pela união estável, ou seja, é aquela que se estabelece pelo amor, afeto e sexualidade. Também possui características da família nuclear, onde a entidade familiar é reduzida aos genitores e seus filhos. (PEREIRA, 2021, p.20).

Já a família extensa, em razão de sua conceituação não ser de amplo domínio social, serão tecidas maiores considerações. Nas palavras de PEREIRA (2021, p. 28) extensa: “É a família que vai além do seu núcleo pai, mãe, filhos, estendendo –se a outros parentes, como avós, tios e primos.”

Conrado Paulino da Rosa (2020, p.190) ao discorrer sobre essa espécie de família, ensina que:

Novidade trazida com as mudanças do Estatuto da Criança e do Adolescente com o advento da Lei de Adoção (12.010/09), a família extensa ou ampliada, alargou um conceito jurídico de família não apenas de forma restritiva aos genitores, mas também formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (artigo 25, parágrafo único ECA)

O artigo 25, parágrafo único do ECA, citado pelo autor, prevê que:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se 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.

Logo, compõe a família extensa os avós, tios, primos, sejam maternos ou paternos. O jurista explica a importância da conceituação de tal espécie familiar na lei e para o exercício jurídico:

A utilização da nomenclatura tem sido restrita a questões em que se mostra necessária a colocação em família substituta, entre elas, a guarda de terceiros, tutela ou adoção, nos termos do artigo 28 do ECA. Isso porque, nos termos do parágrafo 3º do artigo 28 do Estatuto, na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida para a criança ou para o adolescente. (DA ROSA, 2020, p. 190)

Apesar do autor enaltecer a importância da conceituação dessa espécie familiar, com base na possibilidade da colocação em famílias substitutas, para o presente trabalho, conhecer os membros que a compõe visa demonstrar a importância da extensão do convívio familiar, aos demais componentes familiares.

Feitas estas breves ponderações sobre as entidades familiares, a seguir será analisada a questão da violência doméstica e suas implicações jurídicas no para o direito de família.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

A violência contra a mulher, dentre suas inúmeras formas de origem, quando analisada no seio familiar, pode ser atribuída na função que lhe era dada na formação da família. Conrado Paulino da Rosa (2020, p. 26), elucida que:

[...] famílias, que eram verdadeiras unidades políticas agrícolas, religiosas e sociais, a mulher, os filhos e demais agregados, verdadeiros súditos, estavam sujeitos ao poder absoluto do seu fundador, formando entre eles o denominado parentesco *agnaticio* ou político, não necessariamente cognaticio ou natural, isto é, um parentesco que independia do vínculo consanguíneo.

Pelas palavras do autor, observa-se que, a mulher e os filhos estavam sujeitos ao pátrio poder, que a depender do indivíduo que o exercesse, os tratavam como de sua propriedade.

Da Rosa (2020, p. 35) explica justamente isso:

Tal qual um semovente ou um qualquer móvel, o tratamento conferido na antiguidade da mulher era de mera transferência de proprietário onde, de forma incontestada, nem mesmo a lembrança do culto de seus antepassados lhe era permitido.

Desta maneira, mostrou-se imperiosa a necessidade da criação de normas jurídicas que visavam tutelar o direito das mulheres, determinando a adoção de medidas de proteção destas em especial no âmbito familiar.

Damásio de Jesus (2015, p. 7) explica que:

A violência é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global quanto localmente, no público e no privado, estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser considerados como formas de violência.

O doutrinador (2015, p. 7) ainda complementa que:

Nas sociedades onde a definição do gênero feminino tradicionalmente é referida à esfera familiar e à maternidade, a referência fundamental da construção social do gênero masculino é sua atividade na esfera pública, concentrador dos valores materiais, o que faz dele o provedor e protetor da família. Enquanto atualmente, nessas mesmas sociedades, as mulheres estão maciçamente presentes na força de trabalho e no mundo público, a distribuição social da violência reflete a tradicional divisão dos espaços: o homem é vítima da violência na esfera pública, e a violência contra a mulher é perpetuada no âmbito doméstico, onde o agressor é, mais frequentemente, o próprio parceiro.

Ou seja, demonstrado que a violência contra mulher em densidade maior é perpetrada no seio familiar, não há como negar as influências negativas de tal conduta no desenvolvimento dos filhos.

Maria da Penha Maia Fernandes, na obra de Maria Rita D'Angelo Seixas e Maria Luiza Dias, a homenageada e principal responsável pela promulgação da lei 11.340/2006 – conhecida como Lei Maria da Penha – enaltece que no Projeto “Questão de Gênero”, desenvolvido pela equipe da promotora de justiça do Mato Grosso Lindalva Rodrigues Correia, foram coletados dados oficiais da Organização Mundial da Saúde (OMS), divulgados no relatório da Anistia Internacional em 2004, onde foram constatados os seguintes índices e conclusões:

[...] no Brasil, de cada 100 mulheres brasileiras assassinadas, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas, razão pela qual a violência doméstica é considerada um problema de saúde pública, já que o Brasil perde 10,5% do seu produto interno bruto por esta causa, pois a mulher agredida falta ao trabalho e ainda faz uso do sistema de saúde pública para tratamento. (SEIXAS E DIAS, 2013, p. 5)

Ou seja, as consequências da violência doméstica ultrapassam as barreiras da residência do casal, afetando também política e economicamente, o país.

A Convenção de Belém do Pará promulgada pelo Decreto 1973/1996 em seu artigo 1 prevê:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (BRASIL, 1996)

Ainda, no artigo 2:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; [...] (BRASIL, 1996)

Ou seja, antes mesmo da promulgação da Lei Maria da Penha em 2006, o Brasil já havia se comprometido a coibir a violência contra a mulher, ainda que no âmbito familiar. No entanto, ao que parece, a norma não possuía grande aplicabilidade, sendo necessária a ocorrência da barbárie ocorrida com a Maria da Penha, e sua provocação junto ao Comitê Interamericano de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) para que alguma atitude fosse adotada.

A história de Maria da Penha não se difere muito de outras histórias de violência doméstica. Ela sofreu duas tentativas de homicídios praticadas por seu marido, uma enquanto dormia e outra durante o banho, que lhe deixaram a seqüela física da paraplegia. Ante a inércia das autoridades públicas a vítima em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o CLADEM (Comitê Latino- Americano e do Caribe pela Defesa das Mulheres) apresentaram uma denúncia contra o Brasil no CIDH da OEA, fundada na “clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais.” (SEIXAS; DIAS, 2013)

No relatório final a CIDH da OEA concluiu que:

Afirmou que “a violação sofrida se constitui uma tolerância de todo o sistema que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. (...) não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, para punir esses atos”.

• Mencionou o compromisso assumido por nosso país através da ratificação dos Tratados Internacionais assinados em 1984 e em 1994 (Convenção Cedaw e Convenção de Belém de Pará, respectivamente****).

• Lembrou ser dever do Estado “tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher”. (SEIXAS; DIAS, 2013, p. 4)

Dada a denúncia, foram recomendadas várias ações com a finalidade de proteger as mulheres e em 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei Federal 11.340/2006 – Lei Maria da Penha - de relatoria da Deputada Federal Jandira Feghali.

A supramencionada lei prevê em seu artigo 5º que:

Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar conta a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

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.

Osório (2004) *apud* Damásio (2015, p. 10) observa que:

a violência doméstica pode ser definida segundo duas variáveis: quem agride e onde agride. Para que a violência sofrida por uma mulher esteja enquadrada na categoria “conjugal”, é necessário que o agressor seja uma pessoa que frequente sua casa, ou cuja casa ela frequente, ou que more

com ela – independentemente da denominação: marido, noivo, namorado, amante etc. O espaço doméstico, portanto, torna-se a segunda variável, delimitando o agressor como pessoa que tem livre acesso a ele.

Configurada a violência e constada as variantes acima, a Lei Maria da Penha passa a destacar inúmeras prerrogativas em defesa da mulher, tais como: a inclusão da mulher em cadastro de programas assistenciais do governo; manutenção do vínculo trabalhista quando necessário seu afastamento; encaminhamento à assistência judiciária para eventual ajuizamento de ações que impliquem no término da relação conjugal; assistência médica e psicológica; concessão de medidas protetivas de urgência; dentre outras garantias. (BRASIL, 2006)

Maria Rita De Seixas e Maria L. Dias (2013, p. 5) elucidam que:

Segundo a Jurista e Promotora de Justiça de Mato Grosso, Lindinalva Rodrigues Corrêa: “A Lei Maria da Penha, ainda que tardiamente promulgada, já que o Brasil é o 18o país da América Latina a efetivar uma lei com tais características, constitui um marco inigualável na luta por igualdade de gênero e foi elaborada atendendo aos ditames constitucionais vigentes, tratando-se de medida de ação afirmativa, tanto servindo para a punição do agressor, como para o tratamento da vítima e de seus familiares, a fim de se buscar a efetiva diminuição da desigualdade e da violência em si, visando, em última análise, resguardar e proteger as famílias brasileiras”.

Apesar de a lei representar um avanço quanto a tutela de proteção a mulher, a lei não versa amplamente sobre os direitos inerentes a filiação, seja para a vítima ou o agressor, sendo tais direitos resguardados pela Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Carta Magna, em seu artigo 227, traz no §8º tímida previsão que determina: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Já o Código Civil, prevê em seu artigo 1638, parágrafo único que:

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; [...] (BRASIL, 2002)

No entanto, vale mencionar que tais medidas de proteção foram inseridas no código civilista somente no ano de 2018, por intermédio da Lei 13.715.

