

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1144

(Ano XV)

(01/04/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA**: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR Code do Volume 1144



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1144, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 233. *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**O Acordo de Não Persecução penal (art. 28, A, CPP) e o seu entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça**

*Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.*

### ARTIGOS

**Adequação necessária ou retrocesso social? Análise das mudanças na lei de improbidade administrativa**

*Alexandre Cesar Fernandes Teixeira, 18.*

**Lei 14.442/2022 e o direito à desconexão: um estudo comparado sobre os impactos do teletrabalho e porque a problemática não foi solucionada**

*Bruna Larissa Feitosa de Carvalho, 31.*

**O Direito e a Linguagem**

*Ana Luize de Azevedo Santullo Vilella, 62.*

**Planos de saúde de autogestão e o tratamento de migrânea crônica: o caso do AJOVY®**

*Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann, 66.*

**O princípio da coculpabilidade no direito penal brasileiro.**

*Bianca Isabela Rodrigues, 76.*

**Análise da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal entre órgão Ministerial e investigado a luz do art. 18 da resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**

*Gleiciane Pinto Da Silva e Luciana De Souza Ramos, 91*

**Nova lei de licitações e principais mudanças no ordenamento jurídico brasileiro**

*Nélio Júnior Rodrigues Gomes Araújo, 102.*

**Violência obstétrica: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro**

*Gabriela Aires Pimenta Silva Ribeiro e Andrea Cardinale Uraní Oliveira de Moraes, 110*

**Arquitetura hostil, Lei Padre Júlio Lancelotti e a democratização do acesso aos espaços públicos pelas pessoas em situação de rua**

*Mayra Carvalho Torres Seixas, 134.*

**ITBI na integralização de imóveis ao patrimônio de pessoas jurídicas**

*Yasmin Da Silva Bitencourt, 144.*

**O microssistema processual coletivo e seus direitos tutelados**

*Ana Carolina de Leles Rodrigues, 158*

**O nome como direito da personalidade e as alterações promovidas pela Lei n. 14.382/2022 na Lei de Registros Públicos**

*Mayra Carvalho Torres Seixas, 168.*

**O alcance da vedação contida no artigo 201, §5º, da Constituição Federal quanto à filiação do participante de regime próprio como segurado facultativo no regime geral**

*Renildo Argôlo Nery, 186.*

**Mediação: a busca da solução pacífica e eficaz de conflitos trabalhistas**

*Girlano de Sousa Soares, 203.*

**O contrato de trabalho intermitente como instrumento de violação à dignidade do trabalhador**

*Deisiane Christmas Santos Leão Machado Da Costa, 222.*

## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28, A, CPP) E O SEU ENTENDIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

### **VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**

Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Atualmente Procurador-Geral da CLDF. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)<sup>1</sup>.

O Acordo de Não Persecução Penal é uma das inovações inseridas no Código de Processo Penal (CPP) pela **Lei 13.964/2019** (Pacote Anticrime), que pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado, assistido por seu defensor. Nele, as partes negociam cláusulas a serem cumpridas pelo acusado, que, ao final, após o cumprimento integral, será favorecido pela extinção da punibilidade.

O **artigo 28-A do CPP** passou a contemplar o instituto nos seguintes termos: "*Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e **com pena mínima inferior a quatro anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*".

As cláusulas a serem cumpridas, consoante incisos do art. 28-A, do CPC, são:

---

<sup>1</sup> Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

A relevância e a dimensão desse instrumento – ainda recente no ordenamento jurídico brasileiro – podem ser estimadas pelas palavras do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ROGERIO SCHIETTI CRUZ, como *"uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais"* ( **HC 657.165**)

Segundo SCHIETTI, o acordo de não persecução penal não se propõe especificamente a beneficiar o réu, mas sim a Justiça criminal de forma

integral, visto que tanto ele quanto o Estado renunciam a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem. O Estado – explicou o ministro – não obtém a condenação penal em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva. Já o réu deixa de provar sua inocência, "em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade".

A esmagadora maioria dos crimes tipificados no ordenamento jurídico brasileiro, seja no Código Penal ou na legislação estravagante possuem pena mínima inferior ou igual a quatro anos e não possuem violência ou grave ameaça à pessoa.

## **1. DIFERENÇA DO ANNP *versus* TRANSAÇÃO E SURSIS PROCESSUAL.**

No mesmo voto, Schietti enumerou as principais diferenças do acordo de não persecução penal em relação a outras formas de Justiça penal negociada, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

"Enquanto na transação penal o acordo é de cumprimento de penas (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um processo instaurado, no acordo de não persecução penal se acerta o cumprimento de condições (funcionalmente equivalentes a penas)", detalhou o ministro.

A outra diferença apontada é que, ao contrário do que ocorre em relação aos dois outros institutos, o acordo de não persecução penal pressupõe, como requisito para sua celebração, a prévia confissão do crime por parte do investigado.

## **2. MPF JÁ PROPÔS MAIS DE 21 MIL ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Antes do Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal era previsto na **Resolução 181/2017 do Conselho Superior do Ministério Público**. No entanto, foi com a inclusão no sistema processual penal que o instrumento consensual se consolidou como alternativa à propositura da ação.

Conforme o Ministério Público Federal (MPF), de 2019 a 2022 foram propostos 21.466 acordos em todo o Brasil. Quanto aos crimes com maior incidência do instituto, um **levantamento da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF**, de 2021, revelou que os mais comuns são contrabando ou descaminho, estelionato majorado, uso de documento falso, moeda falsa, falsidade ideológica, além de crimes contra o meio ambiente.

Apesar de ser um número expressivo, o ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca alertou, em **apresentação na Rede de Inteligência e Inovação (Reint1), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1)**, que a quantidade de processos resolvidos a partir do modelo negocial de resolução de conflitos no âmbito da esfera penal ainda é baixo. Ao citar dados do Conselho Nacional do Ministério Público, ele destacou que somente 2,6% dos processos foram decididos por acordo de não persecução penal, o que representa um total de 7.717 processos solucionados no modelo de Justiça penal negociada.

A introdução recente do instituto no sistema processual penal e o crescente interesse das partes vêm suscitando a manifestação do STJ em diversos julgados. Alguns dos posicionamentos mais relevantes estabelecidos na jurisprudência da corte dizem respeito à possibilidade de sua aplicação retroativa e ao momento correto de oferecimento do acordo de não persecução penal.

### **3. FALTA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO NÃO IMPEDE MP DE PROPOR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Em agosto de 2022, a Sexta Turma do tribunal entendeu que **a falta de confissão do autuado, durante o inquérito policial, não impede que o MP analise o oferecimento do acordo de não persecução penal.**

Ao analisar o **HC 657.165**, o colegiado anulou decisão da Justiça do Rio de Janeiro que, mesmo diante do pedido da defesa, não remeteu os autos ao procurador-geral de Justiça, depois que o membro do MP em primeira

instância deixou de oferecer o acordo, sob o argumento de que o acusado não havia confessado o delito na fase do inquérito.

O relator do caso, ministro Rogerio Schietti Cruz, observou que o acusado estava sem advogado no interrogatório e preferiu ficar em silêncio, sem tomar conhecimento da possibilidade de celebrar o acordo.

Schietti avaliou que a exigência de confissão na fase policial poderia levar a uma autoincriminação antecipada, apenas com base na esperança de oferecimento do acordo, o qual – segundo o ministro – poderá não ser proposto em razão da falta de requisitos subjetivos ou de outro motivo, conforme a avaliação do MP.

"Além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de acordo ao receber o inquérito relatado", disse o magistrado.

Disse ainda que: "Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (acordo de não persecução penal) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta".

#### **4. NÃO SE ADMITE RETROAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SE A DENÚNCIA JÁ FOI RECEBIDA**

No julgamento do **HC 628.647**, a Sexta Turma do STJ estabeleceu, por maioria, **a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que a denúncia não tenha sido recebida**. Para o colegiado, uma vez iniciada a persecução penal em juízo, não há como retroceder no andamento processual.

Na ocasião, os ministros negaram o pedido da Defensoria Pública de Santa Catarina para que fosse oferecido o acordo de não persecução penal a

um homem preso em flagrante por portar armamentos e munições de uso restrito, antes de a nova lei entrar em vigor.

Autora do voto que prevaleceu no julgamento, a ministra Laurita Vaz considerou que "por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu – o que não se discute –, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência".

No entendimento da relatora, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor. Por outro lado, "há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador", ponderou.

## **5. EFEITOS RETROATIVOS TÊM PRECEDENTES NO STJ, NO STF E EM ENUNCIADO DO MP**

Circunstância semelhante foi analisada pela Quinta Turma no julgamento do **HC 607.003**, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca. O colegiado não conheceu do pedido por entender que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, mas desde que não recebida a denúncia. A decisão refletiu posicionamento já firmado pelo STF no **HC 191.464**.

No caso dos autos, a discussão acerca da aplicação do acordo só ocorreu na fase da apelação. A Lei 13.964/2019 não estava em vigor no momento do recebimento da denúncia, o que impede a incidência do instituto.

O relator também citou uma decisão do ministro Felix Fischer, proferida em **petição no AREsp 1.668.089**, de junho de 2020. O então decano do STJ salientou que o **Enunciado 20**, formulado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais por meio de uma comissão especial, trata da retroatividade do artigo 28-A do CPP, nos seguintes termos:

"Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

A Sexta Turma do STJ em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, já reconheceu pela aplicação do ANPP para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação, conforme seguinte trecho:

"o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)". (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)

No TRF 4, também em recente decisão fixou-se o entendimento de ser possível a aplicação do ANPP de forma retroativa, mesmo na fase recursal, senão vejamos:

"O acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5a Turma). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP". (TRF 4, Correição Parcial 5009312- 62.2020.4.04.0000, Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 14.5.2020).

No Supremo a matéria ganhou relevante interesse jurídico, consoante entendimento do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, por onde ao apreciar o HC 185.913, submeteu o julgamento ao plenário daquela Corte para deliberar sobre os seguintes pontos:

a) O ANPP - acordo de não persecução penal pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do acordo de não persecução penal mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

O HC 185.913 ainda está pendente de julgamento, conforme se extrai da página de acompanhamento processual no STF2, já contando com diversas entidades para participarem na condição de *amicus curiae* para apresentar sustentação.

## **6. JUDICIÁRIO NÃO PODE DETERMINAR QUE MP OFEREÇA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

No **RHC 161.251**, a Quinta Turma estabeleceu que **é competência exclusiva do MP a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal**, não cabendo ao Poder Judiciário determinar ao órgão acusador que o oferte.

Nesse julgado, o impetrante havia sido denunciado por corrupção ativa, tendo o MPF se manifestado pela impossibilidade de celebração do acordo. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), um habeas corpus foi indeferido e, no STJ, a defesa alegou que seria possível a intervenção do Poder Judiciário com base na ausência de fundamentação idônea por parte do MPF para o não oferecimento do acordo.

Para o relator, ministro Ribeiro Dantas, as regras do devido processo legal foram respeitadas na época da denúncia – quando o acordo de não persecução não existia no sistema processual penal. Para ele, o MPF expôs de

---

2 <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>

forma satisfatória os motivos para considerar que a celebração do acordo, no caso concreto, não seria suficiente para reprovação e prevenção do crime.

"Não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo", apontou o ministro.

Por fim, Ribeiro Dantas afirmou que a possibilidade de oferecimento do acordo é conferida exclusivamente ao MP, não constituindo direito subjetivo do investigado. Segundo ele, "*Cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal*" (Min. Ribeiro Dantas, RHC 161.251)

## **7. MP NÃO PRECISA INTIMAR ACUSADO PARA QUE RECORRA SOBRE CABIMENTO DO ACORDO**

Em outro julgamento relevante da Quinta Turma (**REsp 1.948.350**), em novembro de 2021, foi definido que o MP não precisa intimar o acusado para que este possa recorrer da decisão que entendeu pelo não cabimento do acordo de não persecução penal.

Na origem do caso, o investigado foi denunciado pelo crime de descaminho, tendo o MPF se manifestado pela impossibilidade da celebração do acordo. O juiz de primeiro grau determinou ao MPF que comprovasse a ciência do acusado quanto à negativa de proposta do acordo e a ausência de recurso ao órgão superior, o que motivou a interposição de recurso no TRF4. Com decisão favorável ao MPF, a defesa apresentou recurso especial, mas o STJ lhe negou provimento e manteve a decisão em agravo regimental.

O relator, desembargador convocado do TJDFT, Dr. JESUÍNO RISSATO, destacou em seu voto que o STJ já havia se manifestado sobre a controvérsia no julgamento do **HC 677.218**, de relatoria da ministra Laurita Vaz. Na decisão, ela asseverou que não há norma legal que imponha ao MP a remessa automática dos autos ao órgão de revisão, tampouco que o obrigue a expedir

notificação ao investigado, sendo atribuição da acusação apresentar os fundamentos pelos quais entende incabível a propositura do ajuste na cota da denúncia ou em momento anterior.

## **8. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE DO ACORDO JUSTIFICA NÃO ENVIAR OS AUTOS À INSTÂNCIA REVISORA**

Baseado nesse precedente, RISSATO entendeu que o juízo de primeiro grau não poderia rejeitar a denúncia amparado apenas na falta de intimação do MPF ao investigado para informá-lo do não oferecimento do acordo de não persecução penal.

*"Cumprе ressaltar que, caso seja recebida a denúncia, será o acusado citado, oportunidade em que poderá, por ocasião da resposta à acusação, questionar o não oferecimento de acordo de não persecução penal por parte de Ministério Público e requerer ao juiz que remeta os autos ao órgão superior do Ministério Público", esclareceu o relator.*

Ao concluir sua fundamentação, Rissato lembrou que, embora haja a previsão de pedido de revisão por parte da defesa do investigado, o juízo de primeiro grau deverá analisar as razões invocadas e poderá, de forma fundamentada, negar o envio dos autos à instância revisora, em caso de manifesta inadmissibilidade do acordo.

Enfim, por se tratar de instituto novo e pendente de julgamento o HC 185.913 com Repercussão Geral no STF, a matéria Acordo de Não Persecução Penal poderá ainda sofrer novos contornos, especialmente, quanto à exigência da confissão na fase extrajudicial ou processual, como requisito para sua aplicação.

FONTE:

Notícias do STJ: HC 657165, HC 628647, HC 607003, AREsp 1668089, RHC 161251, REsp 1948350, HC 677218

## **ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA OU RETROCESSO SOCIAL? ANÁLISE DAS MUDANÇAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **ALEXANDRE CESAR FERNANDES TEIXEIRA:**

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba, Assessor Técnico do Procurador-Geral de Justiça, ex-Promotor de Justiça Corregedor, ex-Presidente da Associação Paraibana do Ministério Público – APMP, ex-Vice-Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e ex-Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público - Fesmip.

### **1.INTRODUÇÃO**

A Lei nº 14.230, publicada no final de 2021, foi responsável por profunda modificação na Lei de Improbidade Administrativa desde a sua edição. Não se tratou de alterações pontuais, mas de uma considerável reforma no sistema de combate à improbidade que terá relevante impacto na atuação do Ministério Público e outros legitimados no combate aos atos de improbidade administrativa, indiscutivelmente.

Este artigo analisará as inovações da nova legislação, observados os fundamentos desenvolvidos pelo legislador infraconstitucional. Será demonstrado que a tensão entre os agentes políticos e a Lei de Improbidade perdura desde o seu nascedouro, com inúmeras tentativas de suavizar ou abrandar o teor original da lei, o que resultou na Lei nº 14.230/21, com o fundamento de que seria para valorizar a segurança jurídica e evitar a responsabilização de agentes públicos por simples erros.

Devido a magnitude da reforma, não se comentará todas as suas novidades, não obstante a influência que cada uma produziu.

Para verificar se o escopo almejado pelo legislador foi alcançado, serão elencados os seguintes pontos: a) modificação no regime jurídico da vontade pela prática de ato ímprobo; b) novo tratamento conferido à sanção de suspensão dos direitos políticos e, por fim; c) a transformação do rol das improbidades que violam os princípios da administração pública em taxativo.

Com base em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, o objetivo das novas normas não é seguramente o de respeito ao princípio da segurança jurídica, muito menos prestígio à moralidade administrativa.

## 2. DA GÊNESE DA REFORMA

A Lei nº 8.429/92 concretizou o mandamento estabelecido pelo legislador constituinte originário (art. 37, § 4º, da Constituição Federal) e disciplinou o tratamento jurídico dos atos de improbidade praticados contra o patrimônio público. Desde o seu nascimento, a convivência entre o diploma legislativo e seus eventuais destinatários, principalmente alguns agentes políticos, não tem sido pacífica, com severas críticas daqueles que não aceitam a mutação constitucional em busca da probidade no exercício das atividades públicas.

A primeira tese levantada pelos exercentes de mandato eletivo para não se submeterem aos ditames da LIA foi, possivelmente, a alegação de que eles já respondiam por crimes de responsabilidade e, assim, não poderiam estar sujeitos ao duplo regime sancionatório, o que foi repellido pelo Supremo Tribunal Federal (STF. Plenário. Pet 3240 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/5/2018).

Em 24 de outubro de 2002, foi promulgada a Lei nº 10.628, e esta inseriu o § 2º ao art. 84, do Código Penal, com a previsão de que a responsabilidade para julgar as ações de improbidade administrativa seria do tribunal competente para julgar eventuais infrações penais praticadas pelo agente público, todavia a norma foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, que defendeu a argumentação de que a prerrogativa de foro não poderia ser ampliada para ações civis (ADI 2797).

A Lei nº 14.230/21, norma que viabilizou a maior reforma no sistema de improbidade desde a sua promulgação, contou com apoio expressivo dos parlamentares do Congresso Nacional. A título de exemplo, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados com 408 votos a favor e agregou, de forma incomum, governo e oposição. As justificativas apresentadas pelos parlamentares estavam fundadas na necessidade de segurança jurídica, pois a interpretação deles foi a de que as disposições anteriores da lei permitiam uma responsabilização injusta de gestores públicos.

O pronunciamento dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, na Marcha dos Prefeitos, ocorrida em 26 de abril de 2022, extraída de reportagem do jornal *O Valor Econômico*, sintetiza os argumentos defendidos pelos parlamentares:

Mudança na lei da improbidade administrativa dá oportunidade de homens e mulheres de bem entrarem e permanecerem na política, disse Lira. Prefeitos se libertaram do prefeito ad hoc nos municípios, que é membro do Ministério Público estadual a perseguir os prefeitos por qualquer erro administrativo.

No mesmo evento, Pacheco disse que o Congresso revisou a lei de improbidade administrativa “para que se tenha clareza taxativa do que é ou não improbidade”. “Espero que Judiciário e MP façam prevalecer aquilo que o Congresso estabeleceu”. O presidente do Senado disse ainda que não pode haver “presunção de desconfiança e mal feito de prefeitos”<sup>3</sup>

Embora não mencionado, o discurso acima transcrito se coaduna com a “teoria do apagão das canetas”, que descreve o afastamento de bons quadros do serviço público pelo medo de responsabilização nas instâncias de controle. Explicação constante no artigo de Sandro Pereira:

De acordo com a doutrina que já se debruçou sobre a matéria, o tal “apagão” seria resultado de um empoderamento desmedido que se atribuiu aos órgãos de controle externo, sobretudo com a Constituição de 1988 e os instrumentos legislativos de combate à corrupção que lhe sucederam. Criou-se, assim, um ambiente institucional propício para o fortalecimento da atividade controladora do Estado, reconhecidamente fundamental para o regime republicano e democrático, mas que, com o decorrer dos anos, teria passado a ser exercida de modo disfuncional, desproporcional e atentatória à separação dos poderes. Sob essa perspectiva, portanto, o controle externo, a pretexto de combater a corrupção e de exigir a estrita observância da legalidade, ainda que bem-intencionado, tem sido fonte de verdadeira paralisia e ineficiência administrativa. (“Apagão das canetas”, inovação e controle externo: o que os gestores têm a dizer? Revista **Consultor Jurídico**, 21 de julho de 2022)

Operou-se, dessarte, um verdadeiro efeito *backlash* em sentido amplo e inédito, com o objetivo de superar não apenas entendimentos jurisprudenciais, mas a prática institucional de vários órgãos de controle.

No entanto, o efeito prático imediato da reforma é o afrouxamento no controle da administração pública, o qual ganha materialidade por meio de diversas alterações introduzidas, as quais impedem ou dificultam a responsabilização por atos de improbidade, conforme se verá a seguir.