Porém, como restará demonstrado no tópico a seguir, tais medidas de proteção deverão ser aplicadas com parcimônia e em atenção ao melhor interesse

do menor, sem que, a perda do poder familiar do agressor implique na ruptura da convivência dos menores com a família extensa paterna.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 24 prevê que:

A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Ou seja, as legislações apresentadas demonstram a possibilidade de intervenção Estatal em caso de violência, a perda ou suspensão do poder familiar, e por fim determina a necessidade do devido processo legal, nos casos dessa natureza.

Cumpra por fim, esclarecer que, infelizmente algumas mulheres utilizam-se da proteção concedida a elas para afastarem seus filhos dos genitores, apresentando falsas denúncias de violência doméstica, a fim de assegurar medidas protetivas de afastamento. Em razão disso, houve a promulgação em 2010 da Lei 12318, conhecida como Lei da Alienação Parental, que em seu artigo 2º, conceitua como ato de alienação parental:

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ainda a norma traz no parágrafo único do referido artigo, o rol exemplificativo de condutas que poderão caracterizar alienação parental, merecendo destaque o inciso VI: “apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente”. Face tal disposição, a referida lei vem sofrendo inúmeras críticas e tentativas de revogação, que até o presente momento, restaram inexitosas.

Apresentadas essas breves colocações sobre a violência contra a mulher e suas consequências jurídicas, no que tange aos filhos, passa-se aos estudos do direito de convivência da criança e do adolescente com a família extensa paterna, ainda que comprovado o crime de violência contra a genitora.

3 DIREITO DE CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM A FAMÍLIA EXTENSA PATERNA

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 227 prevê que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Pela leitura do artigo observa-se que a convivência familiar é uma prerrogativa constitucional garantida a criança e ao adolescente, sendo dever não só da família, mas também do próprio Estado assegurar sua ocorrência.

Ainda, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente caminhando no mesmo sentido prevê:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

O artigo 16 do ECA, elencado entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ao versar sobre a garantia de liberdade, em seu inciso V preceitua que: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação” (BRASIL, 1990)

O convívio com os avós possui tamanha importância, que em 2011 a Lei 12.398 acresceu ao artigo 1589 do Código Civil, que versa sobre o direito de convivência, o parágrafo único que estabelece: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.” (BRASIL, 2011) Apesar da lei falar em “direito de visita”, atualmente houve sua substituição por “direito de convivência”.

Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 433) enaltece a importância do convívio com a família extensa ao defender que:

É no núcleo familiar que os menores receberão os cuidados necessários ao seu crescimento e desenvolvimento como cidadãos. Essa atmosfera deve ser protegida de forma a sempre propiciar as melhores condições para a formação biopsíquica dos menores, garantindo-lhes o cumprimento e a aplicação dos direitos fundamentais a eles conferidos. Toda criança e adolescente tem o direito à ampla convivência familiar – incluindo todos os parentes, principalmente, seus avós maternos e paternos.

No mesmo sentido caminha Paulo Lobo (2021, p. 93):

É grande o consenso da doutrina brasileira, com reflexos em decisões judiciais, de que o direito de visita, no sentido de direito à convivência, não se esgota na pessoa do pai não guardião. Os parentes deste não podem ter seu contato com a criança ou o adolescente negado, para que as relações de família não sejam dificultadas ou obstadas. Se o juiz entender que a extensão atende efetivamente ao melhor interesse da criança, deve assegurá-la, pois o princípio que o estabelece é norma jurídica. Nesse

sentido, a Lei n. 12.344/2011 assegurou aos avós o direito de visitas aos netos.

Logo, não sendo comprovado que os avós ou tios paternos representem qualquer risco ao desenvolvimento sadio do menor, não há por que permitir o rompimento do convívio entre a criança ou o adolescente e a família extensa.

No entanto, observa-se o rompimento desta convivência quando ocorrem os crimes de violência contra a mulher. Tal situação decorre da obscuridade e má interpretação da lei, uma vez que inúmeras são as normas jurídicas que versam sobre a suspensão ou destituição do poder familiar, ou direito de convivência quando ocorre violência contra a mulher, no entanto, é escassa a regulamentação jurídica quanto aos efeitos sobre a família extensa.

Antônio Cezar Lima de Fonseca em seu artigo sobre “A ação de destituição do pátrio poder” – a denominação “pátrio poder” deve-se ao fato que o artigo foi escrito antes do advento do Código Civil de 2002 – esclarece que a sentença de destituição do poder familiar tem cunho declaratório, constitutivo e condenatório. (FONSECA, 2000)

Considera-se declaratória, porque declara a hipótese legal de perda do poder familiar. A sentença é constitutiva pois o juiz deverá estabelecer a nova condição do menor, isto é, quem exercerá o poder familiar. E por fim, é condenatória, porque o genitor ou genitores são condenados à perda de um direito, quer seja, os direitos inerentes a filiação. (FONSECA, 2020).

Cite-se o artigo 1638 do Código Civil, que em seu parágrafo único, alínea “a” prevê a perda do poder familiar, conforme já visto, no entanto, tal perda não deve atingir os laços familiares com a família extensa:

(...) destituição do poder familiar atinge apenas os direitos/deveres relacionados no art. 229 da CF, art. 1634 do CC e art. 22 do ECA, não trazendo reflexos quanto à situação pais/filhos para os demais fins e efeitos, persistindo o vínculo parental entre estes (e seus respectivos parentes) e, por via de consequência, os impedimentos matrimoniais, os direitos sucessórios recíprocos e o dever de prestar alimentos. Vale lembrar que somente poderá haver a "perda da condição de filho", para todos fins e efeitos (ressalvados os impedimentos matrimoniais) no caso de adoção por terceira pessoa. DIGIÁCOMO, 2017)

Portanto, qualquer decisão, seja na seara intrafamiliar ou mesmo jurídica, que determine a perda do poder familiar, não tem o condão de romper com os laços familiares da família extensa, neste trabalho enfatizando a linhagem paterna.

Cumpra destacar que nos termos do parágrafo único do artigo 163 do ECA: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança e do adolescente”. (BRASIL, 1990)

Da mesma maneira determina o artigo 102, 6º da Lei de Registros Públicos ao preceituar que serão averbados no livro de nascimento: “a perda e a suspensão do pátrio poder”. (BRASIL, 1973)

No entanto, em nenhum dos dispositivos é determinado o cancelamento da certidão de nascimento, e portanto, a sentença não tem o condão de tornar sem efeito o assento de nascimento, nem tão pouco tornar sem efeito os laços de parentesco, sejam naturais ou civis.

Infelizmente, como já dito, apesar de louvável os esforços para proteger o menor de qualquer tipo de violência, ainda que não praticada diretamente contra ele, por meio da criação de novas leis acerca da matéria, a omissão legislativa quanto aos impactos da suspensão ou destituição do poder familiar sobre a família extensa se perpetua.

Recentemente, foi amplamente divulgada a aprovação pelo Senado do projeto de lei 634/2022 que altera as leis 12.318/2010, conhecida como Lei de Alienação Parental, e 8.069/1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nas manchetes vinculadas a aprovação há a informação de que a lei proibiria a concessão da guarda compartilhada à genitores acusados de praticarem violência doméstica.

O G1 lançou chamada sob o título “Senado aprova projeto que proíbe guarda compartilhada para pais acusados de violência doméstica”, e no corpo da reportagem o destaque é a impossibilidade da concessão da guarda compartilhada. Ocorre que, na redação aprovada pelo Senado, o artigo 2º que alteraria artigo 6º da Lei de Alienação Parental foi vetado, e portanto, a proibição não foi matéria de aprovação. Isto é, matérias jornalísticas com desinformações como esta somente servem para fomentar rupturas familiares. (G1, 2022)

O referido projeto, no dia 19 de maio de 2022 foi sancionado pelo presidente transformando-se na Lei nº 14.340, e o veto acima mencionado foi mantido. Ou seja, a norma não faz qualquer menção à impossibilidade da concessão da guarda compartilhada em caso de violência, ao contrário, traz em seu bojo diversas medidas que visam assegurar a ampla convivência do menor com os genitores.

Porém, apesar de parecer um retrocesso o veto acima mencionado, em especial, no que tange a proteção da mulher e dos filhos, na realidade, a lei traz notório avanço ao melhor interesse da criança, uma vez que, em seu bojo a necessidade de garantia da convivência, ainda que assistida, bem como a imposição da realização eficaz de estudos psicossociais para análise da dinâmica familiar.

Ou seja, a lei traz benefícios aos filhos que convivem em um ambiente familiar onde existe a suspeita de violência doméstica, uma vez que, os estudos que deverão ser realizados, trarão pareceres especializados sobre os impactos causados pela convivência familiar sobre o bem-estar emocional e físico do menor.

Assim, se comprovada qualquer violação aos direitos da criança e do adolescente, as análises técnicas servirão de subsídio para a busca de uma solução que vise o menor impacto ao bom desenvolvimento daqueles. No entanto, cumpre ressaltar que usualmente o foco dos estudos engloba a dinâmica da família conjugal, destinando pouca atenção a convivência com a família extensa.

O que se pode notar é que, apesar da vasta disposição legal e doutrinária sobre o direito dos avós de usufruírem da companhia de seus netos, a jurisprudência tem escassos exemplos da concessão, talvez por desinformação dos familiares quanto a garantia de seus direitos, ou a nebulosidade que impera quanto a extensão dos efeitos da suspensão ou destituição do poder familiar, ou mesmo por medo do julgamento extensivo quanto aos atos de violência do filho praticado em desfavor da genitora do neto.

Dada a dificuldade de acesso a jurisprudência sobre o assunto, em razão de sua natureza que impõe o segredo de justiça, foi então realizada pesquisa junto ao site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, que é referência em assuntos relacionados ao Direito das Famílias. No entanto, não foi possível encontrar nenhuma jurisprudência que assegure o direito de convivência dos avós paternos com os netos, quando há a imposição de medida protetiva.

Desta maneira, demonstra-se a importância da análise da problemática debatida neste trabalho, isto é, a dificuldade na localização de jurisprudência sobre o assunto decorre da deficiência de informação da família extensa acerca de seu direito de convivência com a criança e o adolescente, ou da ineficiência das normas atinentes à matéria, quanto aos parâmetros a serem aplicados.

Pelas legislações e trechos doutrinários acima apresentados é possível adotar o entendimento de que há ausência de informação por parte da família extensa

acerca dos seus direitos, em especial, quanto aos avós paternos. Apenas a título de exemplo, colaciona-se ao trabalho jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconheceu o direito dos avós maternos de exercerem o direito de visita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DOS AVÓS MATERNOS AOS NETOS. O direito de visita dos avós aos netos está assegurado na esteira do disposto no artigo 1.589, parágrafo único, do Código Civil Na hipótese, considerando o contexto retratado aos autos vínculo afetivo entre os avós e netos e o conflito existente entre avós e a guardiã, convém que o convívio ocorra uma vez por mês, de sexta a domingo. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de Instrumento Nº 70080304405, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 20/03/2019). (TJ-RS - AI: 70080304405 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 20/03/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2019)

No mesmo caminho segue o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Agravado de instrumento. Direito de família. Regulamentação de visitas. Avós maternos. Prevalência do interesse do menor. 1. É inquestionável o direito dos progenitores de visitarem e terem o neto em sua companhia, especialmente como forma de ampliar os laços afetivos e proporcionar a continuidade da convivência familiar que já vinha sendo mantida antes das desavenças familiares. 2. Inexistindo qualquer indicativo de que a criança será prejudicada caso intensifique o convívio mensal com seus avós, inclusive com pernoites, é de se manter a decisão que garante a eles o direito de visitas. 3. Agravado desprovido. (TJDF – AGI nº 20110020259063, Relator Antoninho Lopes, 4ª Câmara Cível, J. 11/12/2013).

Ou seja, quando pleiteado judicialmente, o direito de convivência é garantido.

No entanto, como já mencionado, talvez por ausência de informações claras ou mesmo por assumirem a posição de corresponsáveis pela violência ocorrida entre seu filho e a esposa/ companheira, o que se observa é o afastamento dos avós paternos da convivência com os netos, acarretando flagrante violação aos preceitos fundamentais da criança e do adolescente.

Portanto, tal debate, demonstra a necessidade de destinação de holofotes a tal questão, uma vez que assim como a melhoria legislativa, o acesso à informação irá corroborar para a garantia do efetivo direito de convivência dos avós paternos com seus netos, após um episódio de violência contra mulher.

CONCLUSÕES

Diante dos fatos, doutrinas e leis analisadas, observou-se que, o surgimento da família, tinha como elo a perpetuação de cultos religiosos e manutenção de

propriedades. Nos primórdios, a mulher e os filhos eram vistos como propriedade dos homens, sendo que inúmeros rituais reforçavam a ideia de submissão.

Com o advento dos Estados Sociais, tal panorama foi gradativamente sendo alterado. No Brasil, apesar das constituições federais anteriores já terem destinado parte de seu texto a regulamentar o Direito de Família, não há como duvidar que a Constituição Federal de 1988 representou um divisor de águas nas garantias concedidas a mulher, aos filhos e a multiplicidade de espécies familiares.

Atualmente, a doutrina e legislação reconhecem inúmeras espécies de famílias, que a depender do doutrinador, podem receber nomenclaturas e conceituações diferenciadas. Neste trabalho foi dada ênfase à duas espécies de famílias, a conjugal e a extensa, a fim de garantir a melhor compreensão do tema.

Foram apresentadas também as evoluções legislativas atinentes a proteção da mulher contra a violência doméstica, apresentando sucintamente o caso da Maria da Penha, e os desdobramentos jurídicos que acarretaram a promulgação de uma lei com seu nome. A referida norma, além de conceituar o que é violência doméstica, ainda traz em seu bojo algumas medidas a serem adotadas em prol da proteção da mulher. No entanto, apesar do avanço que a lei representa para a proteção do gênero feminino, pouco é mencionado a respeito dos procedimentos a serem adotados no que tange a criação dos filhos e sua convivência com o agressor e sua família. Logo, as questões práticas relacionadas ao Direito de Família em caso de violência são atendidas pela Constituição Federal, ainda que de maneira tímida, bem como pelo Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente e demais leis esparsas.

Os estudos demonstraram que a legislação garante de maneira ampla a convivência do menor com a família extensa. Porém, diante da ocorrência do crime de violência doméstica, e a possibilidade de destituição do poder familiar do agressor, a lei torna-se nebulosa quanto aos limites dos efeitos da destituição. É neste momento que se observa a ruptura do convívio da família extensa paterna, em especial, dos avós com os netos. Seja por falta de clareza da legislação, da propagação equivocada de informações por meios midiáticos, ou mesmo da dificuldade das vítimas de diferenciarem a conjugalidade da parentalidade, o que se observa é a violação de um direito fundamental da criança e do adolescente, quanto a sua liberdade de convivência com a família extensa paterna.

Não há como não reconhecer que, o afastamento do menor, daqueles por quem nutre um amor, e representam a sua ancestralidade, acarreta prejuízos em seu sadio desenvolvimento físico, moral, psíquico e afetivo.

Desta maneira, serve o presente trabalho para chamar a atenção da família, para que reflita sobre a real necessidade dessa ruptura e busquem se informar sobre os limites estabelecidos pela destituição do poder de família do agressor e seus reflexos.

Alertar os legisladores, para que prestem atenção na necessidade de adequação das legislações atinentes a matéria, uma vez que, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas discorrem sobre a notória importância do convívio familiar, e das hipóteses de destituição do poder familiar, sem elucidar de maneira clara os impactos que causados por este no convívio da família extensa.

Chamar a atenção dos sujeitos processuais, para que empreguem a sensibilidade que os casos exigem, realizando estudos psicossociais a fim de ponderar o melhor interesse do menor quanto a convivência. Neste aspecto, restou demonstrada a importância da lei 14.340/2022 sancionada pelo presidencial, onde por meio da alteração de artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da Lei de Alienação Parental, houve a expressa necessidade da realização de estudos psicossociais, mais aprofundados, bem como da garantia do direito de convivência do filho com o genitor, ainda que de maneira assistida.

Por fim, convida a sociedade para pensar sobre este problema latente, que é a ruptura do convívio do menor com a família extensa paterna, em decorrência de um erro cometido por seu genitor, e que indubitavelmente acarretará impactos no desenvolvimento sadio desta criança ou adolescente. E ainda, da necessidade de propagação responsável de informações relacionadas ao Direito de Família, uma vez que tal ramo do Direito tem afetação direta com todo e qualquer cidadão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm?msckid=4f52073fc1fe11ec8c6ed1905c83ac6d. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm?msckid=eaf94c63c1f811ec8a9579316fca48cd. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Decreto 1.973 de 1º agosto de 1996**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm?msckid=ed2b7207c25511ec8dcb80bc0a8b9f61 . Acesso em 22 de abril de 2022.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm?msckid=e258ea03c1f811ec84729924f8589c85. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm?msckid=eddf433fc24911eca975444766e74b52. Acesso em 22 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm?msckid=b3f039fcc25a11ec8fc39d77ef877777 Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm?msckid=cf778898c26211ec8c2152bee5db13a4 Acesso em 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Projeto de lei 634 de 2022**. Disponível em: www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152272?msckid=ca3e1e53c23211ecb071253875a45261. Acesso em: 22 de abril de 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado. Curitiba: Publicação do Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. 7ª Edição, p. 287. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2017_7ed_femp ar.pdf Acesso em 22 de abril de 2022.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Ação de destituição do pátrio poder**. Brasília: 2000. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/597/r146-20.pdf#:~:text=A%20ação%20de%20destituição%20de%20pátrio%20poder%2C%20a,pátrio%20poder%20em%20geral%2C%20na%20ótica%20material%2C%20simple smente.?msckid=18299c71c28411eca6d591d3caac4188. Acesso em 22 de abril de 2022.

IBDFAM. **IBDFAM**, 2022. Disponível em: ibdfam.org.br/jurisprudencia/busca Acesso em: 22 de abril de 2022.

JESUS, Damásio Evangelista D. **Violência contra a mulher : aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**, 2ª edição.. [S.l.]: Editora Saraiva, 2015. 9788502616028. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS: VOLUME 5.** [S.I]: Editora Saraiva, 2021. 9786555593655. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 17 abr. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da C.; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias.** [S. I.]: Grupo GEN, 2021. 9786559642557. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642557/>. Acesso em: 17 abr. 2022.

RESENDE, Sara e GARCIA, Gustavo. Senado aprova projeto que proíbe guarda compartilhada para pais acusados de violência doméstica. **G1**, 12 de abril de 2022. Disponível em: g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/12/senado-aprova-projeto-que-proibe-guarda-compartilhada-com-pais-acusados-de-violencia-domestica.ghtml Acesso em 22 de abril de 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO/** Conrado Paulino da Rosa – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JUSPODIM, 2020.