### **3. DA MODIFICAÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA VONTADE NA IMPROBIDADE**

Originalmente, a LIA previa, em seu art. 10, a possibilidade de responsabilização por culpa em caso de atos que causassem danos ao erário, e, nos demais casos, somente

<sup>3</sup> <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/04/26/lira-elogia-mudanca-na-lei-da-improbidade-administrativa-e-pacheco-manda-recado-ao-judiciario-e-mp.ghtml> ou as ferramentas oferecidas na página.

haveria a configuração da improbidade em caso de dolo. Com a reforma promovida pela Lei nº 14.230/21, a culpa é incapaz produzir ato ímprobo.

Como prevê o § 2º, do art. 1º, da Lei nº 8.429/92, considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, pois não basta a voluntariedade do agente. Ou seja, é imprescindível, para a caracterização do ato de improbidade, o especial fim de agir, sendo insuficiente o dolo genérico. Arremeta ainda o § 1º, do art. 11, que somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, norma esta estendida a todos os tipos de improbidade pelo § 12 do mesmo artigo.

Em outras palavras, a configuração da prática de ato de improbidade administrativa depende da demonstração de que o agente quis se comportar de acordo com a tipificação prevista na LIA e com fito de obter benefício indevido, para si ou para outrem.

A modificação legislativa tem forte repercussão no âmbito processual, pois a demonstração do dolo específico é de grande dificuldade, já que se trata de pesquisar o elemento psicológico que rege o agente na sua conduta. Ao defender a ineficácia da Nova Lei do Abuso de autoridade, (Alves e Silva, INEFICÁCIA NA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE COM A APLICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO, p. 9) defendem:

O dolo específico necessário para que a conduta dos agentes seja típica, constitui um elemento que excepcionalmente se exterioriza no mundo dos fatos, sua caracterização torna-se uma tarefa completamente dificultosa de comprovar, pois a intenção a qual se cometeu tal conduta criminosa é pessoal, íntima e subjetiva do sujeito ativo, portanto inacessível para o órgão julgador.

A norma criou um especial fim de agir exigido de forma geral para todos os atos ímprobos, situação que sequer ocorre no direito penal, no qual o dolo específico apenas é necessário para os tipos expressamente previstos pelo legislador.

Embora o legislador tenha tentado aproximar o regime jurídico da improbidade do campo penal, ao estabelecer a aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador (art. 1º, § 4º, da LIA), não há como se estabelecer equivalência de tratamento, uma vez que um tutela o bem mais caro que pode retirado pelo Estado brasileiro em tempos de paz: a liberdade. De fato, o que ocorreu não foi, nem mesmo, uma uniformização, e sim, indubitavelmente, uma disciplina mais dificultosa no campo da improbidade.

A Suprema Corte pronunciou-se, recentemente, sobre a impossibilidade de aplicação indiscriminada de preceito do Direito Penal no âmbito da LIA, ao definir a irretroatividade da Lei nº 14.230 de 2021. Um dos fundamentos utilizados pela Corte foi de que “o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica baseia-se em particularidades do direito penal, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do favor libertatis), fundamento inexistente no direito administrativo sancionador.” (CAVALCANTE, Márcio André Lopes, p. 3).

Conforme defende Tourinho, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso? p. 9):

Acolher-se a tese do dolo específico na caracterização da improbidade administrativa, principalmente nas hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, viola frontalmente o princípio da proibição de proteção deficiente, viés do princípio da proporcionalidade, que não admite a deficiência na proteção de um direito fundamental, seja pela eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger ou pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente os agentes, além de tantas outras hipóteses.

Tudo visto, existem severas dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo, uma vez que impõem ao membro do Ministério Público, em muitos casos, verdadeira prova diabólica, o que pode afetar o equilíbrio entre as partes no processo.

Outra modificação implementada no elemento volitivo foi a extinção da culpa como elemento caracterizador da improbidade. Na justificativa do projeto, o deputado federal Roberto de Lucena assim dispôs:

Não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento.

O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados.

A culpa compreende a imprudência, a negligência e a imperícia que podem ser descritas, doutrinariamente, como uma ação sem a observância dos cuidados necessários, o descumprimento de regras imperativas para o caso e a falta de habilidade técnica ou profissional.

Na culpa, o agente não persegue o resultado, mas este apenas ocorre em função da ausência de um zelo a ele imputado. Com a nova orientação, incontáveis situações de enorme gravidade deixarão de ser responsabilizadas sob o aspecto da LIA, e permitirá que agentes públicos que atuam com elevado grau de culpa escapem das referidas sanções.

#### **4. DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS**

Na redação anterior, a LIA estipulava que a sanção de suspensão dos direitos políticos seria aplicada no patamar de 8 a 10 anos para atos que ensejassem enriquecimento ilícito, 5 a 8 anos, em caso de dano ao erário, e 3 a 5 anos nos atos que violam os princípios da administração pública. Atualmente, a sanção de suspensão dos direitos políticos foi extinta para o último caso e aumentadas para 14 e 12 anos, respectivamente, nas primeiras situações, sem estipulação de pena mínima.

O leitor desatento poderia considerar que houve um agravamento nessa sanção. No entanto, a lei criou um regime fictício de cumprimento da pena, que incentiva a interposição de recursos meramente protelatórios, com o fito de tornar letra morta o cumprimento da sanção. Prevê o § 10 do art. 12 da LIA que, para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Isso significa que, após o trânsito em julgado, o juiz deverá contar o tempo transcorrido desde a prolação do acórdão condenatório, ainda que, a esse tempo, o réu não estivesse, efetivamente, com seus direitos suspensos, uma vez que a própria lei exige a formação da coisa julgada para a execução de qualquer sanção (§ 9, art. 12, da LIA).

Um exemplo ajuda a elucidar melhor o caso. Imagine que um servidor público está sendo processado pela prática de ato de improbidade que cause prejuízo ao erário e seja condenado, dentre outras penas, a de suspensão dos direitos políticos por 6 anos. A sentença foi confirmada, nos mesmos termos, pelo tribunal, em 1º de janeiro de 2022. Após alguns recursos aos tribunais superiores, o processo chega ao seu termo final em abril de 2028. Como a sanção deve ser contada desde janeiro de 2022, na data do trânsito em julgado o réu já teria cumprido a sua pena.

O raciocínio do legislador foi o de que, em certas situações, por existir condenação por órgão colegiado, o cidadão se torna inelegível, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 1990. É patente a confusão entre institutos jurídicos distintos. A inelegibilidade é apenas uma das consequências da suspensão dos direitos políticos, que é bem mais grave, assim como não há identidade entre os tipos previstos na LIA e na Lei de Inelegibilidade.

Com base na flagrante inconstitucionalidade, recentemente, em 10 de janeiro de 2023, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu medida cautelar na ADI 7.236, do Distrito Federal, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - Conama, com o objetivo de suspender o referido dispositivo, com a seguinte fundamentação:

No que se relaciona ao art. 12, § 10, constante do art. 2º da Lei 14.230/2021, cabe destacar que, em princípio, não se afigura constitucionalmente aceitável a redução do prazo legal de inelegibilidade em razão do período de incapacidade eleitoral decorrente de improbidade administrativa.

(...) a suspensão dos direitos políticos em virtude de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, não se confunde com a previsão de inelegibilidade do art. 1º, I, I, da LC 64/1990.

Enquanto a primeira hipótese tem seu fundamento no art. 15 da Constituição Federal (suspensão), a segunda tem seu fundamento no § 9º do art. 14 do texto constitucional (inelegibilidade legal), que somente abrange uma situação de inelegibilidade, posterior ao término da suspensão dos direitos políticos.

Em complementação – não em substituição – à previsão constitucional do art. 15 da Constituição Federal, com base no § 9º do seu art. 14, a LC 64/2010 estabeleceu criteriosos requisitos de incidência em seu art. 1º, I, I (condenação por ato de improbidade administrativa que importe, simultaneamente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito; presença de dolo; decisão definitiva ou proferida por órgão judicial colegiado; e sanção de suspensão dos direitos políticos – nesse sentido: Ac.-TSE, de 21/02/2017, no Respe 10049), prevendo hipóteses especialmente graves e atentatórias à moralidade administrativa e ao bom funcionamento das instituições públicas.

Em que pese serem previsões complementares, são diversas, com diferentes fundamentos e diferentes consequências, caracterizando institutos de natureza diversas, que, inclusive, admitem a

possibilidade de cumulação entre as inelegibilidades e a suspensão de direitos políticos, pois conforme decidido pela CORTE no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578 (Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 29/06/2012)

A Constituição Federal determina, expressamente, que uma das consequências do ato de improbidade é a suspensão dos direitos políticos, mandamento este que não pode ser apagado pelo legislador ordinário. A referida norma atinge frontalmente a Carta Magna em diversos pontos ao tornar, por via transversa, praticamente ineficaz a suspensão dos direitos políticos.

## 5. DA VINCULAÇÃO A TIPIFICAÇÃO APRESENTADA NA INICIAL

Umas das novidades introduzidas pela reforma da LIA é uma espécie de imutabilidade da tipificação prevista na petição inicial. Após a réplica do ministério público, o juiz deve proferir decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor, assim como será considerada nula a decisão que condenar o réu por tipo diverso do previsto na inicial. (§ 10-C e 10-F do art. 17 da Lei nº 8.429/92).

O inquérito civil é o instrumento que, em regra, irá subsidiar a ação civil pública contra a improbidade a ser apresentada pelo Ministério Público. No entanto, como é notório, ele não esgota a atividade probatória, de modo que é plenamente possível que se verifique, durante a instrução processual, a existência de prática efetiva de uma outra conduta tipificada na LIA.

Ao condicionar a condenação do requerido em ação de improbidade ao tipo indicado na petição inicial, ainda que efusivamente demonstrada a ocorrência de outro ato ímprobo, a regra afronta o brocardo latino ensinado nas primeiras lições da faculdade de Direito: *iura novit curia* (o juiz conhece o direito) e *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito).

Outrossim, como mencionado no item 2.2, há, novamente, um tratamento jurídico mais rigoroso que no Direito Penal, na qual o réu se defende de fatos, sem estar o juiz vinculado a tese encampada pelo *parquet*. O mandamento conduz a situação em que o magistrado será obrigado a absolver o réu, em que pese a robustez de prova dos autos, pelo simples fato de entender que a tipificação dada na petição inicial não é a mais adequada. O mesmo caso, na esfera penal, resultaria na reclassificação jurídica da conduta.

Na petição inicial da ADI 7236/DF, o autor corrobora os argumentos trazidos à baila e nos apresenta outras consequências desta opção legislativa:

Subsumir os fatos à norma, está inserida nos poderes-deveres do juiz, eis que não há margem de discricionariedade, ou seja, o exercício do iura novit curia configura sempre um dever que decorre da necessidade das decisões judiciais estarem em sintonia com o direito estatal vigente. Conforme a doutrina destaca, aceitar “que o iura novit curia seja uma faculdade implicaria aceitar que juízes podem deliberadamente proferir decisões antijurídicas porque voluntariamente deixaram de dar o correto enquadramento jurídico à situação fática que lhes foi apresentada pelas partes” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo. Coordenado por Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 322)

(...)

Por outro lado, anote-se que a vedação ao exercício do poder-dever de requalificação jurídica dos fatos pelo magistrado é previsão que estimulará a repetição de demandas com idêntica causa de pedir remota, uma vez que o Ministério Público se verá obrigado a ajuizar outra e subsequente ação na qual deduza os mesmos fatos, mas com qualificação jurídica diversa (causa de pedir próxima)

Com a devida vênia, a manutenção desse dispositivo no ordenamento jurídico não causará apenas a repetição de demandas e o abarrotamento do poder judiciário, o que seria, por si só, suficientemente grave, mas a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Em que pese ter havido o aumento no prazo prescricional, assim como ocorre com a sanção de suspensão dos direitos políticos, a mudança é apenas aparentemente mais gravosa. Após ser interrompida, ela começará a ser contada pela metade (art. 23, § 5º, da LIA), razão pela qual o novo processo teria que tramitar em tempo recorde a fim de ser alcançado o novo marco interruptivo, qual seja, a sentença condenatória.

Ao ponderar a vinculação estrita entre sentença e petição inicial quanto à tipificação do ato de improbidade com a exigência de demonstração de dolo específico, na qual se impingiu pesado ônus probatório, verifica-se a tendência de impunidade trazida pelo novo diploma legislativo.

Por um lado, impõe o dever de o Ministério público, em qualquer ato de improbidade, pesquisar sobre o especial fim de agir do agente, com todas as dificuldades

já demonstradas. Por outro, ainda que consiga revelar o dolo específico, caso a instrução probatória revele que o ato se amolda noutra espécie, o imputado deve ser absolvido.

Ao contrário do que pregam os defensores da reforma da Lei de Improbidade, a sua consequência prática permitirá uma maior fragilidade da proteção do patrimônio público por causa dos obstáculos introduzidos para a responsabilização dos agentes.

## **6. DA TAXATIVIDADE DAS IMPROBIDADES QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Um das principais novidades da Lei nº 14.230/21 foi a transformação do rol de improbidades que atentam contra os princípios da administração pública de exemplificativo em taxativo.

Dworkin define princípios como “aquele standard que deve ser observado, não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social, que se possa considerar favorável, mas porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade” (Guedes Néviton, A importância de Dworkin para a teoria dos princípios, 2012, p. 3).

Os princípios são dotados de alto grau de generalidade e abstração, de modo que há maior espaço de conformação do seu conteúdo no caso concreto. Em tese, a configuração de improbidade por violação a princípios da administração pública com a cláusula aberta prevista no caput da redação original do art. 11, da LIA, poderia respaldar as justificativas da reforma já trazidas no presente artigo. No entanto, não se pode confundir a indeterminação ínsita aos princípios com arbitrariedade.

A natureza exemplificativa do rol tinha uma razão de ser clara: é impossível ao legislador prever, de início, todas as condutas que possam violar os princípios da administração pública. Cabe aos operadores do direito, principalmente aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário, preencher o conteúdo dos mandamentos principiológicos de acordo com a Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça debruçou-se diversas vezes na construção da categoria específica de improbidade com violação a princípios:

A ilegalidade e a improbidade não são conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade

deve provir do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações. REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24.4.2014.

A própria jurisprudência, não se olvide, cuidou de temperar eventuais interpretações elásticas do caput do art. 11 da redação original da LIA.

Com a nova redação, condutas dotadas de elevada gravidade deixarão de ser consideradas improbidade, inclusive em casos que já havia jurisprudência pacificada, como: tortura de pessoas custodiadas em delegacia (STJ. 1ª Seção. REsp 1177910-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015); estupro de paciente por médico vinculado a hospital público; assédio de aluno (a) criança ou adolescente por professor da rede pública (STJ. 2ª Turma. REsp 1.255.120-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.5.2013. Info 523).

Todas essas situações, pelo simples fato de não constarem expressamente na Lei nº 8.429/92, deixaram de configurar improbidade administrativa, o que representa violação aos princípios da proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. Sarlet (p.131) defende que:

A partir da consagração (...) da noção de deveres de proteção estatais em matéria de direitos fundamentais, acabou também sendo reconhecida a existência de um dever de proteção suficiente (a garantia de um patamar mínimo de proteção), que, por sua vez, implica uma proibição de proteção insuficiente ou deficiente. Tal proibição de proteção insuficiente tem sido – em geral – considerada como sendo uma outra dimensão da proporcionalidade na condição de proibição de excesso de intervenção, ensejando um teste similar (em três níveis de análise) para a sua verificação em casos de omissão ou atuação insuficiente do Poder Público.

Pairam, destarte, sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da novel legislação no tópico em análise.

## **7.CONCLUSÃO**

A intenção do legislador ordinário de proporcionar segurança jurídicas aos agentes públicos com a reforma da LIA, anunciada como seu objetivo principal, não será a consequência prática da aplicação dos seus dispositivos.

Os excessivos obstáculos impostos pela novel legislação à configuração do ato de improbidade não encontram correspondência nem mesmo no Direito Penal, ramo jurídico conhecido por ser a *última ratio*, cuja condenação pode resultar na privação da liberdade do ser humano.

O princípio da segurança jurídica não pode ser alçado a um patamar superior aos demais princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, como a proibição da proteção deficiente e a defesa do patrimônio público. Não se pode admitir que, a pretexto de incentivar a inovação e o ingresso de novos quadros na administração pública, com base na teoria do “apagão das canetas”, criem-se situações teratológicas, como a extinção, por vias transversas, da sanção de suspensão dos direitos políticos e aos princípios gerais do direito como *iura novit curia*.

Não se trata de tolher o legislador de legítimas escolhas políticas, o que é louvável em um estado democrático de direito, posto que o parlamento condensa a soberania popular. As modificações aqui trazidas, em vez de impedir a responsabilização indevida de agentes públicos, retira do alcance do âmbito da LIA condutas de extrema gravidade e que merecem o repúdio pelo Direito.

## 8. BIBLIOGRAFIA

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14142/2/INEFIC%c3%81CIA%20NA%20LEI%20DE%20ABUSO%20DE%20AUTORIDADE%20COM%20A%20APLICA%c3%87%c3%83O%20DO%20DOLO%20ESPEC%c3%8dfICO..pdf>

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem? Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/38840678620308eadd98d8632df3d6d4>>. Acesso em: 01/02/2023

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1687121&file\\_name=Tramitacao-PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&file_name=Tramitacao-PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018))

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 02 fev. 2023.

[https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#\\_ftn6](https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios#_ftn6)

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 02 fev. 2023

## **LEI 14.442/2022 E O DIREITO À DESCONEXÃO: UM ESTUDO COMPARADO SOBRE OS IMPACTOS DO TELETRABALHO E PORQUE A PROBLEMÁTICA NÃO FOI SOLUCIONADA**

**BRUNA LARISSA FEITOSA DE CARVALHO:**

Advogada bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.<sup>4</sup>

**RESUMO:** diante da evolução social e dos meios de realização de serviços, surgiu a figura do teletrabalhador no ordenamento jurídico brasileiro, com a Reforma Trabalhista. Após a crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19, muitas empresas foram obrigadas a colocar seus colaboradores para trabalharem de suas casas, o que foi visto por ambos, com o tempo, como algo positivo. Neste sentido, o Poder Executivo, na tentativa de balizar as questões atinentes ao teletrabalho, inicialmente, editou a Medida Provisória 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022, equiparando-o ao trabalho remoto. Neste trabalho, este novo regulamento será analisado e, embora exista pontos positivos, no que tange ao direito à desconexão, a norma deixa lacunas importantes, o que pode impactar na saúde dos trabalhadores e nas finanças da empresa.

**Palavras-chave:** teletrabalho, reforma trabalhista, pandemia, direito à desconexão.

### **LAW 14.442/2022 AND THE RIGHT TO DISCONNECTION: A COMPARATIVE STUDY ON THE IMPACTS OF TELEWORK AND WHY THE PROBLEM HAS NOT BEEN SOLVED**

**ABSTRACT:** faced with social evolution and the means of performing services, the figure of the teleworker emerged in the Brazilian legal system, with the Labor Reform. After the health crisis caused by the Covid-19 pandemic, many companies were forced to put their employees to work from their homes, which was seen by both, over time, as a positive thing. In this sense, the Executive Power, to delimit issues related to teleworking, initially edited Provisional Measure 1,108/2022, converted into Law 14,442/2022, equating it to remote work. In this work, this new regulation will be analyzed and, although there are

---

<sup>4</sup> Advogada bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista pela Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

positive points, regarding the right to disconnect, the rule leaves important gaps, which can impact the health of workers and the company's finances.

**Keywords:** telework, labor reform, pandemic, right to disconnection.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de regularizar a situação dos teletrabalhadores, especialmente depois da pandemia decorrente da Covid-19, onde muitos tiveram que trocar o ambiente corporativo pelo espaço doméstico, o governo brasileiro publicou, em 28 de março de 2022, a Medida Provisória (MP) 1.108, que foi convertida na Lei 14.442/2022 em setembro do mesmo ano (BRASIL, 2022). Segundo a proposta, o intuito deste regramento foi também balizar e dar um norte à empregados e empregadores, que, desde que o teletrabalho foi regulamentado, após a vigência da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) (BRASIL, 2017), ficaram com dúvidas acerca de alguns temas relativos a esta modalidade de prestação de serviços (BRASIL, 2022).

Quando editada, a MP trouxe em seu bojo uma série de novas interpretações; dentre elas, a equiparação de teletrabalhadores aos que laboram no modelo de trabalho remoto. Além disso, preleciona que não fica desconfigurado o teletrabalho mesmo que o empregado exerça suas atividades dentro da empresa: ou seja, caso o indivíduo decida comparecer à sede do empregador, por mais que seu contrato seja de teletrabalho, assim permanecerá. Ainda, trata do direito à desconexão, já que, a partir da publicação da MP, não só os teletrabalhadores terão sua jornada controlada, como também, através de acordo individual, empregado e empregador poderão determinar os horários e meios tecnológicos para se comunicarem, estando respeitados os descansos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943).

A Lei 14.442/2022 teve o texto da MP 1.1108/2022 integralmente mantido, no que se refere ao teletrabalho (BRASIL, 2022). Contudo, por mais que estas novas diretrizes tenham sido introduzidas à CLT, ainda se mantém diversos questionamentos sobre a regulamentação dos teletrabalhadores, especialmente quanto ao direito à desconexão destes empregados.

Diferentemente do Brasil, outros países procuraram solucionar o imbróglio de forma mais eficaz. Uma das primeiras nações a tratar do tema foi a França, no ano de 2016, onde ficou determinado que empresas com mais de cinquenta funcionários devem negociar sobre o direito à desconexão dos teletrabalhadores; caso não se chegue a um consenso, o empregado deverá, ele mesmo, regulamentar sobre o assunto (GAURIAU, 2020).

Especialmente após a situação crítica imposta pelo novo coronavírus, diversas empresas brasileiras passaram adotar o teletrabalho (MELLO, 2020). O objetivo deste

artigo, portanto, é analisar os efeitos do trabalho remoto à rotina dos empregados e a razão pela qual a forma de regulamentar sobre o assunto foi ineficiente.

## **2.A IMPOSIÇÃO DO TELETRABALHO PELO SURGIMENTO DA COVID-19**

A princípio, é fundamental que se mencione que a forma de prestação de serviços remota cresceu exponencialmente no Brasil, muito embora a legislação venha tentando tratar do tema desde 2011, como se verá adiante. Isso se deu em razão do aparecimento da Covid-19, doença potencialmente transmissível e, à época da sua eflorescência, extremamente letal (SILVEIRA, 2021).

Por conta da necessidade do isolamento social com o fito de paralisar a disseminação do vírus, empresas viram-se obrigadas em alocar seus empregados para que estes laborassem de suas casas, sendo que, muitas vezes, o teletrabalho sequer era um meio de cumprimento das obrigações dos colaboradores daquela companhia.

Portanto, não obstante o teletrabalho já estivesse presente de forma objetiva na CLT quando do surgimento da tensão ocasionada pela Covid-19, fato é que empregados e empregadores, por conta da situação de caráter emergencial e, conseqüentemente, adaptações abruptas, viram-se em uma situação repleta de insegurança jurídica. Imbuído deste pensamento, escreveu MOLINA (2020), em artigo publicado à época dos primeiros sinais de instabilidade social, na tentativa de sinalizar caminhos para solucionar estas questões:

O desenvolvimento da teoria e da filosofia do Direito, principalmente a partir das trágicas experiências históricas, quando os ordenamentos jurídicos foram sequestrados pela moral, pela política e no limite, pela vontade do governante ou do julgador, mostrou-nos que a solução para os nossos problemas deveria estar no respeito aos limites do Direito.

(...)

É da nossa compreensão que, em um país democrático, as soluções, inclusive para os momentos excepcionais e de crise, sanitária e econômica, devem estar previstas dentro do ordenamento jurídico. Não há justificativa de fato que autorize decisões consequencialistas, casuístas, fora do sistema, sob pena de subversão da separação dos Poderes e ataque ao Estado Democrático de Direito, convertendo o atual estado de emergência – com requisitos e limites, antecipadamente, previstos no sistema jurídico – em estado de

exceção, que é um estado de não-Direito, onde impera a força e a mera vontade, do governante ou do julgador.

Sendo assim, como forma de cancelar a conduta de grande parte das empresas, fez-se necessária a edição de leis e publicação de medidas provisórias, dando um suporte jurídico maior às decisões empresariais. Citem-se, à título de exemplo: a Lei 14.020/2020 (artigo 8º, parágrafo 4º) (BRASIL, 2020), a MP 1.046/2021 (artigos 3º e 4º em específico, além de outros dispositivos relacionados ao tema ao longo do regramento) e a Lei 14.151/2021 (artigo 1º) (BRASIL, 2020).

Após o desenvolvimento da ciência e evolução dos meios de combate à Covid-19 (OPAS, 2021), foram concebidas vacinas, que diminuiriam drasticamente o número de pessoas acometidas pela doença e, principalmente, o montante de vítimas em decorrência da pandemia. Por isso, pouco a pouco, empregadores foram requisitando o retorno de seus empregados para o ambiente corporativo. Entretanto, não se pode ignorar que, ainda que muitos trabalhadores vejam benefícios no teletrabalho (MERCANTIL, 2022), esta forma de prestação de serviços muito mais favorece o empresário. DURÃES et. al (2021) dissertaram:

No período do trabalho remoto emergencial, não há relação entre a ampliação do trabalho remoto e a melhoria das condições de vida da classe trabalhadora, como se pode depreender das pesquisas realizadas no contexto da pandemia, como demonstraremos posteriormente. A conversão das formas de trabalho presenciais em remotas, no contexto pandêmico, consistiu em contingência sanitária. Superado esse momento, a manutenção ou reversão das relações de trabalho remoto decorre muito mais de uma avaliação de sua viabilidade para o capital – **não só pela redução de custos com a estrutura produtiva e compartilhamento desses custos com os trabalhadores**, mas pelas possibilidades abertas de intensificação da exploração dos trabalhadores – do que para a vida e bem-estar dos trabalhadores.

Neste ínterim, diante da adoção de teletrabalho como nova forma de realização de atividades por milhares de empregados e, acima de tudo, após a reformulação do conceito de teletrabalho e equiparação destes aos trabalhadores em serviço remoto, passa-se a tratar do tema.

### **3.0 NOVO CONCEITO DE TELETRABALHO NO BRASIL**

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) (BRASIL, 2017) trouxe para o ordenamento juslaboral a figura do teletrabalhador. Isto porque, com a evolução da sociedade e,

consequentemente, dos meios telemáticos, que auxiliam no cotidiano das empresas, viu-se que a prestação de serviços de forma remota era possível.

Contudo, as primeiras impressões acerca desta figura no Direito do Trabalho surgiram com a edição da Lei 12.551/2011 (BRASIL, 2011), que alterou o artigo 6º da CLT, inserindo ainda um parágrafo ao dispositivo. Sobre esta mudança legislativa, LEITE et. al (2017), em obra sobre o tema, escreveram o seguinte, diferenciando ainda esta figura (o empregado em domicílio) do trabalhador doméstico:

Cumpra registrar, de início, que trabalhador doméstico não se confunde com empregado em domicílio. Aquele, como já vimos, é regido por lei especial (Lei Complementar 150/2015) e presta serviços de natureza contínua à pessoa física ou à família no âmbito (ou para o âmbito) residencial do tomador; este, regido pela CLT (art. 6º), labora em sua própria residência, sendo que a atividade do seu empregador é, em princípio, de natureza lucrativa.

(...)

Na redação (original) do art. 6º e do art. 83 da CLT, o empregado em domicílio seria aquele “executado na habitação do empregado ou em oficina da família, por conta de empregador que o remunere”.

De acordo com o art. 6º da CLT, com nova redação dada pela Lei 12.551, publicada no DOU de 16.12.2011: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”.

(...)

Todavia, o parágrafo único do art. 6º da CLT dispõe que os “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Daí a nova figura do teletrabalho.

Portanto, conclui-se que, desde 2011, há a tentativa de regulamentação dos empregados que prestam seus serviços de forma remota, o que veio apenas em 2017, com a inclusão de artigos à CLT, quais sejam, do 75-B ao 75-E, que tratavam da temática. Em suma, conforme doutrina de ROMAR (2018):

O trabalho realizado fora das dependências do empregador, que não se confunde com trabalho externo, mas que é possível em razão da utilização dos meios tecnológicos e de comunicação existentes, foi regulamentado pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), sob a denominação de teletrabalho. Foi incluído o Capítulo II-A no Título II da CLT, com a previsão do teletrabalho nos arts. 75-A a 75-E.

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (art. 75-B, caput, CLT).

Não é necessário que o trabalho se dê somente fora das dependências do empregador, bastando que haja uma preponderância do trabalho à distância para a caracterização do teletrabalho.

Estes dispositivos, quando inseridos na CLT, cuidaram da diferenciação do teletrabalho e do trabalho à distância (ou trabalho remoto), pois, por certo, naquele momento, tratava-se de formas distintas de formas de desempenho das atividades laborativas do empregado. ROMAR (2018) continua:

A legislação trabalhista brasileira não exige, para a caracterização da relação de emprego, que o trabalho seja realizado no estabelecimento do empregador. Na realidade, o vínculo de emprego emerge sempre que o trabalho seja exercido com subordinação, independentemente do local onde é prestado. O recebimento de ordens ou instruções, aliado à obrigação de uma produção determinada, permite afirmar que o trabalhador a distância ou em domicílio é um empregado.

Délio Maranhão esclarece que pouco importa o fato de ser o trabalhador auxiliado por pessoas de sua família. Existindo subordinação, o trabalhador é empregado. Ao contrário, o trabalho a distância ou em domicílio que assuma a feição de *empreendimento* autônomo, com um mínimo de organização dos fatores de produção, não pode ser caracterizado como decorrente de uma relação de emprego.<sup>145</sup> No primeiro caso, embora trabalhando a distância, inexistente autonomia, logo o trabalhador é empregado. Na segunda hipótese, o trabalhador organiza livremente seu trabalho e assume os riscos de sua atividade, sendo autônomo.

Sinteticamente, o que distinguia o teletrabalhador do empregado que prestava serviços de maneira remota era que o primeiro, além de não ter sua jornada controlada (antiga redação do artigo 62, III da CLT) e ter suas atividades especificamente descritas no contrato de trabalho, também era caracterizado pela prevalência do trabalho fora das dependências do empregador. Já o segundo, independente se o desenvolvimento do labor se der às vistas do empresário ou não, este indivíduo é considerado empregado: ou seja, na antiga definição de trabalho remoto, não há o controle efetivo por parte do empregador, motivo pelo qual, numa primeira interpretação não seria vislumbrável controlar a jornada deste colaborador. LEITE (2020), foi por esta razão que surgiu, com a Reforma Trabalhista, a figura do teletrabalhador.

A partir da edição da MP 1.108/2022, com a posterior conversão em Lei 14.442/2022, para alguns doutrinadores, estes conceitos se tornaram sinônimos. Cite-se o que entendem DE MORAES et. al (2022):

Entretantes, a então redação do artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho preceituava que para ser considerado teletrabalho a prestação de serviços deveria ser desempenhada preponderantemente fora das dependências da empresa.

Com a nova redação da norma pela atual MP nº 1.108/2022, o próprio conceito do teletrabalho previsto no artigo 75-B celetista [4] passa por uma metamorfose, pois, a partir de uma atenta leitura do dispositivo, com as respectivas alterações, percebe-se uma enorme e efetiva flexibilização.

No novo texto legal, houve a modificação do artigo 75-B da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.

Isto significa que, a partir desta mudança, não mais se configura teletrabalho, bem como o trabalho remoto, a prestação de serviços apenas de forma hegemônica dentro da empresa; independente disto, se suprema ou não, o que define teletrabalho e trabalho remoto é o uso dos meios telemáticos para a realização das atividades laborativas, não se confundindo, contudo, com o trabalho externo, que é outra forma de performance do empregado.

#### 4. MUDANÇAS ADVINDAS DA LEI 14.442/2022

Embora o intuito deste estudo seja explicar, de forma minuciosa e utilizando-se do Direito Comparado, o porquê a MP Lei 14.442/2022 não resolveu completamente as questões relativas aos teletrabalhadores, é oportuno que se detalhe, antes de serem tecidas as devidas críticas, os aspectos assertivos deste regramento.

Ao colocar sob a mesma ótica, o teletrabalho e o trabalho remoto, resolveu o Poder Executivo a principal questão atinente a esta prática: a norma coletiva aplicável a estes empregados. Esta problemática ocorria devido ao fato de que, no Brasil, por força da Constituição Federal (artigo 8º, II) (BRASIL, 1988), impera a unicidade sindical, ainda que, paralelamente a isto, exista a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, que preleciona exatamente o contrário. A respeito disso, dissertam NASCIMENTO et. al (2014):

A Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 87, ratificada por mais de 100 países, por meio da qual permite a livre escolha, pelos próprios interessados, do sistema que julgarem melhor para a realização dos seus interesses, o que enseja a pluralidade sindical, permitida na França, na Itália, na Espanha e em muitos outros países.

(...)

Mais democrático é o sistema da unidade sindical, que significa a união dos trabalhadores não como decorrência da imposição da lei, mas como resultado da sua livre opção, como na República Federal da Alemanha e em outros países. É possível também a pluralidade orgânica e a unidade de ação, esta última, sem nenhuma dúvida, necessária quando há movimentos gerais <sup>[84]</sup>.

A Constituição Federal de 1988 conservou a unicidade ou monismo sindical, impondo o princípio do sindicato único, no que não acompanhou a evolução do sindicalismo dos países democráticos.

No Direito Coletivo do Trabalho, é fundamental que se saiba exatamente a categoria profissional a qual o empregado pertence para que, desta forma, seja feito o devido enquadramento sindical. Palavras são as de ROMAR (2018):

Concretamente, então, a categoria profissional é formada não pelo trabalho ou atividade efetivamente exercidos pelos trabalhadores, mas sim pela vinculação que todos eles têm ao empregador que integra uma determinada categoria econômica. Por sua vez, também os empregadores se agregam em uma categoria não apenas quando

suas atividades econômicas forem idênticas, mas também quando forem similares ou conexas.

(...)

Conclui-se, desta forma, que “esse critério de enquadramento faz com que a entidade representativa da categoria profissional seja tida como sindicato vertical (e não horizontal), já que ele abrange, em regra, a ampla maioria dos empregados da respectiva empresa, na respectiva base territorial”.<sup>147</sup>

Numa perspectiva inicial, não seria possível entrever um imbróglio sobre a questão sindical dos teletrabalhadores. Contudo, uma pergunta pairava entre empregados e empregadores: devido ao fato de a antiga redação da CLT não tecer nada sobre o tema, interpretações distintas quanto à base territorial do enquadramento sindical da categoria profissional do empregado. Sobre base territorial, definem NASCIMENTO et. al (2014):

Há diversos outros critérios com base nos quais a organização sindical é constituída.

A base territorial serve de indicador para dividir a “jurisdição” dos sindicatos, entendida como tal a esfera geográfica em que exercerá a sua representação. Há sindicatos municipais, estaduais, intermunicipais e mesmo nacionais, dependendo dos limites estabelecidos por eles nos respectivos estatutos, nos quais fica delimitado o seu raio de ação.

Como o teletrabalho (e apenas ele) era definido com base na preponderância da prestação de serviços fora da empresa e, agora, com a Lei 14.442/2022, além de ser sinônimo de trabalho remoto, não há mais o requisito da predominância, foi certa a União ao inserir o parágrafo 7º ao artigo 75-B, que preleciona: “aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado”.

Desta maneira, não há mais espaço para dúvidas sobre qual instrumento coletivo é válido para um teletrabalhador, já que, com a clareza da nova norma, fica deliberado que os acordos e convenções coletivas onde o empregado esteja vinculado serão aplicados a ele. Na prática, isto significa que, não importa onde ele esteja desempenhando seus serviços, como também a frequência a qual ele comparece ao estabelecimento do

empregador, prevalece a aplicação da norma coletiva do local o qual ele esteja designado para desempenhar suas atividades.

Outras duas modificações foram excelentes, de modo não apenas a regular a situação de alguns trabalhadores, mas também de incluir uma parcela da população que, costumeiramente, é preterida. Trata-se da possibilidade de aprendizes e estagiários poderem, desde a vigência da MP, prestarem serviços remotamente, bem como da obrigatoriedade dos empregadores em antepor às pessoas com deficiência (PCD) vagas em regime de teletrabalho.

Cumpre-se, prefacialmente, rememorar que o aprendiz é aquele indivíduo que está submetido ao contrato mencionado no artigo 428 da CLT, *in verbis*.

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Já o estagiário, muito embora não tenha vínculo empregatício (artigo 3º da Lei 11.788/2005) (BRASIL, 2005), é aquele indivíduo que colabora dentro da empresa, que tem o papel de orientar estas pessoas para a vida profissional. Dizem os artigos 1º e 9º, *caput*, da Lei do Estagiário:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

(...)

Art. 9º As pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de

fiscalização profissional, podem oferecer estágio, observadas as seguintes obrigações: (...)

Vide que, na redação anterior do capítulo da lei trabalhista dedicada ao teletrabalho, estes trabalhadores não eram sequer mencionados, dando espaço para conclusões no sentido de que eles não poderiam prestar serviços desta forma. Com a Lei, estes colaboradores, fundamentais no cotidiano das empresas (sendo que, inclusive, subsiste a obrigação legal de toda empresa alocar em seus quadros aprendizes, de acordo com o que elucida o artigo 429 da CLT e seus parágrafos), estejam autorizados a performar de forma remota.

A inovação destinada aos portadores de deficiência foi ainda mais benéfica. Isto porque, em razão das suas limitações físicas, dada a necessidade de as empresas priorizarem as vagas em regime de trabalho remoto para estes indivíduos facilita a prestação dos seus serviços. Todavia, é imperioso destacar que o elucidado no novo artigo 75-F da CLT não se confunde com a cota destinada à pessoa com deficiência. A proteção dedicada à pessoa com deficiência (PCD) abarcada na Lei 14.442/2022 une-se não somente à parcela de vagas que toda corporação deve preencher com esta população, mas também a outras benesses, como enumeram NASCIMENTO et. al (2014):

A lei brasileira protege o trabalhador portador de deficiência contra discriminação: a) no tocante a salário e critérios de admissão (CF, art. 7º, XXXI); b) fixando cotas a serem preenchidas por reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 8.213, de 1991, art. 93), nas empresas com 100 ou mais empregados, de 2% a 5% dos seus cargos; c) reservando a ocupação da vaga de reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, na dispensa imotivada de deficiente para que o cargo vago venha a ser destinado por substituto de condição semelhante (Portaria n. 4.677, de 1998, do Ministério do Trabalho e Emprego e Resolução n. 630 do INSS); d) ao apoiar as pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e órgãos do Poder Público incumbidos de desenvolver programas na área dessas ações, inclusive ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, promovidas pelo Ministério Público do Trabalho.

Do mesmo modo, o mesmo dispositivo legal inserto na CLT (artigo 75-F) destina esta preferência a "(...) empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade (...)". Mostra-se viável esta mudança em prol deste trabalhador,

afinal, uma das constatações do teletrabalho imposto pela pandemia da Covid-19 foi a possibilidade de pais e filhos conviverem mais, especialmente em cidades brasileiras em que os adultos dispõem longas horas de deslocamento entre suas casas e o trabalho (RIBEIRO et. al, 2021).

Por fim, outra mudança que merece destaque edificante para os teletrabalhadores foi a conquista de, ao menos para uma parcela deles, terem direito ao recebimento de horas extras. Afinal, na antiga previsão da legislação trabalhista, antes da equiparação do teletrabalhador ao trabalhador que prestava serviços à distância, o artigo 62, III da CLT os excluía do capítulo dedicado a legislar sobre jornada de trabalho. Ou seja, os teletrabalhadores não faziam jus ao pagamento de horas extras pelos empregadores.

Destaque-se a nova redação do artigo 62, III, da CLT, bem como dos parágrafos 2º e 3º do artigo 75-B, alterados pela Lei 14.442/2022:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa.

(...)

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa

§ 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação.