SEIXAS, Maria Rita D.; DIAS, Maria L. **Violência Doméstica e a Cultura da Paz.** [S.I]: Grupo GEN, 2013. 978-85-412-0296-1. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-412-0296-1/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

TJDF – AGI nº 20110020259063, Relator Antoninho Lopes, 4ª Câmara Cível, J. 11/12/2013. IBDFAM, 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2704/Regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20de%20visitas.%20Av%C3%B3s%20maternos.%20Preval%C3%Aancia%20do%20melhor%20interesse%20do%20menor> Acesso em 30 de maio de 2022

TJ RS, AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 70080304405 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 21/03/2009. IBDFAM, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/10814/Medida%20protetiva.%20Regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20de%20visitas%20dos%20av%C3%B3s%20maternos%20aos%20netos.%20Melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a> Acesso em: 30 de maio de 2022

UM NOVO OLHAR NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS A PARTIR DO DIREITO SISTÊMICO

A NEW LOOK AT CONTRACTUAL RELATIONS FROM SYSTEMIC LAW

Anelícia Verônica Bombana Consoli¹

Gabrielly Almeida de Souza²

Recebido/Received: 20.04.2022/April 20th, 2022

Aprovado/Approved: 25.05.2022/May 25th, 2022

RESUMO: O presente artigo tem por tema o direito sistêmico nas relações contratuais, delimitando-se a integração das leis sistêmicas em consonância com as leis jurídicas para a prática da conciliação entre as partes, buscando solução efetiva do conflito. Busca-se, através deste estudo, demonstrar o método da constelação familiar na composição de acordos regrados pela mínima intervenção do Estado, possibilitando o equilíbrio necessário e a permanência de acordos efetivados, propiciando os interesses e a vontade das partes. Ademais, sob a égide da Lei da Liberdade Econômica 13.874/2019, os artigos 421 e 421-A do Código Civil permeiam a solução pacífica dos conflitos sem a interferência estatal. Se propõe, desta forma, através do método hipotético dedutivo, analisar os benefícios e aplicações deste método alternativo, como meio de auxiliar na solução de conflitos no âmbito judicial, atuando na causa do problema de forma favorável as demandas das partes, através de um olhar a respeito das leis sistêmicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Direito Sistêmico; contratos; constelação familiar.

ABSTRACT: The present article has as its theme the systemic law in contractual relations, delimiting the integration of systemic laws in line with legal laws for the practice of conciliation between the parties, seeking an effective solution to the conflict. Through this study, we seek to demonstrate the method of family constellation in the composition of agreements ruled by the minimum intervention of the State, allowing the necessary balance and the permanence of effective agreements, providing the interests and will of the parties. Furthermore, under the auspices of the Economic Freedom Act 13.874/2019, articles 421 and 421-A of the Civil Code permeate the peaceful resolution of conflicts without state interference. It is proposed, in this way, through the hypothetical deductive method, to analyze the benefits and applications of this alternative method, as a means of assisting in the

¹ Professora do Curso de Graduação em Direito pela UNIDEP. Possui graduação em Bacharelado em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Trabalho – AMATRA 12 Região. Especialista em Docência de Ensino Superior. Especialista em Direito Civil. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Professora de Graduação e Pós Graduação desde 2009. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica Fadep/Unidep de 2012 a 2021. Endereço eletrônico: anelicia.consoli@unidep.edu.br

² Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela UNIDEP. Endereço eletrônico: gabriellyalmeidadesouza@gmail.com

resolution of conflicts in the judicial scope, acting in the cause of the problem in a favorable way to the demands of the parties, through a look regarding systemic laws. **KEYWORDS:** Law; Systemic Law; contracts; family constellation.

INTRODUÇÃO

A função social dos contratos assegura a prevalência da relação contratual e a mínima interferência social do Estado, preservando a ideia de autonomia da vontade entre os contratantes. Isto é, o Estado somente poderá interferir para assegurar a eficácia e força vinculante dos contratos e sua devida aplicação das normas regidas no ordenamento jurídico.

A escolha do presente tema busca evidenciar a aplicação do direito sistêmico nas relações contratuais através das leis sistêmicas. Ademais, vale destacar a Lei da Liberdade Econômica nº 13.874/19, que instituiu novas interpretações para os contratos com a modificação do artigo 421 e inserção do artigo 421-A do Código Civil, ou seja, a intervenção do Estado deverá ser mínima na análise contratual, assegurando maior segurança jurídica nas relações contratuais, condicionada ao princípio da função social.

Vale destacar a importância deste método nos diversos ramos do direito, bem como no sistema judiciário por meio de seus operadores, auxiliando na resolução de conflitos judicial e extrajudicial. A utilização deste método permite identificar as raízes mais profundas das partes envolvidas em um litígio, permitindo a conciliação e a resolução consensual entre ambas.

Além disto, o direito sistêmico busca reparar um conflito a partir da análise do caso concreto. Nesse sentido o contrato constitui uma relação jurídica de natureza bilateral ou plurilateral, por meio de vínculos que se estendem por muito tempo. As partes contratantes demonstram seus interesses e vontades, por meio de um ordenamento jurídico baseado no princípio da função social.

Observa-se que o judiciário brasileiro está afogado devido a tantos processos tramitando simultaneamente, sendo que muitos destes, poderiam ser resolvidos através de métodos alternativos, será analisado desta maneira, a prática da mediação e do direito sistêmico nos contratos e litígios entre as partes, ressalta-se que as leis sistêmicas contribuem para a reconciliação e tratam dos sentimentos mais profundos do ser humano, afetando assim a relação para com outro.

Na atualidade, ainda poucas pessoas têm conhecimento sobre terapias holísticas. Esta pesquisa tem como objetivo observar um método utilizado para a resolução de conflitos dentro do âmbito jurídico, salienta-se como o direito sistêmico pode ser aplicado na resolução de conflitos contratuais, por meio da utilização das três leis sistêmicas: o equilíbrio, o pertencimento e a hierarquia, cuja a existência destas leis influenciam significativamente a consciência humana através da manifestação da vontade.

A constelação familiar judiciária é um método terapêutico que busca a resolução pacífica de conflitos internos e externos, através das três leis do amor, o equilíbrio, a ordem e o pertencimento. É um procedimento realizado por meio da representação de algumas pessoas que interpretam os litígios trazidos para o sistema judicial, a fim de buscar os anseios e as angústias mais distantes, não visível aos autos.

Veza que o direito sistêmico busca evidenciar os comportamentos humanos, suas emoções, a fim de garantir a solução pacífica de um conflito, seja ele no âmbito civil, criminal, empresarial e afins, no primeiro tópico discorre-se sobre o conceito e a origem do direito sistêmico, Constelações Familiares com base nas leis sistêmicas de Bert Hellinger.

Já o segundo tópico versa acerca do contrato e sua função social no âmbito jurídico, sua visibilidade, eficácia, efeitos e garantia no que concerne os contratos. Ademais, ressalta o artigo 421 do Código Civil e sua aplicabilidade contratual, delimitando fatores intrínsecos e extrínsecos, com ressalva na boa-fé, possibilitado a flexibilidade na resolução e fundamentação de um contrato sólido para ambas as partes contratantes. Destaca de maneira clara a boa-fé objetiva e subjetiva dos contratos e os elementos contratuais da função social, o *supressio* e o *surrectio*.

O terceiro tópico busca evidenciar a aplicabilidade e a eficácia do direito sistêmico nas relações contratuais, visto que, o contrato possibilita as partes uma relação social, por meio do princípio da autonomia da vontade e da boa-fé. Logo, a aplicação das leis sistêmicas em consonância com o ordenamento jurídico contribui para a consonância de um acordo benéfico para ambos os lados.

Nesta pesquisa utiliza-se o método hipotético dedutivo, para a solução do problema apresentado. Para isso, será regido mediante o estudo de referências bibliográficas, doutrinas, revistas jurídicas, sites, artigos científicos e legislação,

buscando por meio destes, apresentar o tema por meio de tópicos e argumentos acerca da aplicabilidade desta temática.

1 CONCEITO E ORIGEM DO DIREITO SISTÊMICO

A expressão Direito Sistêmico, foi criada pelo juiz brasileiro Sami Storch com base nas leis sistêmicas de Bert Hellinger, através das constelações familiares. É uma modalidade de terapia holística, que busca conexões e sentimentos mais profundos, refletindo nas relações sociais e contratuais dos indivíduos.

Sobre a origem do Direito Sistêmico, Fernandes destaca que:

Inicialmente o direito sistêmico é compreendido como a aplicação das leis sistêmicas e das Constelações Familiares ao direito, é focada na compreensão dos fatores que influenciam o comportamento humano e dos fatos que dão origem aos conflitos (FERNANDES, s/p, 2020).

A vista disso declara Storch (2020, p. 107) “Desse modo o Direito Sistêmico inclui a constelação, mas também é uma visão do próprio Direito. Não se trata apenas de um método, de uma abordagem para a resolução de conflitos”.

A constelação busca evidenciar as emoções por meio de encontros com pessoas voluntárias que representam as partes de um processo que está tramitando na Comarca, adaptando ao caso concreto para a resolução do litígio. Através desta dinâmica de representação as partes envolvidas no processo passam a se enxergar com outros olhos, permitindo auxiliar na resolução de conflitos, garantindo a eficiência dos acordos (SILVA, 2020).

No que diz respeito à constelação familiar Hellinger (2007, p. 28), salienta que:

Devemos ver a constelação familiar apenas como um dos meios para chegar a coisas ocultas. Quando aprendemos a seguir os movimentos da alma há outras possibilidades. Quando o oculto e os movimentos liberadores da alma se tornam visíveis, como aconteceu aqui, essa experiência e essa imagem não nos abandonam mais. Ao depararmos com algo semelhante em outras situações, sabemos quais são os passos que levam à reconciliação e ao respeito. Com isso se acrescenta algo ao que presenciamos aqui, e o movimento para a reconciliação segue adiante.