Não se olvidando de que o novo regramento tratou de subconceituar o teletrabalhador, fato é que, ao menos um contingente desta categoria passará a ter sua remuneração alterada, caso performe em sobrejornada. Mencione-se, inclusive, que mesmo antes desta mudança na CLT através da Lei 14.442/2022, MELO (2017) já tinha esta percepção:

Entende-se, para os efeitos deste estudo, que o conceito de teletrabalho está indissociavelmente ligado à rotina de trabalho à distância e ao uso dos meios de tecnologia da informação e comunicação, mas não pode ter seus contornos estratificados, en-

gessados, tampouco implica, necessariamente, em falta de controle da jornada de trabalho pelo tomador de serviços.

Entretanto, o foco deste trabalho científico é alertar sobre o que não foi resolvido após a publicação da nova legislação pela Presidência da República: o direito do teletrabalhador à desconexão.

## **5. A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA AO DIREITO À DESCONEXÃO APÓS A LEI 14.442/2022**

Historicamente, sabe-se que o Direito do Trabalho surgiu graças à Revolução Industrial, que foi justamente o início do processo de automatização em todo o mundo, que começou na Inglaterra (BOTELHO, 2021). Com a alta carga de trabalho, os empregados passaram a reivindicar direitos e, assim, surgiu a necessidade de regulamentar um sistema de leis dedicado aos trabalhadores. Neste sentido, escreveu ROMAR (2018):

A Revolução Industrial fez surgir o trabalho humano livre, por conta alheia e subordinado, e significou uma cisão clara e definitiva entre os detentores dos meios de produção e os trabalhadores.

Com o objetivo de ampliação dos mercados consumidores e de obtenção de uma lucratividade cada vez maior, os donos das fábricas queriam mais liberdade econômica e mão de obra barata para trabalhar nas fábricas. Pagava -se o menor salário possível, enquanto se explorava ao máximo a capacidade de trabalho dos operários.

(...)

A crise social se agravava e mesmo aqueles que defendiam o liberalismo começaram a perceber que o Estado não poderia permanecer por muito mais tempo sem atender aos anseios da sociedade e sem intervir nas relações individuais a fim de assegurar

uma igualdade jurídica entre trabalhadores e empregadores, sob pena de comprometer a estabilidade e a paz social.

O intitulado direito à desconexão, do mesmo modo, nasceu a partir do desenvolvimento da tecnologia e, posteriormente, do desempenho das atividades laborais à distância. Diante da demanda elevada de trabalho, somado à ausência de vigilância presencial do empregador, ficou conhecido como direito à desconexão, especialmente no campo do teletrabalho, conforme CALOU et. al (2020) dissertam:

O direito à desconexão significa que o empregado não permanece à disposição do chefe fora da sua jornada de trabalho, nos finais de semana e feriados – desde que não trabalhados –, estando livre de qualquer interferência externa que o remeta ao labor e podendo usufruir efetivamente de seu descanso. Nesse viés, o empregador não pode se utilizar, nessas ocasiões de não trabalho, dos meios que costuma se servir para cobrar o indivíduo.

(...)

Dessa maneira, o teletrabalho necessita muito mais do direito à desconexão

que o trabalho presencial, tendo em vista que se utiliza constantemente da tecnologia para sua execução e para cobranças do empregador, pelo que a produtividade do indivíduo se mede por meio do uso da tecnologia, sendo mais provável que ocorra a submissão do trabalhador à execução das tarefas desmedidamente e maior que uma jornada diária comum.

Retomando a tentativa da lei trabalhista em resguardar os direitos dos trabalhadores que prestam os seus serviços à distância desde 2011, face a publicação da Lei 12.551/2011, modificando o texto do artigo 6º da CLT, o parágrafo único do dispositivo abre espaço não apenas para interpretações equivocadas, como, em consequência, desrespeito por parte do empregador do direito à desconexão do empregado:

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Ato contínuo, após a Reforma Trabalhista, com a inserção do capítulo dedicado ao teletrabalho e diferenciação deste e do trabalho remoto (à distância), naquele momento, não houve qualquer ímpeto do legislador no sentido de regular o direito à desconexão, aumentando ainda mais a insegurança jurídica desde direito.

Com a alteração dos dispositivos e equiparação, colocando-os (teletrabalhador e trabalhador que presta serviços de forma remota) no mesmo escopo, ocorreu a adição do parágrafo 9º ao artigo 75-B da CLT, que preleciona que “acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais”. Ora, críticas contundentes devem ser elencadas e justificadas, diante desta alteração na lei celetista.

Em primeiro lugar, somente agora, com a Lei 14.442/2022, foi mencionado o direito aos repousos legais (por exemplo, intervalo intrajornada e descanso semanal remunerado). Pois bem, isto significa que, antes desta mudança, estes repousos não eram assegurados, muito embora sejam igualmente resguardados pela Constituição? Afinal, se antes da alteração do diploma legal os teletrabalhadores não tinham controle de jornada e, após a lei, somente uma parcela destas pessoas passará a ter, como eram viabilizadas estas pausas legais e como elas serão a partir de agora? Para melhor conclusão destes questionamentos, recorre-se à CALOU et. al (2020):

Isto posto, depreende-se que a tecnologia é bem-vinda e pode ser facilitadora no ambiente laboral, além de assegurar autonomia às partes. Entretanto, precisam ser impostos limites legais e respeitados por quem tem oportunidade de implementar a modalidade de teletrabalho, com a garantia de direitos aos empregados e a manutenção de sua saúde e dignidade pessoal.

Ainda, destaque-se o que disse MELO (2017) em seus estudos:

O direito à desconexão do ambiente de trabalho é inerente a todo e qualquer empregado e consiste no "desligamento" na desconexão, como o próprio nome sugere, tanto físico ou mental, do empregado ao ambiente em que trabalha.

O direito à desconexão é antes de tudo fator de resgate da natureza humana que na era da conexão em tempo integral encontra-se comprometida pelo uso indiscriminado no ambiente laboral das ferramentas telemáticas.

O descanso e o direito a desligar-se do trabalho apresentam-se essenciais ao bem-estar físico e mental do trabalhador, importando em sua qualidade de vida e saúde, sendo essencial até mesmo a sua produtividade, importando na defesa de vários direitos constitucionais conexos, como o direito à saúde, ao lazer e ao meio ambiente sadio.

Inicialmente, poderia se considerar solucionada a questão, tendo em vista que a lei traz a possibilidade (e apenas traz como hipótese, e não obrigação) de empregadores e empregados confeccionarem acordos individuais de trabalho para que, nestes instrumentos, viabilizassem as formas de comunicação durante a realização das atividades no regime de teletrabalho. Todavia, o que se vê na prática é que os acordos individuais, não obstante previstos em lei, são muito mais vantajosos para as empresas do que para os

trabalhadores. Atentam para este fato, bem como para outros riscos sociais, DURÃES et. al (2021):

Essas questões devem ser pensadas em conjunto com as já mapeadas preocupações quanto à intensificação do trabalho, às limitações do teletrabalho em relação aos grupos menos qualificados, bem como à intersecção entre condições de gênero e raça, que repercutem em locais de moradia e formas de vivenciar o espaço privado e interferem, diretamente, nas condições para o exercício do teletrabalho.

(...)

Portanto, é preciso observar que o silêncio da legislação sobre questões que se revelam como problemáticas centrais para o trabalhador que vivencia o trabalho remoto, bem como sobre pontos considerados relevantes pelas organizações multilaterais que cuidam do tema, revelam que a questão do teletrabalho acaba por ser relegada ao terreno da regulação privada, no qual o empregador pode exercer seu poder sobre o empregado, sem possibilidades concretas de resistência, nem mesmo na dimensão coletiva. O caminho aberto para a intensificação da precarização encontra guarida no aparato regulatório neoliberal.

Mister salientar, contudo, que tais avanços são valiosos e muito bem-vindos para que haja maior disponibilidade do direito à desconexão dos trabalhadores. Mas contar com a boa-fé de toda e qualquer empresa é uma clara dissociação do que de efetivamente acontece nas relações de emprego cotidianas por parte do legislador. Ainda, colocar em pé de igualdade patrão e colaborador é completamente inviável. Isto porque o Direito do Trabalho tem em suas bases principiológicas a primazia da realidade e o desequilíbrio eminente entre as partes envolvidas no contrato de trabalho. Direta é a explicação de RODRIGUEZ (2000) ao conceituar ambos:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das

partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

(...)

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

É claro, a CLT é uma legislação antiga, e necessita de ajustes. Tanto é assim que ocorreu o advento da Reforma Trabalhista, que alterou dezenas de artigos, como também acrescentou tantos outros. Todavia, justificar o avanço da sociedade, o desenvolvimento de tecnologias e a necessidade de adaptações legais para precarizar as relações de trabalho vão de encontro às bases que dão origem ao direito do trabalhador. Sobre isto, RODRIGUEZ (2000) comenta:

Quando se fala de globalização, alude-se a um dos aspectos mais característicos de nossa época, que consiste na eliminação de sistemas protetores da produção nacional de cada país e no impulso para o livre comércio em todo o universo.

(...)

Reconhecida a existência da globalização, convém assinalar que a linha de argumentação a que muita gente costuma recorrer, é muito esquemática e por demais simplificada: a globalização gera competitividade e esta conduz à flexibilidade trabalhista.

(...)

O que se quis dizer é que não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância, ou seja, há determinados limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador.

(...)

Creemos ser indispensável um entendimento comum para empreender uma luta difícil, na qual a sorte de ambos os setores é

lançada em termos vitais. Um diálogo constante e fluido entre as partes, o cumprimento do dever de informação por parte dos empregadores, para que os trabalhadores tenham conhecimento dos planos, das possibilidades das oportunidades que se buscam e se projetam, e facilitar a iniciativa dos trabalhadores e o aporte de suas idéias, sugestões e experiência. Tudo isto deve ser complementado com maior maleabilidade do trabalhador, que não se aferra a uma posição imodificável, mas que revele agilidade e disponibilidade para acompanhar os esforços conjuntos.

Ainda, há o fato de que é relatado por teletrabalhadores que suas jornadas exercidas à distância acometem muito mais a sua saúde mental do que o trabalho presencial, posto que a necessidade de se estar sempre disponível, conectado, impõe aumento da pressão de seu superior hierárquico, acarretando o estabelecimento de tarefas além do que o trabalhador pode cumprir naquela jornada. Ou seja: abre-se espaço para o surgimento de doenças como a Síndrome de Burnout e o perfazimento de danos como o dano existencial.

A Síndrome de Burnout, patologia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) oficialmente como doença em 2022 (GRANATO, 2021), é definida nos seguintes termos, segundo sítio eletrônico do Ministério da Saúde (MS) (BRASIL, 2022):

Síndrome de Burnout ou Síndrome do **Esgotamento Profissional** é um **distúrbio emocional** com sintomas de **exaustão extrema, estresse e esgotamento físico** resultante de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade.

A principal causa da doença é justamente o **excesso de trabalho**. Esta síndrome é comum em profissionais que atuam diariamente sob pressão e com responsabilidades constantes, como médicos, enfermeiros, professores, policiais, jornalistas, dentre outros.

Traduzindo do inglês, "burn" quer dizer queima e "out" exterior.

A **Síndrome de Burnout** também pode acontecer quando o profissional planeja ou é pautado para objetivos de trabalho muito difíceis, situações em que a pessoa possa achar, por algum motivo, não ter capacidades suficientes para os cumprir.

Essa síndrome pode resultar em estado de **depressão** profunda e por isso é essencial procurar apoio profissional no surgimento dos primeiros sintomas.

Durante a pandemia, não foram poucos os casos constatados desta doença em teletrabalhadores, pelos motivos supracitados. Isto põe o empregado ainda mais em risco, pois, como a nova regra coloca o acordo individual apenas como possibilidade, e não como mandatório, deixa-o em situação de completa vulnerabilidade. Não se pode olvidar em aludir o risco empresarial neste fato, tendo em vista que, no caso de um trabalhador acometido por Síndrome de Burnout, haverá a necessidade de afastamento deste indivíduo, bem como de prova pericial, que constará o liame entre a moléstia o trabalho. Ou seja, os passivos trabalhistas aumentarão nas companhias.

O dano existencial surge em consequência ao direito ao trabalho digno, inerente às relações de emprego. Este é assim definido por SCODRO et. al (2018):

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção ao trabalho pode ser auferida, principalmente, no âmbito constitucional e no trabalhista, a partir do estabelecimento de normas e princípios responsáveis pela garantia de direitos e liberdades do trabalhador no exercício de sua atividade.

(...)

Em relação ao caráter libertador individual e da noção de coletividade, é essencial que o trabalho seja realizado em condições dignas, que não suprimam as liberdades do indivíduo em face do contrato de trabalho subordinativo e que não reduzam sua humanidade à lógica de produção e de lucros incessantes. Assim, o trabalho digno é aquele que, ainda com as nuances de desigualdade inerentes à relação, pauta-se na valorização do trabalhador e na busca pela concretização da justiça social, apartada da exploração excessiva da força de trabalho e de um padrão de gestão empresarial agressivo.

Neste sentido, com os sucessivos desrespeitos empresariais a este direito fundamental, garantido pela Constituição, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou a tratar da temática do dano existencial. NASCIMENTO et. al (214) mencionam em sua obra o seguinte:

Com a crescente valorização do ser humano, passou a responsabilidade civil a abarcar não apenas os danos materiais, como também os danos morais, alcançando qualquer dano extrapatrimonial de relevância jurídica, podendo se falar assim em dano à imagem, dano estético, dano à honra etc.

Recentemente o C. TST começou a incorporar a seus julgados a noção de dano existencial, também modalidade de dano extrapatrimonial reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 1998, onde o termo mais usado é “dano ao projeto de vida”, cuja definição consagrada foi dada no caso Gutiérrez Soler versus Colômbia (2005): “o dano ao projeto de vida, entendido como uma expectativa razoável e acessível no caso concreto, implica a perda ou o grave desprezo de oportunidades de desenvolvimento, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável”. Exemplifique-se com o acórdão da Ministra Delaíde Miranda Arantes, que julgou procedente indenização por danos existenciais à trabalhadora que viu frustrado seu direito à férias por mais de 10 anos (TST – RR – 1900-28.2010.5.03.0044; Rel. Ministra: Delaíde Miranda Arantes; j. 14-11-2012; 7ª Turma; data de publicação: 23-11-2012).

Como já mencionado, é necessário que se rememore o que levou à existência de um direito específico e dedicado ao trabalhador, mesmo com o desenvolvimento da sociedade. Outros países, ao tratar do direito à desconexão do teletrabalhador, foram mais além. É o que se detalhará a seguir.

## **6.EXEMPLOS DE LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA DEDICADAS AO DIREITO À DESCONEXÃO**

Antes de ater-se especificamente às leis estrangeiras, é primordial que se elucide a rica contribuição que estes regulamentos trazem ao direito brasileiro. TAVARES (2006) delinea sobre este fato:

Num entendimento sociojurídico, contudo, os subsídios oriundos do direito estrangeiro poderiam ser considerados fontes de direito. Entretanto, atendo-nos ao conceito essencialmente jurídico fixado pelo mestre, propusemo-nos, neste trabalho, a acentuar a importância do direito comparado sobre o conteúdo das fontes legislativas e jurisprudenciais.

(...)

Os sistemas jurídicos constituem, por certo, o substrato do direito comparado, que vai além, porque é pela aplicação do método comparativo nos diversos sistemas que se obtêm dados relevantes não apenas para o aprimoramento dos direitos nacionais, mas também valiosas orientações para a confecção de instrumentos jurídicos supranacionais. O acompanhamento do percurso de

institutos e regras de direito por diferentes sistemas jurídicos, em sentido amplo ou restrito, com seus efeitos de assimilação e de eventuais rejeições, integra, por igual, o campo do direito comparado, nos exames das recepções de direito ou, conforme o caso, nos das circulações de modelos jurídicos. (...)

A cooperação de leis internacionais como fontes de direito e a realização de um estudo comparado com a legislação nacional já é presente e aceita. Assim, poder-se-ia realizar um maior detalhamento sobre um assunto, já que outras nações dedicaram-se a legislar sobre o tema do direito à desconexão.

Primeiramente, imperioso mencionar a regra europeia do tema, qual seja, o Acordo-Europeu, editado em 2002. Neste documento, fica destacado, de forma especial, que o teletrabalho se dará de forma voluntária, consagrando ainda o princípio da reversibilidade (ou seja, o teletrabalhador poderia retornar ao modo presencial, se assim desejasse).

Na esteira do que foi estabelecido no continente, a França incorporou as medidas tomadas pelo Acordo-Europeu, modificando sua legislação trabalhista. A respeito desta decisão, GAURIAU (2019) comenta:

Da leitura dos artigos L1222-9 a L1222-11 do Código do Trabalho francês, conclui-se que o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho, que pode ser realizado pelo empregado dentro ou fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho, tanto para o empregado quanto para o empregador.

(...)

Na França, diversos acordos coletivos tratam da questão do teletrabalho. Sob a influência da ANI 2005, os acordos ressaltam que o teletrabalho é um ato voluntário do empregado, cujo objetivo é o de favorecer exemplo, definição de teletrabalho, partes, organização do trabalho, horários de trabalho, equipamento, indenizações diversas, dias de presença, mobilidade, formação e treinamento profissional, etc.<sup>10</sup>

Em outro estudo sobre o tema, este específico sobre o direito à desconexão a mesma autora (GAURIAU, 2021) relata:

O direito à desconexão na França foi consagrado no artigo 55 da Lei nº 2016-1088 de 8 de agosto de 2016<sup>26</sup> relativa ao trabalho, à modernização do diálogo social e à proteção do percurso profissional (também chamada Lei travail ou Loi El Khomri<sup>27</sup>), e entrou em vigor em 1 de janeiro de 2017<sup>28</sup>. Atualmente, o direito à desconexão<sup>29</sup> está inscrito no artigo L. 2242-17, 7º do Código do Trabalho<sup>30</sup>, o qual afirma que as negociações anuais sobre igualdade profissional entre mulheres e homens, e qualidade de vida no trabalho, tratarão das modalidades para o pleno exercício pelo empregado do seu direito à desconexão e a implementação pela empresa de dispositivos que regulem a utilização de ferramentas digitais, com o intuito de garantir o cumprimento dos períodos de tempo de repouso e férias, bem como de vida pessoal e familiar. Na falta de acordo entre as partes, o empregador deverá elaborar um regulamento, após consulta do Comitê Social Econômico (CSE-Comité Social et Économique<sup>31</sup>). O regulamento deverá estabelecer os procedimentos para o exercício do direito à desconexão e sua implementação aos empregados, equipes de supervisão [direção] e de gestão, bem como ações de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas digitais<sup>32</sup>.

Na Argentina, após as consequências oriundas da calamidade pública decorrentes da Covid-19, o Congresso Nacional do país publicou a Lei 27.555 (2020), que somente entrará em vigor após noventa dias de quando houver a decretação do estado pandêmico no país. Em estudo feito em 2020 pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), é detalhado e, pelo que se denota, a nação vizinha foi além:

Em seus 20 artigos, a norma estabelece, entre outras coisas, que os trabalhadores sob esta modalidade gozam dos mesmos direitos e obrigações dos que trabalham presencialmente. Além disso, estabelece o direito à desconexão digital, prevendo que “o empregador não pode exigir a execução de tarefas, nem enviar comunicações, por qualquer meio, fora do horário da jornada laboral”.

A lei prevê em seu sexto artigo a disponibilidade de tempo para as “tarefas de cuidado” dos trabalhadores (algo como tarefas domésticas), cujas diretrizes podem ser estabelecidas por meio de negociação coletiva, e a “voluntariedade” de se passar de uma posição presencial para a modalidade remota de trabalho.

O estudo feito pela organização detalha também as decisões legislativas de outros países face a necessidade de se legislar o direito à desconexão, como Chile, Reino Unido, Itália e a própria França, aqui já mencionada. Ainda, o documento trata do caso da Alemanha que, muito embora não tenha lei específica sobre o tema, regular a questão da seguinte forma:

A Alemanha não tem nenhuma lei sobre o tema, mas as empresas alemãs têm um histórico de implementação de políticas de desconexão. Nesse sentido, empresa do setor automobilístico implementou, em 2011, política afirmando que impediria que os servidores de e-mail enviassem correspondência eletrônica para os telefones celulares dos funcionários entre 18h e 7h. Outras grandes empresas alemãs de outros setores econômicos também possuem políticas semelhantes para limitar a quantidade de conexão digital que os funcionários têm após o expediente<sup>95</sup>. Em 2013, sob o argumento de proteger a saúde mental dos trabalhadores, o Ministério do Trabalho da Alemanha adotou medida semelhante para seu pessoal<sup>96</sup>.

(...)

Por fim, em 2016, o Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais publicou Weissbuch Arbeiten 4.0 (Trabalho 4.0), que estabelece uma diretriz para equilibrar as necessidades de flexibilidade de empresas e trabalhadores, ao mesmo tempo mantendo a saúde e segurança no trabalho. No documento, considerou-se a desnecessidade de novas medidas legislativas sobre o tema, em virtude de um consenso dos parceiros sociais e do meio acadêmico de que a melhor forma de abordar a questão é por meio da negociação coletiva<sup>98</sup>.

Comprova-se que, mesmo no caso germânico, que não tem legislação específica a respeito do direito à desconexão, mas possui uma cultura de políticas criadas pelas companhias sobre o tema, que outros países estão deveras debruçados sobre o tema, com proteções mais arrojadas aos trabalhadores. Logo, no caso do Brasil, diante do texto vago da Lei 14.442/2022 e, muito embora haja a previsão constitucional de direitos ao lazer, descanso e saúde ao trabalhador (BRASIL, 1988), fato é que ocorre diuturnamente o desrespeito por parte dos empregadores destes limites, o que leva a crer que é imperiosa a necessidade de uma legislação específica sobre o tema, ou, pelo menos, uma reedição mais abrangente dos direitos dos teletrabalhadores, que foi objeto do Projeto de Lei 5.581/2020.

## 7.O PROJETO DE LEI 5.581/2020 E O DIREITO À DESCONEXÃO

Muito mais robusto, o Projeto de Lei (PL) 5.581/2020 (BRASIL, 2020) permanece em tramitação na Câmara dos Deputados. Nele, a proposta traz a sugestão de alteração de inclusão de artigos à CLT, modificando e ratificando, por vezes, alguns conceitos relacionados aos teletrabalhadores.

Especificamente sobre direito à desconexão, o artigo 4º do projeto detalha, nos parágrafos 1º e 2º:

Art.4º No uso de seu poder regulamentar, os empregadores com mais de 50 (cinquenta) empregados instituirão, em prol dos respectivos teletrabalhadores, códigos de conduta ou regramentos equivalentes que promovam o meio ambiente do trabalho equilibrado, a sadia qualidade de vida no trabalho e a implementação das diretrizes elencadas no artigo anterior.

§1º. Os códigos de conduta devem tratar, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - desconexão laboral e, quando aplicáveis, os limites dos artigos 59, caput, 66 e 67 do Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho;

(...)

§2º. A obrigação do caput deverá considerar, sempre que possível, o prévio diálogo com os trabalhadores.

É nítida a diferença de preocupação em salvaguardar os direitos do trabalhador por parte do legislador proponente, diante da Lei 14.442/2022. Não apenas determina a confecção de códigos de conduta ou outras regulamentações por parte das empresas com o fim de proporcionar o meio ambiente de trabalho sadio, como também oportuniza o diálogo com a classe trabalhadora.

Sobretudo, o PL 5.581/2020 carrega em seu escopo uma extensão de garantias legais que não há nos poucos artigos que são trazidos pela Lei 14.442/2022. Exemplifique-se: no PL, é possível verificar a previsão de normas relacionadas à pessoa idosa, à vítima de violência doméstica, além de dedicar um capítulo exclusivo à proteção de dados pessoais, bem como para viabilizar a adoção de iniciativas conjuntas sobre a saúde mental na prestação do trabalho remoto, e, ainda, de mecanismos de combate à acidentes de trabalho.

É primordial a concretude dos direitos fundamentais dos teletrabalhadores, conforme muito bem elucidam ZICKER et. al (2020):

Em vista das dificuldades trazidas pelo teletrabalho, observa-se que o trabalhador se encontra cada vez mais distante da possibilidade de ter acesso à justiça, isto é, os direitos presentes na ordem jurídica nacional estão se afastando dos cidadãos, tornando-se menos efetivos, como também deixando de ser a garantia da concretização da integridade dessa camada socioeconômica da população. Assim, a falta de consciência do trabalhador sobre os seus direitos fundamentais que deveriam estar sendo assegurados, além do reduzido espaço direcionado à participação dessa classe social na promoção da justiça e a ausência de mecanismos alternativos para a realização dessa, acabam por contribuir para um cenário extremamente hostil ao profissional. Haja vista que este se vê, gradativamente, mais distante de uma cidadania participativa, tornando os profissionais do teletrabalho totalmente vulneráveis às amarras de um capital financeiro autoritário e nada amistoso.

(...)

(...) Sendo, nesse contexto, crucial que o ordenamento jurídico possibilite que essa forma laboral, bem como a inserção de demais tecnologias no universo do trabalho, possa prosperar juntamente com a permanência dos direitos dos trabalhadores e que, assim, por meio do acesso a essas garantias, os profissionais tenham a sua dignidade humana preservada, contribuindo, essencialmente, para a efetivação do tão importante acesso à justiça pela via dos direitos.

Portanto, é elementar que o Congresso Nacional verifique e vote a favor do PL 5.581/2020, complementando-se os direitos dos teletrabalhadores, que já foram melhorados com a Lei 14.442/2022, contudo, não de forma pela, integrando-se as regras do PL 5.581/2020 ao ordenamento jurídico.

## **7.CONCLUSÃO**

O aprimoramento da tecnologia e da prestação do trabalho pelos empregados não pode ser justificativa para a mitigação de direitos fundamentais, ou, pior, para lacunas legislativas ou até mesmo utilização de alternativas que, muito embora autorizadas pela legislação, não são o meio mais efetivo para esclarecimento de dúvidas e solução e conflitos entre trabalhadores e empregados.

Assim, não se olvidando da melhoria dos direitos dos teletrabalhadores abarcados pela Lei 14.442/2022, a situação do teletrabalho no Brasil ainda se revela, através dos argumentos trazidos por este estudo, não totalmente resolvida. Afinal, são diversas as consequências advindas desta relação trabalhista, e estes impactos poderão aumentar ainda mais o contingente de processos judiciais laborais.

Primordialmente sobre o direito à desconexão, muito mais que a simples proibição de utilização de meios telemáticos pelo empregador para que este entre em contato com o empregado fora da sua jornada de trabalho, trata-se de um direito à saúde e segurança do teletrabalhador. A realização de um simples acordo individual, como possibilitado pela lei, mostra-se inviável na prática, posto que a realidade imposta nas relações de emprego é a de superioridade do empregador diante do empregado. Por isso, olvidou-se o legislador em editar a norma com base em princípios essenciais do Direito do Trabalho: a primazia da realidade e a proteção ao trabalhador.

Outros países recorreram à edição de regulamentos sobre o tema. Especialmente ao notar que, após a pandemia decorrente da Covid-19, o teletrabalho seria adotado pelas corporações, esta prática foi, de fato, regulamentada no ordenamento jurídico destas nações, o que salvaguardou e deu um maior arcabouço de direitos aos trabalhadores destes lugares.

Diante da realidade imposta pelo teletrabalho, mesmo que ele seja positivamente aceito tanto por empregados como por empregadores, é necessário que se faça um alerta quanto à desconexão: inevitavelmente, persistirá a imposição de vontades por parte das empresas, face a falta de diálogo justo entre trabalhadores e companhias.

## 8. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA europeia para segurança e saúde no trabalho. **Acordo-Quadro Europeu sobre o Teletrabalho (2002)**. Disponível em: [https://osha.europa.eu/pt/legislation/guidelines/oshinfo\\_2001](https://osha.europa.eu/pt/legislation/guidelines/oshinfo_2001). Acesso em 20 fev. 2023.

BOTELHO, Julia. Politize, 2021. **Revolução industrial: entenda o que foi e suas etapas**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/revolucao-industrial/>. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 5.581/2020, de 17 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2267606>. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2011**. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **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. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo

Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências.. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021**. Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus. Brasília: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado 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 1º de maio de 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm). Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília: Presidência da República. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 1.108, de 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. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514>. Acesso em 20 de fev. de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde, s.d. **Síndrome de Burnout**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout>. Acesso em 20 fev. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Aprovada MP que regulamenta teletrabalho e muda auxílio-alimentação**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/03/aprovada-mp-que-regulamenta-teletrabalho-e-muda-auxilio-alimentacao>. Acesso em 20 fev. 2023.

CALCINI, Ricardo. DE MORAES, Leandro Bocchi. *Conjur*, 2022. **Nova MP do Teletrabalho: aspectos pragmáticos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-07/pratica-trabalhista-nova-mp-teletrabalho-aspectos-pragmaticos>. Acesso em 20 fev. 2023.

CALOU, Jéssica Porto Cavalcante Lima; FAÇANHA, Thiago Melo; GOMES, Roberta Calazans Menescal de Souza. **A Relevância do Direito à Desconexão para a Preservação de Direitos Fundamentais no Teletrabalho**. In: *Novas possibilidades rumo ao futuro das ciências humanas e suas tecnologias / Organizadores Marcelo Máximo Purificação, Elisângela Maura Catarino, Vagno Batista Ribeiro*. Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. *E-book*.

CNI [Confederação Nacional da Indústria]. **Teletrabalho no Brasil e mundo: legislações comparadas: estudo de relações do trabalho / Confederação Nacional da Indústria**. – Brasília – CNI, 2020. 58 p. – il.

DE LYRA TAVARES, Ana Lucia. **Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro**. *Prisma Jurídico*, v. 5, p. 59-78, 2006.

DURÃES, Bruno; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz; DUTRA, Renata Queiroz. **O teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital?** *Sociedade e Estado*, v. 36, p. 945-966, 2021.

GAURIAU, Rosane. **Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no Brasil**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 23, n. 2, p. 36-47, 2019.

GAURIAU, Rosane. **Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 24, n. 2, p. 152-164, 2020.

GRANATO, Luísa. *Revista Exame*, 2022. **Burnout vira doença do trabalho em 2022. O que muda agora?** Disponível em: <https://exame.com/carreira/burnout-vira-doenca-do-trabalho-em-2022-o-que-muda-agora/>. Acesso em 20 fev. 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Letícia Durval; LEITE, Laís Durval. **A nova lei do Trabalho Doméstico (Comentários à Lei Complementar n. 150/2015)**. Saraiva Educação SA, 2017

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite**. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELO, Sandro Nahmias. **Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão.** Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 81, n. 9, p. 1094-1099, set. 2017.

MELLO, Daniel. Agência Brasil, 2020. **Home office foi adotado por 46% das empresas durante a pandemia.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/home-office-foi-adotado-por-46-das-empresas-durante-pandemia>. Acesso em 20 fev. 2023.

MOLINA, André Araújo. Direito do Trabalho na pandemia. Cuiabá: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região**, Cuiabá, número especial, jun. 2020. Disponível em: <https://www4.trt23.jus.br/revista/sites/revista/files/Direito%20do%20Trabalho%20na%20pandemia%20-%20Edicao%20Especial%20-%20Junho%202020.pdf>. Acesso em 19 mar. 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento.** – 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

**PERGUNTAS frequentes: vacinas contra a COVID-19.** Organização Panamericana de Saúde (OPAS), 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/vacinas-contra-covid-19/perguntas-frequentes-vacinas-contra-covid-19#tab-22475-4>. Acesso em 20 fev. 2023.

RIBEIRO, Manoela Maris; ANTUNES, Marcos Henrique. **Repercussões do home office nos contextos do trabalho e da família: revisão integrativa.** Nova perspect. sist., São Paulo, v. 30, n. 70, p. 13-28, ago. 2021. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-78412021000200003&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-78412021000200003&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 24 mar. 2023. <http://dx.doi.org/10.38034/nps.v30i70.608>.

SCODRO, Catharina Lopes; MARTINS, Juliane Caravieri. **O trabalho digno como afirmação do direito ao mínimo existencial.** In: Anais do I Simpósio de Direitos Sociais [recurso eletrônico]: Reflexões sobre o mínimo existencial e a reserva do possível / Gianpaolo Poggio Smanio ... [et al.]. – São Paulo: Liber Ars, 2018. 290 p.; PDF.

**SETE em 10 profissionais preferem home office.** Monitor Mercantil, 2022. Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/sete-em-10-profissionais-preferem-trabalhar-remoto/>. Acesso em 20 fev. 2023.

SILVEIRA, Daniel. G1, 2021. **Home office atinge 11% dos trabalhadores no Brasil diante da pandemia em 2020, aponta Ipea.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/15/home-office-atinge-11percent-dos-trabalhadores-no-brasil-diante-da-pandemia-aponta-ipea.ghtml>. Acesso em 20 fev. 2023.

**REGIME jurídico do contrato de teletrabalho** = REGIMEN legal del contrato de teletrabajo. 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-2020-341093>. Acesso em 20 fev. 2023.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 158.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho / Carla Teresa Martins Romar**; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed.– São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado).

ZICKER, Rafael Coelho. GONÇALVES, Igor Sousa. **A intensificação do teletrabalho diante da pandemia de covid-19 e seu impacto no âmbito do acesso aos direitos**. In: O direito do trabalho no século XXI [Recurso eletrônico on-line] organização XI Congresso RECAJ-UFGM: UFGM – Belo Horizonte; Coordenadores: Leonardo Vieira Wandelli, Rômulo Soares Valentini e Ana Carolina Reis Paes Leme – Belo Horizonte: UFGM, 2020.

## O DIREITO E A LINGUAGEM

**ANA LUIZE DE AZEVEDO SANTULLO VILELLA:**

Analista Judiciária especialista em Direito Público

**RESUMO:** Tenta-se compreender os motivos que levam os juristas a se utilizarem de uma linguagem de acesso difícil para todos, relacionando com os artifícios de um discurso que incita o distanciamento do cidadão e o Judiciário. Nessa mesma direção é feita, também, a análise da relação de poder que a linguagem gera por meio do discurso.

**Palavras chaves:** Linguagem Jurídica. Objetivo. Relações de poder.

**Sumário:** 1. Introdução 2. A Linguagem e o direito 3. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

A interação entre duas áreas de conhecimento se faz presente neste trabalho: contrasta-se Linguagem e Direito, mais especificamente a Linguagem utilizada no Direito. Neste trabalho, critica-se o uso da linguagem rebuscada presente no universo jurídico brasileiro e busca-se entender a importância e a maneira como é utilizada a linguagem no âmbito jurídico.

### 2. LINGUAGEM E O DIREITO

Por que a Linguagem é importante para o Direito? O Livro “Linguagem e Direito”, organizado por Virgínia Colares, traz a seguinte afirmação logo em sua apresentação inicial:

“No Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus. Um compromisso, antes inexistente, pelo uso da linguagem, origina-se no Direito; um novo órgão estatal surge pela utilização da palavra certa, pela pessoa certa; um procedimento legal é instituído no novo código processual em gestação, poderes são conferidos etc. Enfim, algo diferente acontece no panorama delineado pelo Direito, porque foi realizado um ato jurídico através de um ato de fala, isto é, realiza-se um ato performativo de fala, uma ação que determina mudanças no mundo legalmente estruturado.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e direito*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

No universo do Direito é fácil verificar a existência de uma linguagem específica utilizada por juristas em suas atuações. Podemos denominá-la de Linguagem Jurídica, a qual advém das relações e convenções dos operadores do Direito e possui termos particulares, os quais muitas vezes se tornam obstáculos linguísticos de compreensão para aqueles que não são juristas. Assim, a Linguagem Jurídica é uma linguagem técnica, destinada exclusivamente aos operadores do direito.

Em geral, a Linguagem possui como função principal a comunicação. A palavra comunicação é proveniente do latim, *communicatio* e, de acordo com o Dicionário Aurélio da língua portuguesa, significa “a capacidade de trocar ou discutir ideias, de dialogar, de conversar, com vista ao bom entendimento entre as pessoas.”<sup>6</sup> É, portanto, imprescindível que haja um entendimento entre aqueles que estão se comunicando.

Porém, muitos obstáculos são encontrados ao tentar fazer com que a comunicação se dê de forma clara entre seus interlocutores, principalmente em se tratando de áreas específicas, como a do direito, por exemplo. Ao que parece, os operadores dessa área não fazem questão de todos compreenderem o que eles dizem. Suas produções, sejam elas petições ou sentenças, por exemplo, trazem termos extremamente técnicos e de difícil entendimento por parte daquela pessoa leiga que as lêem. Por mais que o advogado escreva direcionado a um juiz, por exemplo, o seu cliente tem acesso ao processo e, ao lê-lo, seria muito mais simples e descomplicado se não houvesse a necessidade do seu advogado “traduzir” tudo o que ali foi exposto. Pois é importante lembrar que a maioria dessas produções por eles feitas dizem respeito unicamente ao leigo em questão: seu cliente.

O principal instrumento utilizado no trabalho do operador do direito é a Linguagem, devendo dominar, sobretudo, a Língua Portuguesa. Faz-se necessário conhecer as regras gramaticais para ordenar as palavras de modo coerente, a fim de que se produza um texto capaz de passar a mensagem ao receptor de maneira eficiente e inteligível. Todavia, essa linguagem, muitas vezes, por ser muito técnica, acaba por atravancar a comunicação, principalmente, entre advogado e cliente, uma vez que o cliente, em sua maioria, possui desconhecimento jurídico, e são pessoas com os mais diversos graus de instrução. Ainda que as leis estejam diariamente presentes na vida do cidadão (desde o nascimento de uma vida humana até a morte de alguém, dentre situações corriqueiras como um acidente de trânsito, compra de um bem, casamento etc.), ele não conhece seus termos técnicos. E justo por esse seu caráter habitual, o direito deveria ser ainda mais acessível e completamente compreensível por toda a população.

---

<sup>6</sup> Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2010.

Evidentemente, o objetivo da linguagem do direito não é apenas estabelecer uma interação exclusiva entre advogado e cliente, devemos considerar que existe também a relação entre os próprios operadores do direito, como uma sociedade fechada, à parte. É importante, portanto, analisar a relação existente entre o direito e a sociedade como um todo, ou seja, nessa sociedade incluem-se os clientes, os advogados, os operadores do direito e os cidadãos comuns. Esses últimos muitas vezes são completamente leigos no assunto.

Uma das finalidades da Linguagem Jurídica é a persuasão e o convencimento. A arte, a religião e a língua, por exemplo, são estruturas basilares que servem de modo de operação da sociedade, e são utilizadas para designar uma maneira de agir, operar ou executar atos, seguindo os mesmos padrões, através do convencimento ou da persuasão.

Dentre as grandes estruturas, a língua exerce um poder ainda maior, uma vez que nenhuma sociedade sobrevive sem comunicação. A língua é constituída não apenas da fala, mas também de outros métodos de comunicação para que se consiga passar uma mensagem ao receptor. A língua engloba a psicologia, a antropologia, sociologia, e também a ciência, por meio da linguística. Portanto a língua é um meio de se locomover, de se formar e de desenvolver na sociedade. E é um meio de controle das pessoas através daquelas que têm maior conhecimento e sabe utilizar a língua em prol da manipulação do poder.

Pode-se dizer que a língua, dentre outras grandes estruturas da sociedade exerce enorme força sobre aqueles que a utilizam. Nesse sentido, o poder é exercido por conhecedores mais profundos da língua. Quanto mais se conhece uma língua ou quanto mais específica ela é, mais restrita ela se torna, fazendo com que apenas uma pequena parte privilegiada seja conhecedora e que os demais (maior parte) dependam da minoria para compreendê-la, a influência é maior sobre aqueles que têm menos conhecimento, pois há uma relação de domínio, de dependência.

É importante ressaltar que não há a intenção de fazer com que a linguagem jurídica se torne algo banal, pois reconhece-se a importância dos termos técnicos em determinadas circunstâncias, uma vez que existem palavras que explicitam conceitos que só existem no mundo jurídico. O que se defende é uma linguagem jurídica acessível a todos, para que o cidadão se sinta à vontade para se aproximar do Judiciário, visando o cumprimento social que possui a Justiça, simplesmente porque vivemos em uma sociedade democrática de direito.

Portanto, não há que se falar na extinção da linguagem forense, mas deve-se privilegiar a comunicação, com absoluta compreensão. Esse tipo de linguagem deve ser utilizada em momentos adequados, mas sem exageros e sem pedantismos, devendo ser persuasiva e ao mesmo tempo clara, objetiva e sem prolixidade, indo direto ao ponto.