Ou seja, a constelação familiar busca solucionar sentimentos ocultos, bem como alcançar a resolução do conflito, muitas vezes não visíveis pelos operadores de direito, deste modo a constelação influencia a pessoa de forma individual e todo o sistema no qual está envolvida.

Para Fernandes (2020, s/p), “[...] as chamadas leis sistêmicas, ou conforme designadas por Bert Hellinger, as “Ordens do Amor”, e compõem um corpo de premissas compreendidas como ordens reguladoras das relações humanas.”

Anton Suibert Hellinger era formado em psicoterapia e através do estudo de diversas modalidades de terapias, criou seu próprio método denominado Constelação Familiar, no qual identificou por meio das leis sistêmicas, podendo ser aplicado em diversos âmbitos como em consultorias, empresas, educação, justiça, saúde, política dentre outras (ANDRADE; FERNANDES, 2018, p. 300).

O direito sistêmico busca fazer uma análise do direito com base nas relações humanas, buscando através das ordens superiores, procurar encontrar a solução por meio das partes envolvidas em um conflito, e para garantir a eficácia deste método utiliza-se das ordens denominadas por Bert como Ordens do Amor, sendo elas: o equilíbrio, o pertencimento e a hierarquia, cuja a existência destas leis influenciam significativamente a consciência humana por meio da manifestação da vontade (SERRA AZUL, 2019, s/p).

O equilíbrio pode ser definido como relações harmônicas, sendo necessário encontrar este ponto entre o doar e receber, já a hierarquia é o respeito em quem chegou primeiro em qualquer relação de ordem, e por fim, o pertencimento, ou seja, o lugar de origem de cada ser humano, defeitos e qualidades (MEIRELES, 2020, s/p).

Sami Storch no ano de 2010 trouxe para o Brasil a expressão Direito Sistêmico, tinha como objetivo buscar uma forma pelo qual o processo judicial pudesse ser sistêmico, até mesmo o próprio tratamento legal, desde modo salienta-se que o direito sistêmico não inclui só a constelação em si, mas também o direito como um todo. Vale destacar ainda, que a marca Direito Sistêmico foi registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI (STORCH, 2020, p. 107-109).

No início, Storch começou a adaptar o método em alguns litígios como forma de resolver pequenos conflitos por meio de conciliações em audiências, as desordens que acontecem no âmbito judicial são reflexos do que acontece diariamente com as famílias. Para garantir uma solução pacífica entre as partes, deve-se analisar não apenas a parte jurídica e sim as dinâmicas ocultas dos envolvidos, muitas vezes não visível aos autos (VILLELA, 2020, s/p).

Trata-se de uma abordagem, onde as partes do processo, vem enfrentando dificuldades emocionais, traumas e bloqueios, derivados muitas vezes de fatos

ocorridos no passado, não somente individual como também de sua família por meio de gerações anteriores que deixam marca no sistema familiar. Assim sendo, as constelações familiares consistem na representação de convidados que representam membros da família de outros litígios, como se fossem as próprias, expressando suas emoções e sentimentos (STORCH, 2018, s/p).

Acerca das constelações, como ferramenta de solução de conflito, Andrade e Fernandes (2018, p. 305) destacam que:

O direito sistêmico interpreta os conflitos ocultos, cada parte no conflito tem motivo para estar envolvido daquela forma (ou como vítima, ou credor, devedor, agressor), esses motivos ocultos podem ter raízes profundas, que não necessariamente estarão no processo ou relacionado ao outro polo da relação processual, mas sim ao passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores.

Portanto, o direito sistêmico ao mesmo tempo que vê as partes como membros de um mesmo conflito, percebe cada uma delas vinculadas a outros sistemas do qual também fazem parte, família, religião, profissão, buscando desta maneira encontrar a solução que considerando todo o contexto fático do caso, traga maior equilíbrio entre as partes.

Assim, as leis sistêmicas possibilitam as partes envolvidas em um processo, encontrarem uma solução do conflito, garantindo uma análise do sistema como um todo, observando todos os envolvidos sejam estes autores ou réus do litígio. Esse método sistêmico permite um olhar integral ao ser humano através da intervenção de um terceiro, por meio de um viés terapêutico, de absoluta confiança (DIAS; CORREA, 2020, p. 1044).

Desta forma, o direito sistêmico, auxilia de forma eficaz na concretização do processo judicial, o qual atua por meio de diversas ações por mediadores, promotores, juízes, advogados, conciliadores, defensores públicos, oportunizando de forma relevante as pessoas que buscam auxílio no judiciário a resolução de seus conflitos de forma dinâmica e harmônica (ANDRADE; FERNANDES, 2018, p.302).

As constelações familiares são utilizadas em várias áreas jurídicas, muitas vezes o conflito é visto como uma dificuldade nos relacionamentos, em geral os conflitos manifestados são talvez desconhecidos, pois de alguma forma estão ligados a raízes passadas. Alguns agressores por exemplo, na Justiça Criminal, chamados de contumazes, demonstram o mesmo tipo de comportamento agressivo com diversas pessoas, do mesmo modo como há vítimas que reiteram este tipo de comportamento recebido. Ambos, são pessoas que evidenciam o desequilíbrio nos

relacionamentos, repetindo-se estas situações constantemente (STORCH, 2020, p. 140).

Para Paula, Akinruli e Azevedo (2018, p. 158-59), o método da constelação sistêmica familiar busca evidenciar para o direito:

No campo do Direito, a aplicação do método da Constelação Sistêmica e Familiar se dá principalmente em fase pré-processual, onde os profissionais do Direito podem auxiliar seus clientes e jurisdicionados a perceber as dinâmicas ocultas ao conflito e assim ajudar as partes a se colocar na direção de resolver por si mesmas as questões mais profundas que motivam a disputa. Isso ocorre através da ampliação da consciência sobre as dinâmicas que atuam de forma oculta no sistema. O método da Constelação Sistêmica e Familiar favorece que as demandas relacionais sejam percebidas e isso promove alívio e leveza ao sistema, bem como a resolução de conflitos, uma vez que as partes envolvidas se olham e assumem suas responsabilidades diante do confronto estabelecido.

Logo, com a aplicação do direito sistêmico, exige-se do advogado ou do representante da parte, uma postura auxiliadora, sendo visto como facilitador do processo, permitindo desta maneira ao operador do direito a compressão deste método, sua aplicação e colaboração para a busca de uma solução pacífica de conflitos.

Ademais, há temas que se tornam mais frequentes, como violência doméstica, alienação parental, inventários, infância e juventude, adoção e execuções criminais, muitas vezes uma constelação simples, é suficiente para intermediar e resolver emaranhamentos, chegando a um acordo benéfico para ambos. Na área criminal, o direito sistêmico, vem sendo utilizado juntamente com a utilização da justiça restaurativa, sendo um meio de encontrar a pacificação entre as partes (STORCH, 2018, p. 179).

Deste modo, o direito sistêmico, contribui para com os operadores do direito, para que possam praticar uma justiça efetiva, com celeridade e menor onerosidade, buscando desta forma a observar e reger juntamente do as leis do ordenamento jurídico as leis sistêmicas que regem a vida (FALCÃO, 2021, s/p).

2 O CONTRATO E AS NOVAS DINÂMICAS DA FUNÇÃO SOCIAL

O contrato tem como função obrigar e vincular os contratantes ao cumprimento das prestações. Todavia, o direito moderno permite que possa ser questionado em juízo a validade e a legitimidade com base no princípio da isonomia,

garantindo que a lei seja aplicada de forma igualitária aos iguais, de forma desigual aos desiguais, na medida de suas peculiaridades.

Para Diniz (2014, p. 31), “O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser tão regulamentador de interesses privados”.

De fato, o contrato pode ser entendido como um acordo de duas ou mais pessoas em uma relação jurídica, o qual estabelece interesse e vontade entre as partes, uma vez celebrado, gera obrigações e deveres. Ademais o contrato pode ser visto como um fator social, regido pelo ordenamento jurídico e por princípios basilares.

A função social e o princípio da boa-fé são normas jurídicas que servem de base para a celebração do contrato entre as partes (STOLZE, 2021, p. 32). Para que um contrato seja válido, é necessário o agente ser capaz, o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável e com forma prescrita ou não defesa em lei. Dessa forma, preenchendo todos os requisitos necessários de validade, conforme expresso no artigo 104 do Código Civil (DINIZ, 2014, p. 35).

Sob a temática, dispõe o artigo 421 do Código Civil: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002). Ou seja, os contratantes exercem a autonomia da vontade por meio do instrumento contratual no âmbito social, regido pelo direito, assegurando segurança e garantia jurídica para as partes.

A respeito da função social, para Stolze (2021, p. 33), o contrato delimita duas funções sociais:

- a) intrínseco — o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes;
- b) extrínseco — o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado.

A vista disso, a relação contratual deve respeitar a boa-fé objetiva, compreendendo deste modo os deveres jurídicos, sejam eles de cunho patrimonial ou moral, a fim de garantir a proteção e a efetivação do que foi acordado entre as partes.

O Código Civil adotou o princípio da socialidade, posto isso: “O princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros. É o que se

deduz do próprio nome com que o princípio se identifica” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 22).

Sobre a função social do contrato, Pereira (2020, p. 11), compreende, que:

A função social do contrato, portanto, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Reconhece-se, ao revés, que a autonomia da vontade é limitada pela função social do contrato, dada a repercussão da relação contratual sobre interesses extracontratuais socialmente relevantes, a demandar maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação de determinado objeto, em razão do interesse maior da coletividade.

Desta forma, o contrato é reconhecido pela autonomia da vontade das partes limitado ao conceito de função social, visando a proteção legal contratual de algumas cláusulas que possam vir a prejudicar a relação jurídica.

Para Pablo Stolze (2021, p. 33): “A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.

A função do contrato pode ser definida como o cumprimento de uma obrigação diante de uma sociedade, deste modo, interfere significativamente no contrato e ao meio social nele inserido realizando um negócio jurídico de direito privado. Constantemente poderá refletir perante terceiros, devendo o jurista analisar nessa perspectiva os reflexos deste negócio a fim de intervir e levar em conta o interesse geral da sociedade como um todo (THEODORO, 2014, p. 22).

No tocante, leciona Venosa (2021, p. 35) sobre o dispositivo civil:

Por esse prisma, realçando o conteúdo social do Código em vigor, seu sempre lembrado art. 421 enuncia: “*A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.*” O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o atual diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade. Somente o caso concreto, as necessidades e situações sociais de momento é que definirão o que se entende por interesse social.

Deste modo, a liberdade contratual será limitada a função social do contrato, possibilitando desta forma delimitações como cláusulas gerais, interesse dos contratantes, manifestação de vontade, visando além do caráter individualista, a questão coletiva dos contratos.

Ademais, a função social limita-se a partir da liberdade da parte perante ao contrato a fim de promover o giro de bens influenciando a matéria contratual, não se limitando somente a isso, mas sendo de grande importância para sociedade, já que visa a liberdade econômica dos contratantes promovendo a circulação dos bens. Logo, a liberdade negocial exige dos contratantes uma postura ética, a fim de estabelecer segurança e obrigações socialmente econômicas e benéficas para ambas as partes do contrato (THEODORO, 2014, p. 119-120).

O direito das obrigações e o caráter técnico da neutralidade valorativa atribuída a este direito permanecem no auge do liberalismo, para que deste modo a liberdade de contratar e a força obrigatória dos contratos, denominado como Pacta Sunt Servanda, permanecem soberanos nas relações negociais, com a justificativa para a não intervenção do Estado nas relações contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva tem como previsão expressa no artigo 422 do Código Civil, já a boa-fé subjetiva está adotada no ordenamento jurídico em seus artigos 1218 e 1561 ambos do Código Civil. Enquanto a objetiva visa o comportamento do agente, a segunda visa a cognição do agente e seu conhecimento para determinada circunstância. A boa-fé objetiva configura-se pela relação de tríplice função: função interpretativa, integrativa e limitadora.

A função interpretativa entende-se com a interpretação dos contratos, sendo estas regidas pelas regras tradicionais. Já a função integrativa é referida aos deveres laterais implícitos nos contratos e independem de previsão escrita. Por função limitadora como o nome mesmo diz, é a base para a limitação pactuado entre as partes na relação jurídica.

O *supressio* é uma divisão da boa-fé objetiva, definido como a perda de um direito, nas palavras de Gagliano (2022, p. 46):

Trata-se de instituto distinto da prescrição, que se refere à perda da própria pretensão. Na figura da *supressio*, o que há é, metaforicamente, um “silêncio ensurdecedor”, ou seja, um comportamento omissivo tal, para o exercício de um direito, que o movimentar-se posterior soa incompatível com as legítimas expectativas até então geradas. Assim, na tutela da confiança, um direito não exercido durante determinado período, por conta desta inatividade, perderia sua eficácia, não podendo mais ser exercitado. Nessa linha, à luz do princípio da boa-fé, o comportamento de um dos sujeitos geraria no outro a convicção de que o direito não seria mais exigido.

Desta maneira, pode ser entendida como a inércia de alguma das partes do negócio jurídico ao longo da relação contratual. Já a *surrectio* se configura no surgimento de um direito em decorrência do comportamento de uma das partes,

decorrente de uma esfera jurídica, em virtude da boa-fé, gerando o direito para a parte contrária, surgindo então o direito subjetivo.

2.1 Lei da Liberdade Econômica

A Lei da Liberdade Econômica nº 13.874/19, discorre sobre as mudanças de perspectivas dos contratos, no que se espera da relação obrigacional e especialmente comportamental das partes. (TARTUCE, 2020, p. 18).

Em seu artigo 421 e 421-A do Código Civil, a lei determina que os contratos devem possuir uma função social, regido pelo princípio da boa-fé, pautado por meio de um instrumento jurídico regido por condições, podendo ainda, sofrer interferências de terceiros contra sua vontade (SILVA, 2021, p. 40).

Tartuce (2020, p. 47), ressalta que a função social do contrato:

A função social da propriedade já estava prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, incs. XXII e XXIII, e no seu art. 170, inc. III, tendo sido reforçada pelo art. 1.228, § 1.º, do CC/2002. Como novidade de grande impacto, a função social dos contratos passou a ser tipificada em lei, nos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil. Trata-se de um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade. Como se verá, reitera-se, esse princípio deve ser confrontado perante os regramentos que foram instituídos pela citada Lei da Liberdade Econômica, de setembro de 2019.

A vista disso, o contrato passa a ser regido não somente pelo Código Civil, mas como pela suprema Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º e 170º, entretanto, reitera-se que o princípio da Função Social deverá ser ponderado com a Lei da Liberdade Econômica, ou seja, o contrato é dotado de função social, estabelecido de ordem econômica a partir da livre iniciativa entre as partes.

Assim sendo, o artigo 421 do CC, busca vincular-se com a autonomia privada, ou seja, demonstra que as partes envolvidas no contrato se atrelem tanto com as normas sociais e coletivas, como com as normas individuais, para que deste modo os contratantes tenham liberdade contratual e negocial próprio e com terceiros (SILVA, 2021, p. 128).

A partir desta premissa, Nelson Rosenthal, afirma que:

Com a redação conferida pela LLE ao art. 421, “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, cremos que a função social pode exercer importante papel de fortalecimento da ordem do mercado, tutelando instituições, princípios e regras que promovam um saudável ambiente econômico concorrencial. Caberá à doutrina, ao legislador e aos tribunais o mister de aclarar a função social dos diversos

modelos jurídicos negociais, elencando-se aí as situações patrimoniais do contrato, a propriedade, o direito de família e as sucessões, bem como os negócios jurídicos não patrimoniais ligados aos direitos da personalidade.

Dessarte, caberá ao operador de direito, analisar o negócio jurídico celebrado, regido pelo então princípio da função social do artigo 421 do Código Civil, juntamente com a Lei da Liberdade Econômica, elencar a condição e circunstância do contrato, aplicado a lei ao caso concreto.

A LLE aprofundou-se em assegurar a intervenção mínima nas relações contratuais privadas, assim sendo, o Estado deverá intervir quando necessário para garantir a vinculação dos contratos, isto é, se sua aplicação está sendo regida pelas normas constituídas. Ademais, a LLE incluiu no artigo 421-A do Código Civil, que os contratos são paritários, assim sendo, as partes envolvidas no negócio estarão em condições de igualdade para negociar, e até mesmo inserir cláusulas e termos nos contratos, regidos pelo princípio da boa-fé (SILVA, 2021, p. 140).

Saliente-se que a Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica inseriu no vigente Código Civil Brasileiro o artigo 421-A, com a seguinte redação, segundo Gagliano (2021, p. 62):

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

O presente dispositivo presente na Lei n. 13.874/2019 (Lei da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), reafirma o princípio da autonomia privada, limitando-se a outros princípios como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Segundo Mota (2019, p. 8), “Os contratantes devem agir de modo leal, tendo em consideração os interesses de sua contraparte. O declarante deve transmitir sua vontade da forma clara, já o declaratório deve descobrir a intenção do declarante”.

Salienta Silva (2021, p. 145) a respeito da autonomia da vontade a função social do contrato:

É importante frisar, neste momento, que a boa-fé objetiva e a função social do contrato são consideradas cláusulas gerais, que possuem inúmeros reflexos jurídicos, são princípios convertidos em cláusulas gerais, mas que seus efeitos são diferentes um do outro. Portanto, quando há violação de

ambos os princípios, os seus efeitos são diversos, permitindo, assim, inúmeras soluções, de acordo com o caso concreto. Especialmente porque o sistema introduzido pelo Código Civil trouxe a facilidade e flexibilidade de buscar interpretações que possibilitam uma maior maleabilidade na resolução de violações do objeto contratual.

A concepção social do contrato baseia-se em grandes pilares da teoria contratual, pautada no princípio da *pacta sunt servanda* ou da força obrigatória dos contratos, marcada pela função social.

Destaca-se desta maneira o enunciado 23 do Conselho de Justiça Federal (CJF, 2002), que:

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse social relativo à dignidade da pessoa humana.

Um dos princípios fundamentais do Código Civil de 2002, é a socialidade, que visa “deixar para trás” a visão individual que o código anterior possuía, baseando-se então na Constituição Federal de 1988. Compreende-se que os contratos sob obediência da função social, não podem apenas satisfazer os interesses individuais, mas sim da sociedade como um todo.

A liberdade de contratar não pode ser conflitada com o interesse social, a função social deve ser limitada e condiciona a autonomia privada. Desta vértice os contratos deixaram de ser apenas um meio de obtenção de lucro. Da mesma forma, que a conduta das partes deve ser fundamentada na boa fé, agindo conforme o modelo de conduta social.