Aqueles que não tiveram acesso ao idioma jurídico nos cursos de direito devem também devem entender o linguajar da prática jurídica, pois são eles os principais destinatários das decisões judiciais e das leis, aos quais é também aplicada a força da lei e, principalmente, eles devem entender a decisão que os atinge, pois é sobre eles que acarretará diretamente tal fato. Um Estado Democrático de Direito deve prestar serviço para o povo, comunicando à população o real significado das suas leis, sem que sejam necessários tradutores ou intérpretes.

Pergunta-se: de que adianta tamanha especificidade se mais tarde eles mesmos terão de “traduzir” o que queriam dizer com tais termos, ou o que eles significam? Seria com o intuito de mostrar que são diferentes, mais cultos, ou que sua profissão denota *status*? Ou seria uma mera exigência técnico-científica?

### **3. CONCLUSÃO**

Por fim, considera-se a relevância de todo o formalismo do direito, mas critica-se a forma com que é apresentado ao público em geral, muitas vezes se fazendo desnecessário todo o rebuscamento. Vale lembrar que é imprescindível que um leigo na área jurídica também possa compreender o que diz o direito, o que diz o processo em que ele está inserido, uma vez que o processo e o direito em si dizem respeito à sua vida particular sendo, portanto, de interesse de todos. Uma vez que é do interesse de cada um, deve ser algo claro de se compreender e, principalmente, deve ser de fácil acesso a qualquer um, a fim de que os cidadãos possam reclamar por seus direitos e também os cumprir conforme dita a Legislação pátria.

### **REFERÊNCIAS**

COLARES, Virgínia (org.). *Linguagem e direito*. Recife : Ed. Universitária da UFPE, 2010.

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2010.

## **PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO E O TRATAMENTO DE MIGRÂNEA CRÔNICA: O CASO DO AJOVY®**

**JÚLIO LUIZ DE MEDEIROS ALVES LIMA KUHLMANN:**  
Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da  
Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar o dever contratual dos planos de autogestão no tratamento de migrânea crônica, especificamente no que se refere ao tratamento com AJOVY®

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Direito Civil. Direito à saúde. Planos de Saúde. Autogestão. Rol de procedimentos da ANS. Lei 9.656/1998. Lei 14.454/2022. Tema Repetitivo 990 do Superior Tribunal de Justiça. EREsp no.1.886.929/SP. EREsp no. 1.889.704/SP. Enxaqueca crônica (CID10:G43). AJOVY®. Fremanezumabe

**SUMÁRIO:** 1. Delimitação e contextualização do tema; 2. Da natureza jurídica contratual dos planos de autogestão e sua função socioeconômica; 3. A saúde como um direito fundamental e a função socioeconômica dos contratos de plano de saúde; 4. Da interpretação do tema repetitivo 990 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); 5. A distinção operada pelo STJ no contexto dos EREsp no.1.886.929/SP e EREsp no. 1.889.704/SP, e da superveniência da Lei 14.454/2022; 6. A inaplicabilidade do precedente fixado no REsp 1692938/SP; 7. Conclusão; 8. Referências.

### **1. Delimitação e contextualização do tema**

Objetiva-se, com o presente artigo, analisar a viabilidade jurídica de os planos de saúde de autogestão arcarem com os custos de tratamento médico, por meio da aplicação endovenosa, subcutânea e intramuscular de substâncias para cura de enxaqueca crônica (CID10:G43), a exemplo do fremanezumabe, de nome comercial AJOVY®.

É fora de dúvida que a migrânea crônica é enfermidade que implica inúmeras dificuldades nas atividades diárias de seus portadores, muitas vezes com a apresentação de atestados médicos para convalhecimento das constantes crises, com impactos sistêmicos tanto no mercado de trabalho como no sistema de saúde suplementar.

Até pouco tempo, o tratamento da migrânea era feito com medicamentos de uso *off label*, vale dizer, aqueles cuja indicação do profissional assistente diverge do que consta na bula, uma vez que não existiam remédios para uso específico em caso de enxaqueca crônica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup>FELDMAN, Alexandre <https://www.enxaqueca.com.br/off-label/> Acesso em: 23/03/2023

Sobreveio, então, um tratamento inovador, de nome comercial AJOVY®, princípio ativo fremanezumabe, com registro deferido na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), no âmbito do procedimento administrativo 15573005000268.

Trata-se de analgésico específico para o tratamento contra enxaqueca, que, nas dosagens corretas, tem demonstrado benefícios clínicos significativos para pacientes em todo o espectro da enxaqueca, com bom perfil de segurança e tolerabilidade<sup>9</sup>.

Nesse contexto, quando o médico assistente solicita esse tratamento aos planos de saúde, a negativa é quase certa, ao argumento de que o procedimento em questão não preenche as Diretrizes de Utilização do Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Esse argumento ganha ainda mais força no contexto de planos de saúde operados por instituições de autogestão, sobretudo com o reforço argumentativo de que a elas não se aplicam as normas protetivas dos direitos do consumidor.

A questão a ser respondida neste artigo é se tal justificativa é, ou não, juridicamente idônea.

## **2. Da natureza jurídica contratual dos planos de autogestão e sua função socioeconômica**

De acordo com a doutrina especializada, a autogestão consiste nas operadoras que fornecem planos em sistema fechado, isto é, 10com público específico, "podendo estar ou não vinculadas a empresas, públicas e privadas, a sindicatos ou a associações e, em alguns casos, operando o plano por meio de departamentos, normalmente de recursos humanos, do ente ao qual estejam vinculadas"

Não se nega que os planos de autogestão não se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ, súmula 608). Dito de outro modo, a relação jurídica não é de

---

8 **BRASIL**, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), <https://consultas.anvisa.gov.br/#/documentos/tecnicos/25351802291201851/> Acesso em: 23/03/2023

9 **FELDMAN**, Alexandre <https://www.enxaqueca.com.br/anticorpos-monoclonais/> Acesso em: 23/03/2023

10 **GREGORI**, Maria Stella. Planos de Saúde - Ed. 2019. Editor: Revista dos Tribunais A LEI 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998 Página RB-7.3 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/185598430/v4/page/RB-7.3> Acesso em: 23/03/2023

consumo, devendo ser regida pelo Código Civil (CC), como norma geral dos fatos jurídicos, pela Lei 9.656/1998 e demais normas de regência.

De todo modo, em que pese não incida o CDC, é inequívoca a natureza negocial, embora não se vise ao lucro, porquanto o usuário deste plano aderiu, com base em sua autonomia privada, ao contrato elaborado pela entidade de autogestão.

Por isso, de um lado, o Código Civil (CC), em seu artigo 113, diz que “ [o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa- fé e os usos do lugar de sua celebração” , ao passo que o artigo 422 assinala que “ [o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa - fé”.

De outro, diz o artigo 423 do mesmo diploma legal que “[q]uando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente”, positivando o que a doutrina denomina de *interpretatio contra stipulatorem*<sup>11</sup>.

Sabe-se que a boa-fé consiste no dever de cada contratante guardar fidelidade e a palavra dada, não frustrando a confiança ou dela abusando, uma vez que a boa-fé forma a base indispensável de todas as relações humanas. Logo, trata-se de uma cláusula jurídica que serve como (a) **fonte autônoma de deveres jurídicos**, (b) **limite ao exercício de direitos subjetivos** e (c) **critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos**<sup>12</sup>.

De outra parte, a relação jurídica tem natureza cativa, vale dizer, é de longa duração, pois perdurará ao longo de todo o vínculo entre a aderente e o plano de autogestão. Esse vínculo jurídico tem grande importância social, dado o caráter vital da prestação principal do operador do plano. Em vista disso, tem-se seu interesse útil, consistente na promoção e preservação da vida do beneficiário, vinculando-se por isso com a própria proteção da pessoa humana.

---

11 **NERY JÚNIOR**, Nelson. **NERY**, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado - Ed. 2022. LIVRO I. DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES TÍTULO V. DOS CONTRATOS EM GERAL Capítulo I. DISPOSIÇÕES GERAIS Seção I. Preliminares Art. 423. Página RL-2.66 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100083938/v14/page/RL-2.66> Acesso em: 23/03/2023

12 **KONDER**, Carlos Nelson. **BANDEIRA**, Paula Greco. Organização: Gustavo Tepedino. Contratos. (Fundamentos do direito civil)– 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.p. 78

Finalmente, ao longo da execução do negócio, observa-se a vulnerabilidade agravada do beneficiário, em razão de enfermidade e a necessidade da obtenção de meios para seu tratamento, que deve ser franqueado pela operadora de autogestão.

Por essas razões, tem-se o caráter jurídico do vínculo entre o aderente e a operadora de autogestão, limitado pelas regras protetivas referentes ao direito securitário, de modo que esta deve prestar os serviços de saúde indicados pelo médico assistente do aderente.

### **3. A saúde como um direito fundamental e a função socioeconômica dos contratos de plano de saúde**

Não constitui qualquer novidade que a saúde é um direito fundamental, previsto expressamente na Constituição Federal (CF), arts. 6º e 196. Relaciona-se diretamente com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana (CF, arts. 5º, caput, e 1º, III).

Não obstante a mudança conceitual do termo saúde ao longo da história, em 1946, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial de Saúde (OMS), alcançou-se uma definição abrangente de saúde, a consistir no “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”<sup>13</sup>.

Os direitos fundamentais consistem em um conjunto de “direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”<sup>14</sup>.

De um lado, eles têm uma dimensão subjetiva, significando que seu titular pode impor judicialmente seus interesses perante o Estado ou o particular. De outro, há uma dimensão objetiva, que implica a formação de um conjunto de valores objetivos básicos do Estado, com função que transcende a dimensão subjetiva<sup>15</sup>.

Sendo assim, tendo por premissa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a consequência natural é que estes repercutam nas relações contratuais, o que se convencionou chamar de eficácia horizontal, isto é, os direitos à vida e à saúde vinculam os particulares, especialmente quando ligados por vínculos negociais.

---

13 **FERNANDES**, Antonio Joaquim Schellenberger. Direito à Saúde: tutela coletiva e mediação sanitária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.57

14 **RAMOS**, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021. e-book. p.44

15 Op.cit.p.473

Essa eficácia horizontal já é tema pacificado no Supremo Tribunal Federal (STF), para o qual “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, **os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados**” (STF, RE 201.819, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2.<sup>a</sup> T., j. 11.10.2005)

No caso dos planos de saúde, a função socioeconômica desses contratos é justamente a tutela da vida e do bem-estar dos contratantes, de modo que todas as condutas praticadas no bojo dessa relação comercial devem ser conducentes à realização deste bem jurídico, qual seja, a vida sadia.

Com efeito, Bruno Miragem assevera que os contratos de plano de saúde apresentam características próprias, uma vez que (i) se revestem de grande importância social, ante seu caráter vital; (ii) com interesse útil consistente em promover e preservar a vida e a saúde do usuário, como instrumento de proteção da pessoa humana; (iii) na sua execução, a vulnerabilidade do aderente é agravada em razão de enfermidades e necessidade de obtenção de meios para seu tratamento<sup>16</sup>.

Nota-se, pois, que essas características devem ser levadas em conta pelo intérprete na análise de casos envolvendo planos de saúde.

#### **4. Da interpretação do tema repetitivo 990 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**

Em geral, as operadoras de planos de saúde alegam que o tratamento com fremanezumabe não preenche as Diretrizes de Utilização do Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

De uma parte, o tema repetitivo 990 pacificou a jurisprudência do STJ no sentido de que “[a]s operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA” (REsp 1943628/DF). De outra parte, a interpretação a *contrario sensu* impõe a conclusão de que, se o fármaco estiver devidamente registrado, afigura-se viável o custeio do tratamento em caso de ausência de previsão contratual.

Nesse sentido, o fremanezumabe possui registro na ANVISA e é prescrito especificamente para o tratamento da doença elencada no CID-10:G43, isto é, a migrânea. Assim sendo, a justificativa utilizada para recusar o tratamento é a ausência de previsão

---

<sup>16</sup>**MIRAGEM**, Bruno. Curso de Direito do Consumidor - Ed. 2020 Editor: Revista dos Tribunais PARTE II. DIREITO MATERIAL DO CONSUMIDOR Página RB-2.68

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75937820/v8/page/RB-2.68> Acesso em 23/03/2023.

negocial, o qual se dá por meio de terapia imunológica endovenosa, intramuscular ou subcutânea na DUT 65 da Resolução nº Normativa nº 465/2021, que prevê cobertura para outras doenças.

Com efeito, o artigo 12 da Lei 9.656/1998 diz que o Plano de Saúde deverá se submeter uma cobertura mínima, de sorte que, em tratamento ambulatorial, cobrirá serviços de “apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente” (Lei 9.656/1998, artigo 12, inciso I, alínea b).

Logo, estando a terapia imunológica endovenosa, intramuscular ou subcutânea encartada como procedimento coberto pelos planos de saúde, a sua recusa afigura-se ilícita.

### **5. A distinção operada pelo STJ no contexto dos EREsp no.1.886.929/SP e EREsp no. 1.889.704/SP, e da superveniência da Lei 14.454/2022**

Sabe-se que o entendimento jurisprudencial era consolidado no sentido de que o rol de procedimentos e tratamentos cobertos pelos planos de saúde era de caráter exemplificativo, visto que a medicina conta com avanços não previsíveis aprioristicamente, razão pela qual a delimitação dos métodos e alternativas de tratamento revelava-se prática abusiva e, pois, ilícita.

Todavia, o STJ decidiu pelo caráter taxativo do rol da ANS, em acórdão da Segunda Seção no bojo do EREsp .1.886.929/SP e do EREsp 1.889.704/SP, j. 08/06/2022. Tal, porém, não acoberta de licitude qualquer recusa de cobertura, vale dizer, não dá plenos poderes às operadoras de planos de saúde<sup>17</sup>.

É que a premissa para que a operadora não seja compelida a arcar com os custos do tratamento não incorporado ao rol é comprovar que existe outro tratamento para a cura da enfermidade, isto é, de que há outro tratamento igualmente eficaz e seguro já incorporado ao rol da ANS.

Em reação ao acórdão materializado nos EREsp.1.886.929/SP e EREsp. 1.889.704/SP, o Poder Legislativo federal apresentou o projeto de Lei 2.033/2022, com o fito de modificar a Lei 9.656/1998. Com isso, materializou-se a Lei 14.454/2022, positivando

---

<sup>17</sup>**CAVALCANTE**, Márcio André Lopes. O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c876914f82ce54cb533b186afd41166e>>. Acesso em: 23/03/2023

que a cobertura de tratamentos de saúde não constantes do rol de eventos e procedimentos da ANS deve ser empreendida pelas operadoras do ramo de saúde complementar<sup>18</sup>.

Nessa direção, a Lei 14.454/2022 modificou o teor do art. 10 da Lei 9.656/1998, acrescentando-lhe o § 12, para tornar exemplificativo o rol da ANS, em franca tentativa de superar o entendimento firmado no âmbito dos EREsp.1.886.929/SP e EREsp. 1.889.704/SP. De todo modo, para que seja obrigado a custear o tratamento, impõe-se a comprovação da eficácia deste, a teor do § 13 do mesmo dispositivo<sup>19</sup>.

Observa-se, assim, que o caráter jurídico da relação negocial entre o aderente e a operadora de autogestão não dá amparo à negativa de tratamento, na medida em que o escopo do contrato de plano de saúde é justamente a prestação de serviços e benefícios capazes a manter e elevar a saúde física e mental de seus usuários, de sorte a lhes proporcionar o pleno exercício do direito à vida e à saúde.

Dito de outro modo, mesmo que admitida a possibilidade de cláusulas limitativas dos direitos dos beneficiários, mostra-se ilícita a conduta que exclui do custeio os meios e materiais imprescindíveis para o melhor desempenho do tratamento clínico do aderente. Por isso, nas situações em que existe previsão de cobertura para a doença, consequentemente haverá a cobertura para o procedimento ou tratamento necessário.

## **6. A inaplicabilidade do precedente fixado no REsp 1692938/SP**

No âmbito do REsp 1692938/SP, o STJ decidiu que, de regra, os planos de saúde não são obrigados a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar. Por outro lado, excepcionalmente, eles são obrigados a fornecer (a) os antineoplásicos orais (e correlacionados); (b) a medicação assistida (*home care*); e, por fim, (c) outros fármacos

---

<sup>18</sup> **CAVALCANTE**, Márcio André Lopes. Plano de saúde deve cobrir Terapia ABA para tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4793db902bf3f6e97069337540625c11>>. Acesso em: 25/03/2023

<sup>19</sup> Art. 10 (...)§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde. (...) § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

incluídos pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) no rol de fornecimento obrigatório<sup>20</sup>.

Entretanto, o tratamento em questão não se insere na regra nem na exceção do referido julgado. Trata-se de uma situação específica, pois o tratamento é ministrado por profissional competente, em ambiente ambulatorial.

Por conseguinte, não se enquadra nas exceções previstas no art. 1º, §1º, alínea “e” e do art. 10, I e VI da Lei nº 9.656/1998, já que seu uso não é experimental nem é voltado para tratamento domiciliar.

## 7. Conclusão

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal e, por conseguinte, vinculam os poderes privados, viu-se que a função socioeconômica dos contratos de plano de saúde está vocacionada para a tutela da vida sadia de seus usuários, razão pela qual todo tratamento imprescindível ao êxito da intervenção médica, para debelar uma doença, deve ser prestado pela operadora.

Verificou-se, ainda, que não pode ser excluída da cobertura estes ou aqueles tratamentos, como especialmente porque as mazelas não se submetem a critérios apriorísticos.

Demais disso, é ônus da operadora provar que há outros tratamentos mais eficazes para a migrânea, conforme o entendimento cristalizado no STJ, EREsp no.1.886.929/SP e EREsp no. 1.889.704/SP, bem como na Lei 9.656/1998, art. 10, §§ 12 e 13, com sua novel redação.

Registrou-se, ainda, não se aplica o precedente fixado no REsp 1692938/SP do STJ, na medida em que se revela como verdadeiro tratamento ambulatorial, de modo que não se aplicam os art. 1º, §1º, alínea “e” e do art. 10, I e VI da Lei 9.656/1998.

Considerando, pois, a complexidade dos casos envolvendo migrânea crônica, que até pouco tempo não possuía um tratamento específico para sua cura, nota-se que se mostra impositiva a obrigatoriedade de os planos de saúde cobrirem tal procedimento.

---

<sup>20</sup>**CAVALCANTE**, Márcio André Lopes. Em regra, o plano de saúde não é obrigado a fornecer medicamentos de uso domiciliar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1ddfa4ccdcea53130b500eaabb190e4b>>. Acesso em: 23/03/2023

Afinal, como bem salientado pela Ministra Nancy Andrighi, em memorável voto no REsp 1.053.810/SP, apenas ao médico que acompanha o paciente é dado fixar qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade, razão pela qual o plano de saúde não está autorizado “a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado”<sup>21</sup>, sob pena de colocar em risco a vida do usuário.

Por todas essas razões, inequívoco o dever de os planos de saúde ofertarem o tratamento com fremanezumabe, de nome comercial AJOVY®, aos usuários acometidos de migrânea crônica.

## 8 Referências

**BRASIL**, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), 2ª Seção. EREsp 1886929-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2022

\_\_\_\_\_, REsp 1943628/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021

\_\_\_\_\_, REsp n. 1.053.810/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe de 15/3/2010

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal (STF), RE 201.819, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 11.10.2005

\_\_\_\_\_, LEI Nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

\_\_\_\_\_, Código Civil (LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

\_\_\_\_\_, Código de Defesa do Consumidor (LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.)

\_\_\_\_\_, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), <https://consultas.anvisa.gov.br/#/documentos/tecnicos/25351802291201851/> Acesso em: 23/03/2023

**CAVALCANTE**, Márcio André Lopes. Em regra, o plano de saúde não é obrigado a fornecer medicamentos de uso domiciliar. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1ddfa4ccdcea53130b500eaabb190e4b> Acesso em: 23/03/2023

---

<sup>21</sup>**BRASIL**, Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp n. 1.053.810/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe de 15/3/2010.