Acerca do tema, colhemos a opinião de Fábio Antônio Correia Filgueira:

Quando o código Civil alude ao exercício de liberdade de contratar (retifique-se para a liberdade contratual) em razão e nos limites da função social do contrato, mira a flexibilizar e redimensionar os antigos princípios orientadores da teoria do contrato. Isto é, adere à conceituação funcionalizada do ajuste. A autonomia da vontade dá a vez à autonomia privada, a significar que a mera declaração de vontade ou consenso é insuficiente à produção de efeitos jurídicos, havendo necessidade de que a iniciativa do sujeito exprima na sua origem conteúdo axiológico merecedor de tutela jurígena ou correspondência com o programa constitucional e legal do Estado Social. Sacrifica-se a liberdade formal em prol da liberdade material, por meio da determinação imperativa ou limitativa estatal no âmbito dos contratos (FILGUEIRA, 2006, p.109, apud STOLZE, 2021, p. 11)

Assim, o contrato, é entendido como meio trocas e riquezas econômicas através da circulação, não somente com o interesse de satisfazer as partes contratantes envolvidas, mas também com a justiça social. À luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual, deve haver o equilíbrio do dirigismo

contratual, determinado e fundamental na ordem econômica e jurídica, assim, tem os contratantes a plena liberdade de pactuar normas e gerarem efeitos entre si.

2.2 Aplicabilidade e eficácia do Direito Sistemico no âmbito contratual

O Direito Sistemico visa reconstruir sentimentos e relações, sendo elas as mais profundas, consigo mesmo e com o próximo, garantindo assim a função social. Conforme já exposto, o direito sistemico deve ser aplicado na prática de resolução de conflitos por meio das três leis sistêmicas, a ordem, o equilíbrio e o pertencimento, buscando encontrar a verdadeira solução do conflito. Refere-se a uma análise comportamental que reflete nas relações sociais construídas (STORCH, 2010).

Segundo Machado (2020, s/p) “As relações sociais e, de igual forma, as relações contratuais norteiam a vida do ser humano na atualidade. Estas últimas também fazem parte do relacionamento humano, embora com vínculo contratual”.

Acerca do direito sistemico, Storch (2017) entende que:

O estudo dessa ciência amplia a compreensão sobre as dinâmicas ocultas nos conflitos. Cada parte no conflito tem motivos para ter se envolvido nele do modo como fez (seja como agressor, vítima, reivindicador ou devedor), e esses motivos podem ter raízes profundas, que não dizem respeito necessariamente à outra parte no processo, mas sim ao passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores.

Ou seja, a partir do entendimento sobre as leis sistêmicas e das constelações familiares, o operador do direito passa a analisar as questões como são de fato, a raiz do problema, buscando assim, a solução do conflito apresentado e os motivos que fizeram chegar até a presente demanda.

De acordo com Bruch (2011, p. 13), “O contrato pode ser compreendido como um sistema por que é a dinâmica entre seus elementos que possibilita sua realização, é a comunicação entre seu objeto e suas prestações para que o contrato continue a vigor”.

O ordenamento jurídico brasileiro é regido por leis efetivas dispostas na Constituição Federal de 1988 e nos demais códigos, deste modo é utilizado como alusão a fim de auxiliar as decisões judiciais nos casos concretos, todavia a maioria dos conflitos se dá por questões intrínsecas que levam a cometer tal ato, nessas situações a aplicação das leis sistêmicas poderiam solucionar o conflito de modo a garantir a ambas as partes a pacificação do litígio (STORCH, 2010).

Desta forma, o contrato é um meio de comunicação entre as partes, regido por regras, com finalidade econômica e social, cabendo a estes o cumprimento das condições contratuais. Uma obrigação se caracteriza pelo vínculo jurídico estabelecido, e o seu efeito pode abranger outras pessoas (BRUCH, 2011).

Para Fachin e Mendes (2012, p. 21), “A abertura sistêmica do direito contratual é importante instrumento de equalização das forças sociais, uma vez que permite ao intérprete realizar a adequação do Direito ao caso concreto”.

Nota-se que as leis sistêmicas podem e devem ser aplicadas em todas as áreas das relações humanas, especialmente no âmbito jurídico, regidas conforme a análise comportamental do ser humano, resolvendo o enredo por traz daquele conflito (STORCH, 2017).

Desta forma Bruch (2011, p. 2) entende que “Os contratos estão interligados em redes de relações, os vínculos contratuais se alongam no tempo e por isso precisam ser mutáveis e adaptáveis. A finalidade do contrato é supra contratual: é econômica e social”.

Quanto as duas teorias de justiça, Sandel (2019, p. 121) afirma, que:

O argumento a favor da manutenção do contrato, baseia-se nas duas teorias de justiça, libertarismo e utilitarismo. A tese do libertarismo para os contratos baseia-se no fato de que eles refletem a liberdade de escolha; respeitar um contrato assinado espontaneamente por dois adultos significa respeitar sua liberdade. A argumentação do utilitarismo nesses casos é que os contratos promovem bem-estar geral; se ambas as partes entrarem em um acordo, ambas devem obter algum benefício ou a felicidade por meio dele, caso contrário, não o teriam assinado.

Nota-se que os contratos se baseiam na liberdade de escolha, refletindo de forma significativa na liberdade contratual, ou seja, o contrato busca em geral obter algum resultado que seja benéfico para as partes, sendo assim, o contrato é formado pelas teorias libertalista e utilitária.

Por meio da aplicação do direito sistêmico nas soluções pacíficas de conflitos os casos tendem a diminuir, facilitando assim o pleno acordo entre as partes e notadamente, as cláusulas contratuais são devidamente cumpridas, gerando uma mudança nas ações pessoais perante a relação contratual. Deste modo, a prática sistêmica auxilia as relações jurídicas de forma positiva, seguindo o regramento do Código Civil com amparo as leis sistêmicas (STORCH, 2014).

O novo Código de Processo Civil, buscou estabelecer novos métodos que auxiliem na resolução de conflitos, possibilitando uma composição consensual, desta forma o direito sistêmico poder ser visto como uma forma de solução do litígio

com a finalidade de busca o equilíbrio para o sistema judiciário. Neste contexto, a aplicação do direito sistêmico deve ser compreendida por meio de uma visão técnica, embora ainda desconhecida por alguns operadores do direito, o conflito faz parte do cotidiano das pessoas, sendo necessário novos meios para alcançar a solução.

Assim sendo, a função social do contrato é um princípio de ordem pública, dimensionado com a sociedade inserida. Além disso, a função social não limita a liberdade de contratar e sim a autonomia dos contratantes. Nesse contexto é possível a resolução de um conflito de forma alternativa para litígios que versem sobre relações contratuais contribuindo para exercício da função jurisdicional.

Segundo a lição de Gonçalves (2021, p. 754):

A função social do contrato é um princípio de ordem pública, dimensionado com a sociedade inserida. Além disso, a função social não limita a liberdade de contratar e sim a autonomia dos contratantes. Nesse contexto é possível a resolução de um conflito de forma alternativa para litígios que versem sobre relações contratuais contribuindo para exercício da função jurisdicional.

Logo, existem alternativas com base na função social que auxiliam as partes a atingirem o resultado efetivo e justo, o método sistêmico analisa o contexto fático narrado pelas partes, buscando por meio das leis sistêmicas a reconciliação de cada indivíduo, se expandindo para as leis do ordenamento jurídico.

A constelação familiar vem sendo aplicada no direito brasileiro a partir da Lei de mediação Lei.13.140/2015, acerca do tema, colhemos opinião de Zaffari e Scholze (2020, p. 39):

A mediação pode ser definida como a interferência de um terceiro, com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. A conciliação é uma conversa/negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito. A negociação é um processo pelo qual duas ou mais partes, partindo de um suposto conflito, procuram obter, mediante decisão comum, um resultado melhor do que teriam obtido por outros meios. Trata-se de um acordo ou entendimento bilateral ou multilateral.

Destarte, dentro do processo judicial após definido o método de mediação, por meio das leis sistêmicas, facilitando o diálogo entre as partes para que elas mesmas proponham soluções, o mediador com base nos princípios da imparcialidade, independência, informalidade conduz o procedimento até chegarem voluntariamente a um acordo benéfico a ambas as partes.

Ademais, vale destacar ainda, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

Nos termos do artigo 3º, §3º, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 3º. [...]

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Reitera-se desta forma a solução consensual de conflitos, por meio de outros métodos alternativos, como a aplicação do direito sistêmico, tendo como regra principal a boa-fé objetiva para interpretação dos contratos, de maneira a privilegiar a socialidade e a eficácia, não se limitando apenas na liberdade de contratar, mas sim vislumbrar de forma interna e externa os direitos dos envolvidos no litígio.

CONCLUSÕES

As três leis do amor: equilíbrio, ordem e hierarquia têm impactos significativos na consciência humana. Nota-se que através da aplicação do método sistêmico nas relações contratuais as partes envolvidas podem ampliar a consciência sobre a postura que devem manter, a liberdade e as limitações para satisfazer os envolvidos no contrato.

O reconhecimento da função social dos contratos estabelece condições e a liberdade de contratar por meio das normas impostas, devendo o Estado intervir de forma mínima, preservando os efeitos e eficácia das relações contratuais.

No presente artigo verificou-se que o direito sistêmico rege as relações humanas e auxiliam os operadores do direito por meio da aplicação das leis do amor concomitante as normas jurídicas estabelecidas no Código Civil, reconhecendo que deve haver, além de um equilíbrio entre as partes colocar-se no lugar no outro, assegurando o equilíbrio e a harmonia na relação contratual estabelecida.