\_\_\_\_\_. O rol de procedimentos e eventos da ANS é meramente explicativo ou taxativo? O plano de saúde pode se recusar a cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato sob o argumento de que o referido tratamento não está previsto na lista de procedimentos da ANS?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c876914f82ce54cb533b186afd41166e> Acesso em: 23/03/2023

\_\_\_\_\_, Plano de saúde deve cobrir Terapia ABA para tratamento do Transtorno do Espectro Autista (TEA). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4793db902bf3f6e97069337540625c11>>. Acesso em: 25/03/2023

**FELDMAN**, Alexandre <https://www.enxaqueca.com.br/off-label/> Acesso em: 23/03/2023

\_\_\_\_\_.<https://www.enxaqueca.com.br/anticorpos-monoclonais/> Acesso em: 23/03/2023

**FERNANDES**, Antônio Joaquim Schellenberger. Direito à Saúde: tutela coletiva e mediação sanitária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

**GREGORI**, Maria Stella. Planos de Saúde - Ed. 2019. Editor: Revista dos Tribunais A LEI 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998 Página RB-7.3 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/185598430/v4/page/RB-7.3> Acesso em: 23/03/2023

**KONDER**, Carlos Nelson. BANDEIRA, Paula Greco. Organização: Gustavo Tepedino. Contratos. (Fundamentos do direito civil)– 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.p. 78

**MIRAGEM**, Bruno. Curso de Direito do Consumidor - Ed. 2020 Editor: Revista dos Tribunais PARTE II. DIREITO MATERIAL DO CONSUMIDOR Página RB-2.68 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75937820/v8/page/RB-2.68> Acesso em 23/03/2023.

**NERY JÚNIOR**, Nelson. **NERY**, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado - Ed. 2022. LIVRO I. DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES TÍTULO V. DOS CONTRATOS EM GERAL Capítulo I. DISPOSIÇÕES GERAIS Seção I. Preliminares Art. 423. Página RL-2.66 <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100083938/v14/page/RL-2.66> Acesso em: 23/03/2023

**RAMOS**, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. e-book.

## O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

**BIANCA ISABELA RODRIGUES:**

Discente do Curso de Direito, 9º semestre, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC<sup>22</sup>

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(orientador)

**RESUMO:** A partir da análise dos princípios constitucionalmente previstos, como os da igualdade, dignidade da pessoa humana e individualização da pena, nasce a teoria da coculpabilidade. Segundo ela o Estado deve ser responsabilizado por sua omissão, quando não provê o mínimo existencial, devido a não dar a todos os indivíduos as mesmas garantias, atuando como motivador para a prática de crimes pelos cidadãos socialmente marginalizados. Devendo a culpa pelo delito cometido, ser dividida entre o Estado e o infrator, tornando-os corresponsáveis por terem, cada qual, sua parcela de responsabilidade. Desse modo, o grau de reprovação da conduta praticada deve ser atenuado quando o infrator estiver inserido em um estado de miséria, deixando claro que o meio social em que está posto, influencia em sua autodeterminação. O presente artigo, em um primeiro momento, busca apresentar o conceito de tal princípio, em seguida seu breve histórico, suas previsões constitucionais e legais. Após isso, evidencia sua concreta aplicação no Direito Penal Brasileiro atual. Demonstrando o nexos causal da falta do Estado, com o resultado que será refletido na sociedade. Para tanto, a metodologia utilizada foi o método hipotético-dedutivo, através da análise dos fatos e do raciocínio lógico, para assim chegar à conclusão.

**Palavras-chave:** Coculpabilidade. Estado. Igualdade. Omissão. Direito Penal.

### THE PRINCIPLE OF CO-CULPABILITY IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW.

**ABSTRACT:** From the analysis of constitutionally foreseen principles, such as equality, human dignity and individualization of punishment, the theory of co-culpability is born. According to her, the State must be held responsible for its omission, when it does not provide the existential minimum, due to not giving all individuals the same guarantees, acting as a motivator for the practice of crimes by socially marginalized citizens. The guilt for the crime committed must be divided between the State and the offender, making them co-responsible for having, each, their share of responsibility. In this way, the degree of disapproval of the conduct practiced must be mitigated when the offender is inserted in a

<sup>22</sup> E-mail: senhora21silvera@hotmail.com

state of misery, making it clear that the social environment in which he is placed influences his self-determination. This article, at first, seeks to present the concept of such a principle, then its brief history, its constitutional and legal provisions. After that, to highlight its concrete application in current Brazilian Criminal Law. Demonstrating the causal link of the lack of the State, with the result that will be reflected in society. Therefore, the methodology used was the hypothetical-deductive method, through the analysis of facts and logical reasoning, in order to reach the conclusion.

**Keywords:** Co-culpability. State. Equality. Omission. Criminal Law.

**SUMÁRIO:** 1 - INTRODUÇÃO. 2 - CONCEPÇÃO INICIAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE. 3 - PREVISÃO CONSTITUCIONAL. 3.1 Princípio da Individualização da Pena. 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.3 Princípio da Igualdade. 4 - DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE. 4.1 Aplicabilidade do Princípio da Culpabilidade no Direito Penal brasileiro. 5 - HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE. 6 - JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS. 7 - CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da culpabilidade, de autoria do doutrinador e ex-ministro da Suprema Corte Argentina Eugenio Raul Zaffaroni, é o princípio segundo o qual busca-se uma divisão da culpa entre Estado e infrator, de forma concorrente, através de uma análise individual do caso de cada pessoa, com base nas faltas estruturais na efetivação das atividades propostas pelo ente público. Não é de culpa integral do indivíduo se encontrar na situação marginalizadora em que está no momento, sendo objeto de estudo toda a circunstância social, o ambiente em que essa pessoa se desenvolveu e o que o levou a iniciar a prática delitiva.

Devendo a culpa ser dividida entre o autor do crime e o Estado, que não cumpriu seu papel de garantidor do mínimo existencial, fazendo com que aqueles que não tiveram as mesmas condições de vida de outros, se tornassem delinquentes. Tal princípio exprime um ideal de reparação social, uma vez que, alguém que cresceu em um ambiente no qual o cometimento de crimes é visto como maneira de melhoria de vida, tenha sua pena diminuída através da demonstração da falta do Estado, atuando como uma atenuante, que possa ser analisada no momento da dosimetria.

É importante destacar que tal princípio não tem como objetivo ser cabível a todos indistintamente, mas sim aos hipossuficientes, que viveram com sua autodeterminação diminuída, em virtude da falta do Estado, atenuando a pena em razão do baixo nível de

reprovabilidade da conduta, em razão de fatores sociais e econômicos que o levaram a cometer o crime, devendo o órgão público ser mais complacente ao repelir sua atitude.

O princípio da coculpabilidade adentra no ordenamento jurídico atual afim de tutelar delitos realizados devido a dura condição de vida de seu autor, praticados em um ambiente no qual o Estado não se faz presente. A pena a eles cominada deverá ser arbitrada em consonância com sua reprovção social e pessoal, sendo importante destacar o princípio por possuir um ideal de igualdade, e não impunidade, reconhecendo que fatores socioeconômicos influenciam no início da prática delitiva.

Buscando com sua aplicação um repensar do Direito Penal clássico, resultando em uma inovação, pautada na busca por um direito mais humano e moderno, indo contra o que vem sendo perpetuado durante as décadas, através da aplicação de penas mais brandas, como as de multa, a classes privilegiadas, e de mais severas, como as restritivas de liberdade, para a classe trabalhadora.

Devendo ser analisando o cenário pós-pandêmico, toda a vulnerabilidade social decorrente dele, e as discrepâncias sociais brasileiras, de forma que as normas se adequem as necessidades sociais, evoluindo e deixando conceitos já ultrapassados para trás.

## **2 CONCEPÇÃO INICIAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE**

A Constituição institui dentre outros princípios o da igualdade, contudo como deve se portar o Estado ao propagar a desigualdade? Segundo a equidade, devem ser tratados iguais os iguais, e diferente os diferentes, buscando o máximo de justiça. O doutrinador Grégore Moura (2006, p. 41) define o princípio da coculpabilidade como sendo:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovção social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Outro fundamento necessário para o princípio da coculpabilidade é a busca pela igualdade entre os homens, uma vez reconhecido que o que se propaga é a desigualdade, devendo essa discrepância social ser descontada no momento da reprovção da conduta, de forma que o Estado deve criar condições que tornem viáveis as mesmas oportunidades para seus cidadãos, não apresentando diferenças no bem estar social.

O objetivo do princípio da coculpabilidade não é atribuir ao Estado a responsabilidade total sobre as condutas do agente e dos delitos por ele cometidos, nem de propagar uma ideia de impunidade, mas sim demonstrar que através da ineficácia de sua atuação e da não realização de seu papel constitucionalmente previsto, a pena final imposta a esse indivíduo deve ser de menor reprovação social, através de uma quantidade justa. Uma vez que não se pode mensurar o quanto a falta do mínimo existencial na vida daquele cidadão contribuiu para que ele iniciasse práticas delitivas.

Como afirma Cesare Beccaria (2006, p. 15), as vantagens devem ser igualmente distribuídas entre os membros de uma sociedade. Contudo, observa-se que quando há a existência de um grupo, ocorre a tendência de os privilégios se concentrarem em uma determinada porção deste. Ficando o resto de seus membros deixados em segundo plano, à beira da miséria e debilidade.

Verifica-se que, os homens se reuniram em sociedade como meio de garantirem seus direitos, mas através da violência que exerceram uns sobre os outros, essa igualdade primitiva foi quebrada, tendo como resultado a desigualdade. Com uma breve análise histórica, nota-se que a coculpabilidade tem origem na Revolução Francesa, que possuía como lema “liberdade, igualdade e fraternidade” tendo como base o pensamento iluminista, essa revolução resultou na evolução dos direitos fundamentais, incluindo os de matéria penal.

O Princípio da Coculpabilidade, nasce através da quebra do Contrato Social, no qual os indivíduos se comprometem a agir de determinada maneira, contudo, ao deixar de cumprir seu papel social praticando delitos entende-se que estes não cumpriram sua parte no acordo. Quando isso ocorre, a parte vista como delinquente rompe o pacto social, que de certa forma se pressupõe aceito, se transformando em inimigo da sociedade.

A outra parte, ou seja, o Estado, também pode romper o pacto social, tal ideia ocorre quando este não proporciona as mesmas condições de vida aos cidadãos de seu país, deixando de cumprir seu papel de garantidor da igualdade. Ocorrendo, dessa forma, uma responsabilidade compartilhada, devendo as duas partes, sociedade e Estado, cumprirem seu papel, para existir uma relação de harmonia social.

Dessa forma, o Estado é quem viola o acordo primeiramente, após isso, o rompimento é confirmado pela conduta delitiva do agente, consumando essa quebra, quando da prática do crime. Ao esmiuçar tal conceito, Rogério Greco (2002, p. 469), brilhantemente declara:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser

atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

O doutrinador Jader Máximo de Araújo (2013, p. 109) menciona quanto a aplicação do princípio, que mesmo sem sua previsão legal na legislação brasileira, a coculpabilidade é muito usada em outros países, dispõe:

A coculpabilidade não está expressamente prevista na legislação penal-constitucional pátria. Além disso, ela é muito pouco aplicada pela jurisprudência e muito pouco explorada pela doutrina pátria – apesar de ser bastante debatida pela doutrina estrangeira, já sendo inclusive positivada na legislação de países como Colômbia, Argentina, Bolívia, Equador, México, Paraguai, Peru e Costa Rica.

Desse modo, nota-se que tal princípio é de suma importância na atualidade, ocorrendo sua incidência nos casos em que comprovadamente a ação delituosa e a omissão estatal possuem relação, sendo norma positivada em diversos países, devendo o Direito Penal brasileiro se adequar a evolução legislativa e as necessidades sociais, buscando sempre o equilíbrio, através da aplicação de penalidades mais justas.

### **3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL**

São garantidos pelo art. 6º da Constituição Federal (1988), como sendo direitos sociais, a saúde, a previdência social, a alimentação, a moradia, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Ao analisar o atual cenário brasileiro, no ambiente pós-pandêmico e com o aumento do custo de vida, nota-se que os menos favorecidos são cada vez mais prejudicados pela desigualdade social, vivendo em condições que contrariam a dignidade humana, sendo assim, fica evidente a falha do Estado perante suas garantias constitucionais, e como provedor do mínimo essencial a cada indivíduo.

Nesse sentido aponta Jean Paul Marat, em seu “Plano de Legislação Criminal” a análise de que, devem ser as necessidades da sociedade saciadas, para que, após isso, se torne obrigatório o respeito a sua ordem. Assegurando a proteção de quem dela faz parte,

sua subsistência e cuidados, sendo esses direitos naturais inerentes ao ser humano. (MARAT *apud* MATTE, 2008, p. 32).

Através da aplicação de tal princípio, não se busca a impunidade, mas sim a responsabilização do Estado devido a ser ele o provedor do mínimo, aqueles que fazem parte de uma comunidade marginalizada apenas poderão ser punidos quando suas garantias forem cumpridas. Uma vez que, caso não sejam, esses cidadãos não possuem nenhuma obrigação social, sendo injusta a aplicação das mesmas sanções a indivíduos com trajetórias de vida completamente diferentes. É necessário destacar também os princípios constitucionais da individualização da pena, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, por ser a coculpabilidade derivada deles.

### **3.1 Princípio da Individualização da Pena**

O princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição Federal do Brasil de 1988, presente na dosimetria, consiste em uma distinção da pena. A individualização ocorre quando o julgador, no momento da fixação, respeitando a lei, atribui ao indivíduo a pena em consonância com as condutas realizadas e as circunstâncias do caso concreto, evitando padronização das sentenças penais. A individualização está presente nas três fases da pena, sendo elas, cominação, aplicação e execução. A cominação ocorre através da fixação da pena de acordo com as condutas do agente, tendo como base a importância do bem jurídico tutelado.

Já a aplicação ocorre no plano jurídico concreto, quando o julgador efetivamente aplicará a pena de acordo com as circunstâncias e de forma justa, primeiro fixando uma pena-base, depois analisando as agravantes e atenuantes, e por fim, as causas de aumento e diminuição de pena. Na execução, a individualização da pena está presente através da atuação do juiz, quando do início do cumprimento da pena fixada, uma vez que ela não pode ser a mesma para todos os presos.

Segundo Guilherme de Souza Nucci individualizar tem como busca tornar individual uma situação, particularizando o que antes era genérico, essa especialização, enfim possui o enfoque de, evitando padronização, diferenciar algo ou alguém, dentro de um contexto fático (NUCCI, 2009, p. 30). Dando a cada crime penas distintas, pensadas de acordo com cada um dos presos, oferecendo a eles as mesmas oportunidades, viabilizando sua reinserção social, de forma que a própria penalidade possa indicar o programa de execução mais adequado para cada condenado, conforme suas condições.

### **3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ele prevê uma garantia de vida digna, sendo direito inerente a todos, até mesmo quando o indivíduo se encontrar ceifado de sua liberdade. Tem como base as necessidades vitais do ser humano, sendo um dos elementos que compõe o mínimo existencial, um direito que deve ser respeitado, por todo estatuto jurídico.

Preceitua o ministro Alexandre de Moraes (2009, p. 21), a dignidade como sendo:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.

Através da dignidade da pessoa humana, se dá efetivamente a noção do homem como ser humano, possuidor de direitos, deveres e garantias, sendo necessário possuir igualdade de oportunidades, contudo, com a omissão estatal este princípio vem sendo mitigado, sendo assim, a coculpabilidade busca minimizar os efeitos decorrentes da exclusão e desigualdade social, reconhecendo através de sua aplicação o respeito a dignidade humana deste indivíduo.

### **3.3 Princípio da Igualdade**

Consagrada na Magna Carta (1988, n.p.) em seu art. 5º, caput, a igualdade jurídica, que é proclamada através da frase mais conhecida e replicada pelos cidadãos: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Segundo o princípio da igualdade, não podem haver distinções entre pessoas, mas o tratamento isonômico ocorre de maneira a serem tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, para assim chegar em uma efetiva igualdade. Afinal, cada qual possui sua singularidade, devendo ser aplicado o tratamento diferenciado quando plausível.

O princípio constitucional da igualdade formal busca uma norma de eficácia plena, assegurando a todos, sem distinção, o mesmo tratamento perante a lei, de forma que, no

Direito Penal, ao aplicar a pena, o magistrado deve ter em mente a igualdade material, baseada na igualdade proporcional, sendo aplicada conforme o caso concreto, buscando reparar situações de desigualdade.

Examinando se os direitos assegurados constitucionalmente, foram cumpridos ou não, ao longo da vida daquele indivíduo. Devendo a parcela da população socialmente marginalizada, excluída socialmente e que não teve as mesmas oportunidades que outros, não receber o mesmo tratamento dos mais favorecidos, sendo utilizado nesses casos um tratamento diferenciado, por ser justificável, devido as condições analisadas, alcançando desta maneira a igualdade material.

#### **4 DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE**

Quanto a análise dos Direitos Humanos, torna-se evidente sua ligação com o princípio da cculpabilidade, devido à falta ou violação de um, ensejar a aplicação do outro. No tocante ao estudo das prioridades do Estado, o promotor de justiça do estado do Maranhão, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (2009, p. 35) as especifica como sendo:

Em primeiro lugar, na tabela das prioridades sociais, devem figurar os direitos humanos, preferentemente antes que o direito punitivo seja chamado a intervir, uma vez que com os direitos fundamentais sociais sendo efetivamente reconhecidos e implementados, ao controle sociopenal restariam apenas as condutas que efetivamente colocam em risco a estabilidade do sistema republicano de governo, consubstanciando-se em um Direito Penal de intervenção mínima, cuja referência para intervenção seriam, finalmente, a magnitude do bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e a necessidade de aplicação de uma sanção penal, mais precisamente de uma pena.

Devendo ser criticada a visão da sociedade e atual rumo que o Direito brasileiro vem seguindo, de que a aplicação de penas mais severas seria a solução para a diminuição da prática de crimes, uma vez que ela só entrará em remissão quando boas políticas públicas, que proporcionem segurança, trabalho, saúde, e assim sendo, melhores condições de vida, comecem a ser implantadas.

Dessa forma, através da análise é possível notar que mesmo não sendo garantido expressamente, o princípio da cculpabilidade é trazido de forma implícita no ordenamento jurídico, por meio da interpretação das normas constitucionalmente previstas, e por ser derivado de princípios que encontram previsão e amparo legal,

devendo ser aceito por ser de suma importância para a aplicação de penas pautadas na individualização e dignidade, resultando em um direito mais justo e moderno.

#### **4.1 Aplicabilidade do Princípio da Culpabilidade no Direito Penal brasileiro**

É pressuposto estudado na perspectiva do crime a culpabilidade, que é elementar do fato típico e ilícito, por meio do qual busca-se a penalidade do agente que o praticou, entretanto, a sociedade cria seus próprios padrões morais e de comportamento, configurando um efeito dominó, devido aos altos níveis de divergência social, sendo esse o surgimento do Princípio da Culpabilidade, por meio do qual busca-se a reparação estatal.

Para tanto é necessária a análise das condições de vida do delinquente, o ambiente em que nasceu e cresceu, e como essas perspectivas afetaram sua realidade, podendo até consumir na prática do delito, esse estudo sobre a vida do indivíduo já tem previsão legal, disposta no art. 187 do Código de Processo Penal, que define:

O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez, e em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (BRASIL, 1941, n.p.).

De fato, nota-se que a vida do acusado é condição relevante e deve ser analisada assim como o crime, contudo, além da previsão no Código de Processo Penal, é necessária também sua disposição no Código Penal, como forma de garantia de sua validade, desse modo, para saber o momento correto da aplicação do princípio na fixação da pena, deve ser feita uma breve análise das três fases de sua dosimetria.

A primeira fase é composta pela fixação da pena base pelo juiz, através da análise do mínimo e máximo da pena em abstrato, e das oito circunstâncias do art. 59 do Código Penal, sendo elas, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do acusado, motivos do crime, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima.

Superada essa primeira fase, começa a segunda, que consiste na aplicação de agravantes, suas causas estão previstas no art. 61 e 62 do Código Penal, e as de atenuantes no art. 65 e 66. Na terceira e última fase, serão analisadas as causas específicas de aumento e diminuição de pena, cabe destacar que, nessas circunstâncias as frações já estão

predispostas em lei, diferente do que ocorre com as agravantes se atenuantes, que são fixadas a critério do juiz.

É válido destacar que a coculpabilidade já é aceita no âmbito do Direito Processual Penal, como defende Grégore Moura (2006), ao destacar que, no art. 187, §1º, do CPP, está expressamente previsto que, na primeira fase do interrogatório serão feitas perguntas acerca da condição de vida do acusado e suas oportunidades sociais.