Enquanto a boa-fé rege as relações negociais, a função social representa os princípios sociais, para garantir maior segurança jurídica O Código Civil adotou a função interpretativa, ou seja, o dever de proteção, informação ou cooperação, devendo estes serem cumpridos pelas partes.

A boa-fé objetiva é um meio de controle dos direitos, por meio do *supressio*, com requisitos inerentes como a perda de determinado exercício de um direito deixado de exercê-lo, já o *surrectio* é o comportamento adotado a partir da relação jurídica.

Ademais, vale destacar a importância da Lei da Liberdade Econômica nº 13.874/2019, juntamente com o artigo 421 e 421-A do Código Civil, estabelecem que a boa-fé e a função social do contrato são consideradas cláusulas gerais que servem de princípios basilares para a solução de um acordo contratual.

A autonomia da vontade possibilita desta forma aos contratantes o equilíbrio da relação contratual, buscando deste modo, satisfazer a necessidade econômica.

A função social remete ao princípio da socialidade, nos termos do Enunciado 21 do CJF, cujo qual impõe o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, já o Enunciado 23 do CJF, reduz o alcance do princípio da isonomia quando presentes interesses metaindividuais.

Analisando o direito sistêmico juntamente com as leis do amor, nota-se que o objetivo de uma constelação familiar é fazer com que as próprias pessoas envolvidas no litígio se coloquem no lugar do outro e percebam qual é o melhor caminho para a resolução do conflito.

Deste modo, sua abordagem pode ser aplicada em diversas áreas do direito, bem como na elaboração dos contratos, para compreensão e fixação de acordos, cláusulas, trazendo aos envolvidos neste conflito suas emoções mais profundas, equilibrando a desordem pessoal e a desordem apresentada no momento do acordo e dos autos processuais, atendendo ao disposto no artigo 421 e 421-A, especialmente inserido pela LLE.

A Lei da Liberdade Econômica de 2019, enfatiza que a liberdade contratual é exercida nos limites da função social, ou seja, o contrato é baseado no princípio da boa-fé objetiva e subjetiva, a primeira busca o parâmetro comportamental do agente, já a subjetiva serve de limitação dos direitos subjetivos com destaque maior ao *supressio* e *surrectio* assim demonstrado acima.

Já os contratos têm como princípios basilares o princípio do *pacta sunt servanda*, da função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, possuindo força normativa nas relações negociais.

Aos operadores de direito cabe aplicar esta nova abordagem no âmbito jurídico para que as partes manifestem o real problema/conflito que está passando,

para que deste modo, auxiliem as partes a encontrar a solução pacífica deste problema, sem impor uma decisão, mas auxiliando de maneira benéfica a conciliação, evitando assim, novos conflitos.

Portanto, é de suma importância a compreensão deste novo método sistêmico que busca auxiliar as pessoas, devendo os operadores de direito enxergar as partes não apenas como parte do sistema, mas sim, como pessoas que realmente precisam de assistência para resolver seu conflito interno e externo perante a sociedade.

Posto isso, o presente artigo teve por objetivo evidenciar este método alternativo, visto que ainda este não é reconhecido pelos operadores de direito, a fim de demonstrar suas peculiaridades e contribuições no poder judiciário brasileiro, bem como em escritórios de advocacia, preservando os direitos fundamentais das partes envolvidas na relação obrigacional, garantindo intersubjetividade pessoal de cada indivíduo presente no litígio acima de tudo, em consonância com o que o legislador vem propondo, seja no Código Civil limitando o princípio da autonomia privada garantindo a liberdade contratual, seja no CPC com a solução pacífica e eficaz do conflito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRUCH, Kelly Lissandra. O contrato sob a abordagem da teoria sistêmica. **Revista de Direito da Unimep**, v. 11, n. 21 2011. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasunimep/index.php/cd/article/view/685>. Acesso em: 04 set. 2021.

DIAS, Paulo Cezar, CORREA, Elídia Aparecida de Andrade. O direito Sistêmico no poder judiciário, uma busca para a resolução de conflitos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, n. 2, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Zulmar; MENDES, FERREIRA Leonardo. Abertura sistêmica do direito civil contratual como promoção da democracia. **Scientia Iuris**, Londrina, v.16, n.1, p.9-24, jul.2012. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/abertura-direito-contratual-democracia-438543166>. Acesso em: 05 set. 2021.

FERNANDES, Elaine Cristina Graf; ANDRADE, Yorhana Morena Moisés. O início da aplicação do direito sistêmico. *In*: CONGRESSO CATARINENSE DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 4., 2018. **Anais [...]**, Florianópolis, 2018.

FERNANDES, Lilian Theodoro. Direito sistêmico: como aplicar a constelação familiar na advocacia. **Aurum**, jul. 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-sistemico/>. Acesso em: 05 set. 2021.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Mario Veiga P. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos - Vol. 4**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622289/>. Acesso em: 01 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos R.; LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Civil 1 - Parte Geral - Obrigações - Contratos (Parte Geral)**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596656/>. Acesso em: 02 abr. 2022.

HELLINGER, Bert. **Conflito e paz**. São Paulo: Cultrix. 2007. Disponível em: <https://midiasstoragesec.blob.core.windows.net/001/2019/06/cf-40-conflito-e-paz-bert-hellinger-a5.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

MACHADO, Natália Santos. A humanização nas relações contratuais: os reflexos a partir do Direito Sistêmico. **Revista Zabelê-Discentes PPGANT/UFPI**, v. 1, n. 1, p. 7-20, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/REVIZAB/article/view/10541>. Acesso em: 06 set. 2021.

MEIRELES, Crislaine Faria. As leis sistêmicas (leis de bert) e a aplicabilidade do direito sistêmico no poder judiciário. **JusBrasil**, mar. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80549/as-leis-sistemicas-leis-de-bert-e-a-aplicabilidade-do-direito-sistemico-no-poder-judiciario>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MENDES, Dorkas Brandão. A função social do contrato. **Conteúdo Jurídico**, out. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41351/a-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MOTA, Marcel Moraes. Os contratos civis e empresariais e a Lei de Liberdade Econômica. **Revista Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 69-93, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/article/view/62/62>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos**. 24. ed. São Paulo: Gen, 2020.

ROSENVALD, Nelson. A lei da liberdade econômica e a necessária (re) conciliação entre a autonomia privada e a função social do contrato. **Juspodivm**, abr. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/17/lei-da-liberdade-economica-e-necessaria-reconciliacao-entre-autonomia-privada-e-funcao-social-contrato/#:~:text=421%2C%20%E2%80%9CA%20liberdade%20contratual%20ser%C3%A1,um%20saud%C3%A1vel%20ambiente%20econ%C3%B4mico%20concorrencial>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SANDEL, Michael J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SERRA, Jamile Azul Gonçalves. O direito sistêmico como instrumento efetivador do direito fundamental à busca pela felicidade. **Conteúdo Jurídico**, dez. 2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54031/o-direito-sistmico-como-instrumento-efetivador-do-direito-fundamental-busca-pela-felicidade>. Acesso em: 14 nov. 2021.

SILVA, Giselly P. *et al.* **A Função Social do Contrato** – Atualizado de acordo com a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) e o Regime Jurídico Emergencial de Direito Privado (Lei 14.010/2020). Lisboa: Almedina, 2021.

SILVA, Mário Augusto Paixão. O Direito Sistêmico no âmbito da Educação Jurídica – Uma análise da aplicabilidade da técnica de constelação familiar sistêmica como meio de resolução de conflitos. **Núcleo do conhecimento**, ago. 2020. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-sistmico>. Acesso em: 06 set. 2021.

STOLZE Pablo, PAMPLONA Filho Rodolfo. **Novo curso de direito civil 4 - Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

STORCH, Sami. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 915 processos. **Direito sistêmico**, mar. 2014. Disponível em: <https://direitosistmico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em: 11 set. 2021.

STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. **Conteúdo Jurídico**, jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistmico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 13 nov. 2021.

STORCH, Sami. Direito sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. **Direito sistêmico**, ago. 2016. Disponível em: <https://direitosistmico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/> Acesso em: 11 set. 2021.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? **Direito sistêmico**, nov. 2010. Disponível em: <https://direitosistmico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistmico/>. Acesso em: 04 set. 2021.

STORCH, Sami. Porque aprender Direito Sistemico? **Direito sistêmico**, abr. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/> Acesso em: 11 set. 2021.

STORCH, Sami; MIGLIARE, Daniela. **A Origem do Direito Sistemico**. Pioneiro do movimento de transformação da Justiça com Constelações Familiares. Brasília, DF: Tagore, 2020.

TARTUCE, Flávio. A "lei da liberdade econômica" (lei 13.874/19) e os seus principais impactos para o Direito Civil. Segunda parte. **Migalhas**, dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a--lei-da-liberdade-economica---lei-13-874-19--e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil--segunda-parte>. Acesso em: 20 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** - Volume Único. São Paulo: Gen, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. São Paulo: Gen, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** - Contratos - Volume 3. 21. ed. São Paulo: Gen, 2021.

VILLELA, Fabíola. Juiz Sami Storch abre seminário sobre direito sistêmico com enfoque na aplicação da teoria sistêmica na Justiça hoje. **JusBrasil**, out. 2020. Disponível em: <https://www.trt18.jus.br/portal/juiz-sami-storch-abre-seminario-sobre-direito-sistemico>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ZAFFARI, Eduardo K.; SCHOLZE, Martha L. **Solução de conflitos jurídicos**. São Paulo: Sagah: 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#books/9788595025233/>. Acesso em: 02 abr. 2022.