No tocante a aplicação dessa teoria, Marçal e Filho (2011, p. 11) asseguram que:

O juiz deixará de ser mero espectador da realidade desigual que aflige o cenário brasileiro e passará, portanto, a atuar de modo efetivo com fins de permitir que o almejado princípio da igualdade norteie à aplicação da pena. Assim, sendo, o princípio da coculpabilidade constituirá o meio pelo qual o juiz atingirá o princípio da igualdade e, na verdade, a própria justiça.

Somente com a aplicação desse princípio no Direito Penal será possível concretizá-lo, e chegar a uma pena final justa, que analise de forma individual cada caso, deixando para traz a aplicação de penas genéricas.

## **5 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE**

Existem quatro hipóteses de aplicação da teoria, segundo dispõe o doutrinador Grégore Moura (2006, p. 93), sendo elas “como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica no art. 65; como causa de diminuição de pena na Parte Geral, sendo um parágrafo do art. 29; e como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29” (BRASIL, 1940).

Na primeira hipótese, a teoria seria utilizada como circunstância judicial do art. 59, ou seja, na primeira fase da dosimetria da pena, se atentando as oportunidades sociais do autor do crime. Na segunda hipótese a tese é aceita como uma atenuante genérica, aplicada com base no art. 65, do Código Penal, sendo adicionada uma nova disposição a alínea III do determinado dispositivo.

A terceira hipótese apresentada é a de criação de um parágrafo no art. 29, a redação apresentada pelo doutrinador Grégore Moura (2006, p. 94) é a de que “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade, sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois (2/3)”, desse modo, tais circunstâncias devem ter relação com o delito praticado, para serem utilizadas como justificativa da diminuição da pena, sendo essa, para ele, a melhor hipótese

de aplicação da coculpabilidade, por poder reduzir abaixo do mínimo legal, e pregar a individualização da pena.

A última hipótese de previsão é como causa de exclusão da culpabilidade, prevista no art. 29, contudo, o autor faz entender que essa disposição vem apenas a título de exemplo, uma vez que ao ser a teoria aplicada como causa de exclusão da culpabilidade, esta perderia seu ideal de divisão da culpa, entre estado e o infrator, não sendo possível tal previsão legal.

Por outro lado, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1999) defendem que o art. 66 do Código Penal, já seria suficiente para a aplicação da coculpabilidade, uma vez que referido artigo dispõe acerca da atenuação da pena, que poderá ocorrer em virtude de condição relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não prevista expressamente em lei, como uma atenuante inominada.

Sobre o referido artigo destaca Paulo José da Costa Junior (2007, p. 220):

[...] Em cada conduta humana faz-se sentir o imponderável, enquanto a miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir. Nenhuma lei será, pois, capaz de prever, de catalogar, definir e sistematizar os fatos que irão desencadear-se na realidade fenomênica futura. [...] Poderá o magistrado, ao considerar ângulos não previstos, reduzir a sanção de molde a adequá-la à culpabilidade do agente. Não se dispensa, todavia, o juiz de motivar suficientemente a decisão.

Nota-se que se faz desnecessária a alteração do Código Penal vigente, devido a não ser possível o legislador predeterminar todas as hipóteses e justificativas para o cometimento do delito, devendo o magistrado no momento da dosimetria da pena, se atentar a individualização de cada caso, e julgar como necessário o quanto aquele ato foi motivado pela realidade social em que o indivíduo estava inserido, sendo esse dispositivo a inclusão perfeita do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

## **6 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS**

Por não possuir expressamente amparo legal, o princípio da coculpabilidade ainda é pouco reconhecido pelos tribunais brasileiros. Há uma discussão e abordagem do tema, contudo é evidente o receio dos tribunais acerca da aceitação e efetiva aplicação do princípio como causa de atenuação da pena, uma vez que tal fato possa ser visto como forma de impunidade pela própria sociedade e uma espécie de "aval" para o cometimento de crimes.

Contudo tal ideia demonstra a falta do interesse do Estado de conhecer a fundo a teoria difundida por Eugenio Raul Zaffaroni, um estudo publicado pela Revista Eletrônica de Direito da UFMS (2016, p. 1041) analisou 447 (quatrocentos e quarenta e sete) acórdãos de Tribunais de Justiça brasileiros que tratavam acerca da aplicação da teoria da coculpabilidade, com base no art. 66 do CP, ou seja, sendo utilizada como atenuante genérica, sem necessidade de alteração do código vigente.

A conclusão do estudo foi de que dos 447 julgados analisados, apenas em um deles demonstrou-se reconhecido o princípio da coculpabilidade, como atenuante genérica, deixando claro que o Estado possui dificuldade para reconhecer suas falhas, uma vez que é evidente que não foi em apenas um desses casos que ela ocorreu.

Demonstra-se aceitação da aplicação da teoria, no acórdão em apelação cujo relator é o desembargador Sidney Rosa da Silva, da 7ª Câmara Criminal da corte, no processo nº 0000888-75.2013.8.19.0044, no qual pontua o seguinte:

Embora reconheça a aplicação da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal pela coculpabilidade, no que diz respeito a Apelante Catiane Idelfonso Rodrigues, por ser primária e possuidora de bons antecedentes, não há como fazer incidir seus efeitos, tendo em vista a pena ter sido fixada no mínimo legal (Súmula nº 231 do STJ).

Sendo louvável a atitude do desembargador ao reconhecer a aplicação da teoria, indo contra a maioria das decisões proferidas pelos tribunais. Um exemplo de acolhimento integral da coculpabilidade, ocorreu em um julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul (Apelação nº 70013886742 TJ-RS), pelo relator Marco Antônio Bandeira Scapini, em um caso de furto de residência, no qual o réu era semialfabetizado, a atenuante foi aplicada com base no art. 66 do CP, tendo como base o argumento de que o Estado falhou ao não proporcionar acesso digno a educação ao condenado, reconhecendo sua falha anterior ao cometimento do crime, através da análise do caso, sendo verificada a coculpabilidade.

De modo que, alguém que não sabe ler, nem escrever, encontra uma barreira para entrar ao mercado de trabalho, que está cada vez mais competitivo, devendo ser apreciada as condutas do Estado que levaram determinada pessoa a encontrar-se em tal situação, devendo cada situação peculiar ser apreciada no momento do julgamento, por ser relevante ao caso concreto e sua efetiva fixação de pena.

É notório que o Estado demonstra receio em reconhecer sua falta, contudo cabe aos magistrados a efetiva verificação de cada caso, não devendo o judiciário tornar-se uma fábrica de decisões genéricas, amparadas uma à outra, mas sim um momento de efetiva

revisão das situações e do ambiente em que essa pessoa estava inserida, sendo privada de condições mínimas de sobrevivência, e em decorrência disso, de direitos sociais.

## **7 CONCLUSÃO**

Após a análise realizada durante todo o exposto, conclui-se que, o princípio da coculpabilidade deve imediatamente começar a ser aplicado como fundamento nas causas de atenuação da pena, uma vez que só não é, devido a não estar previsto no Código Penal. Contudo, tal argumento deixa de ser válido ao notarmos sua presença implícita, tanto na Constituição Federal, quanto no Código Penal.

É evidente que sempre irão existir falhas e dificilmente chegaremos a um Estado ideal, bem como a um sistema judiciário perfeito, contudo a aplicação de tal princípio resultará em um direito mais harmônico, com a execução de penas mais justas e individuais, após uma análise de cada caso, que será realizada pelo magistrado. Buscando a reparação social e a da falha do Estado, que não cumpriu seu papel de garantidor do mínimo existencial, concretizando a aplicação de princípios constitucionalmente previstos, como o da igualdade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana.

Como anteriormente demonstrado, a coculpabilidade encontra amparo legal no art. 66 do Código Penal, tornando plenamente possível sua aplicação ao definir que a pena poderá ser atenuada por circunstâncias anteriores ou posteriores a prática do crime, mesmo que não previstas expressamente em lei, desde que sejam relevantes, sendo justo proteger o indivíduo que foi tratado de forma desigual, através da aplicação de uma pena justa, fixada com base em seu próprio caso, e as peculiaridades vivenciadas por ele.

Mesmo com sua relevância demonstrada, tal princípio vem sendo pouco abordado na atualidade, encontrando seu amparo em doutrinas, talvez tal escassez se justifique devido aos ideais políticos que vem sendo atualmente propagados. Porém, nesse momento, se faz imprescindível uma reflexão social aos caminhos que o direito brasileiro tem tomado, de forma a ficar evidente que o ambiente em que uma pessoa está inserida pode modificar ou justificar suas futuras escolhas, sendo essencial o tratamento diferenciado, mas justificado na dosimetria da pena, por almejar igualdade de direitos.

Demonstra-se necessária a aplicação do princípio da coculpabilidade por ser um divisor de águas, para o fim da execução de penas injustas, início do caminho para a busca da equidade na fixação de penas e desenvolvimento da justiça social, resultando em um direito mais harmônico e humano. De forma que, só existirá plenamente a justiça quando um de seus pressupostos for o da igualdade.

## **REFERÊNCIAS**

ARAÚJO, Jader Máximo de. O Princípio da coculpabilidade como causa atenuante inominada. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, nº 20, jan./jun.2013 p. 107-152.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. Código (1941). **Código de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 03. Ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGO 33 E 35 AMBOS DA LEI 11.343/2006. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Apelação 0000888-75.2013.8.19.0044. Roosevelt Moreira de Sousa Júnior, Rooswelt Gonçalves de Araújo e Catiane Idelfonso Rodrigues vs. Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Sidney Rosa da Silva. Data de julgamento: 18/03/2014, **Sétima Câmara Criminal**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PORTAL=1&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=11512&PROCESSO=201405001028>>. Acesso em: 07 nov. 2022.

COELHO, Ícaro G.; SOARES, Sidney. A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do código penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros. **Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM**, 11(3), 1029–1056. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.5902/1981369422549>>. Acesso em: 04, nov. 2022.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007. DAVID, Rebeca Paula de Almeida. **O princípio da coculpabilidade**: a responsabilidade conjunta do Estado nos delitos praticados pelos cidadãos marginalizados. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4657, 1 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47845>. Acesso em: 03 jun. 2022.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. A Culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais nos delitos patrimoniais. **Espaço jurídico**. Ano 2009, v. 10, n. 1, mes JAN/JUN, páginas 31-50.

MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro**, 2011.

MATTE, Natalia Allet. **O princípio da co-culpabilidade** e a sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro. 2008. 79 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Biguaçu, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrine; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70013886742. Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, Julgado em: 20.04.2006, **Diário da Justiça**, Porto Alegre, RS, 13 jun. 2006. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

## **ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENTRE ÓRGÃO MINISTERIAL E INVESTIGADO A LUZ DO ART. 18 DA RESOLUÇÃO Nº 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

**GLEICIANE PINTO DA SILVA**

**LUCIANA DE SOUZA RAMOS**

(coautora)

**RESUMO:** O presente trabalho trata da análise da constitucionalidade quanto à aplicação do acordo de não persecução penal, a ser realizado entre o órgão ministerial e o investigado, a luz da Resolução nº 181/2017, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução nº 183, de 24/01/2018, mesmo que o ordenamento jurídico atual entenda que o instituto ainda padeça de constitucionalidade por não tratar a Resolução como ato normativo legal, mas sim como mero ato administrativo de um órgão do controle externo. A análise se baseará em pesquisa bibliográfica. Deve-se considerar que o acordo de não persecução penal, ainda que cause discussões, representa um dos mais promissores caminhos para a diminuição dos sérios problemas penais que vêm sendo enfrentado nas varas criminais do país. A solução ideal seria a regulamentação do acordo através da via legislativa, assim evitaria as alegações de inconstitucionalidade. Neste artigo, apontar-se-á as causas possíveis de aplicação do acordo num viés de constitucionalidade. Ademais, almeja-se que o Supremo Tribunal Federal se manifeste positivamente perante as iniciativas das duas Ações de Inconstitucionalidade (ADI).

**ABSTRACT:** The present work deals with the constitutionality analysis regarding the application of the non-criminal prosecution agreement, to be carried out between the ministerial and the investigated body, in the light of Resolution No. 181/2017, of August 7, 2017, of the National Council. of the Public Prosecution Service, as amended by Resolution No. 183, of 01/24/2018, even if the current legal system understands that the institute still lacks constitutionality because it does not treat the Resolution as a legal normative act, but as a mere administrative act of a body. of external control. The analysis will be based on bibliographic research. It should be considered that the non-prosecution agreement, even if it causes discussions, represents one of the most promising ways to reduce the serious criminal problems that are being faced in the criminal courts of the country. The ideal solution would be to regulate the agreement through the legislature, thus avoiding allegations of unconstitutionality. In this article, the possible causes of application of the agreement in a constitutional bias will be pointed out. In addition, it is intended that the Federal Supreme Court expresses itself positively before the initiatives of the two Unconstitutionality Actions (ADI).

**Palavras-chave:** 1. Não persecução penal. 2. Constitucionalidade Resolução 181. 3. Conselho Nacional do Ministério Público. 4. Princípio da Celeridade.

**Keywords:** 1. No criminal prosecution. 2. Constitutionality Resolution 181. 3. National Council of the Public Prosecution Service. 4. Celerity Principle.

## INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público foi criado com a finalidade de atuar em favor do bem comum, executando suas atividades de fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público. Nesse sentido, o papel do CNMP é velar o bom andamento dos processos no que tange sua autonomia, expedindo atos normativos, dentro de sua competência, atentando para as ações praticadas por seus membros quanto a legalidade destas, bem como propor melhorias para o bom funcionamento de suas atividades.

A expedição da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que trata da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, em uma de suas considerações, tomou como base o entendimento exarado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual repercutiu de forma geral do “Ministério Público dispor de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoas sob investigação do Estado”. (RE 593727, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para o Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/05/2015, publicação em 08/09/2015).

Em apreciação à Resolução, de todos os artigos dispostos, o que causou mais repercussão foi ao artigo 18, o qual assenta para quando não for caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal ao investigado, acompanhado de seu defensor, com a intenção de não haver a propositura da ação penal, desde que observado os requisitos da pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; crime não cometido com violência ou grave ameaça a pessoas; investigado confessando sua prática formal e circunstanciadamente a sua prática, sob algumas condições ajustadas cumulativamente ou alternativamente.

A presente análise é de extrema relevância para o Direito, uma vez que o acordo de não persecução penal tem o escopo da agilidade, da celeridade, dando mais efetividade no sistema criminal, ao tempo que não desampara a proteção dos direitos dos investigados. Sua aplicabilidade atrai vantagens de desafogamento de processos nas varas criminais. Processos estes, que se arrastam ao longo de anos, que levam muito tempo para serem julgados. Sem falar que, muitos desses processos são desnecessários e

insignificantes, causando desperdício de tempo e recurso do Ministério Público, o qual poderia estar tratando de investigações mais relevantes como, por exemplo, o combate à corrupção. Ademais, é uma alternativa inclusive mais adequada que o sistema “plea bargain”, proposto no Pacote Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça.

De toda forma, sua aplicabilidade ainda se dá de forma modesta. O motivo traduz-se em vários debates acerca da previsibilidade legal da norma, pois o CNMP como órgão de controle externo, não detém competência legislativa para normatizar tal ato.

Assim, a análise se fará acerca desses questionamentos trazidos quanto à polêmica de sua constitucionalidade e da celebração efetiva do acordo em nosso sistema criminal.

## **1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Em poucas palavras é possível dizer o que é o acordo de não persecução penal: Possibilidade de arquivamento de inquérito policial devido à falta de interesse do Ministério Público em oferecer denúncia. Mas, mais conceitualmente, é a possibilidade que o Ministério Público tem de poder oferecer acordo ao investigado, mediante a presença de seu defensor, para os crimes cuja pena seja inferior a 04 anos e que o crime não seja praticado com violência ou grave ameaça.

Com objetivo de regulamentar o acordo de não persecução penal, o Conselho Nacional do Ministério Público não só tomou como base os estudos e as pesquisas de melhoramentos, sugestões de aperfeiçoamento para um exercício mais efetivo no papel de orientador do Ministério Público, como também considerou as experiências já vivenciadas em outros países no que tange a resolução dos casos penais apreciados por meio de acordo, caso de países como Alemanha e França.

A Alemanha talvez tenha sido o país que tenha influenciado fortemente os estudos e pesquisas realizados pelo CNMP, haja vista que as primeiras proposituras do acordo se deram pela prática informal dos promotores, mediante a constatação da incapacidade do sistema penal de processar todos os casos, mesmo não havendo previsão na lei, sendo essa a objeção em maior potencial no caso do Brasil.

Neste sentido, segundo alguns estudiosos do Direito, o acordo criado pela Resolução em questão, ainda precisa ser bastante revisado, até que se possa ser aplicado de forma sistemática e consensual, vez que não há lei específica. Entendido, portanto, como uma invasão de competência, conforme artigo 22 as CF/88:

Art.22. Compete privativamente à União, legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

Não restam dúvidas quanto à criação de lei específica para a persecução penal, pois esta seria a melhor forma de afastar qualquer questionamento sobre a inconstitucionalidade da regulamentação do referido instituto. O que, aliás, logo após a publicação da Resolução original 181/2017, foi reformada pela Resolução 183/2018, ou seja, no intuito de aperfeiçoar a norma. Ademais, qual norma não é reformada pelo próprio legislador que a criou, ou mesmo aperfeiçoada por novos comportamentos da sociedade. A todo tempo as normas regulamentadoras são alteradas, aperfeiçoadas ou excluídas do nosso ordenamento jurídico, seja ela civil, administrativa ou penal.

Há os que se manifestam pela imprescindibilidade da implementação do acordo, e este é tão amplamente aceito, que há autores, como MORAIS DA ROSA E LOPES JÚNIOR (2017.www.conjur.com.br/2017-set-22), que chegam a afirmar que somente:

Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.

A maior intenção da criação do instituto foi o de solucionar os casos de médio potencial ofensivo de forma mais célere, garantindo os direitos fundamentais no âmbito processual penal, com a devida proporcionalidade que a Resolução oferece, dando maior racionalidade ao nosso sistema penal.

## **2. DA APLICABILIDADE DO ACORDO E SUA FORMALIZAÇÃO**

Os atos de caráter normativo primário, denominados recomendações, são os atos já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, ao expedir Resoluções, ostentam essa competência, convenientemente já autorizada pelo órgão máximo superior, ao que tange o exercício de suas atribuições administrativas.

Em mais um contexto, o acordo de não persecução penal, trata-se de interesse extrajudicial, não envolve o exercício da jurisdição penal. Não considera sequer como de natureza processual. Não há denúncia. Para que fosse considerada, no mínimo deveriam existir partes legítimas no processo; o Ministério Público, juiz e réu. Pelo contrário, todo o acordo é realizado através de procedimento administrativo investigatório, sem denúncia oferecida.

Importante mencionar que, o Supremo Tribunal Federal já acordou por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2970, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006, que:

São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição.

Não menos importante, o Supremo já reconheceu também a constitucionalidade de atos normativos regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça ao que diz respeito aos prazos e condições para que o preso se apresente nas audiências de custódia. Sendo que este instituto também foi regulamentado através da Resolução nº 213/2015 – CNJ, do mesmo modo como foi contestada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5448, Relator, Ministro Dias Toffoli, 05/02/2016. Ademais, o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. No entanto, apenas a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça foi considerada extremamente louvável. Não há que se aprofundar na presente questão, apenas relevar a constitucionalidade das Resoluções propostas dos órgãos representantes de controle externo.

A formalização do acordo se dá dentro da própria Resolução, o qual será realizado nos autos, com todas as informações detalhadas do investigado, acerca de todas as condições ajustadas cumulativamente ou alternativamente propostas no momento do acordo.

Todos os passos da realização do acordo serão registrados por meio de recursos audiovisuais, tudo para que as informações sejam mantidas em segurança e fieis a confissão do investigado. Posteriormente, a vítima será comunicada e os autos serão encaminhados para a apreciação do juiz. Se este julgar que o acordo se adequa segundo à Resolução, então devolverá os autos ao Ministério Público, que procederá sua implementação.

Entretanto, se o acordo for considerado incabível, inadequado e insuficiente, o juiz remeterá ao procurador-geral ou a outro órgão superior responsável, para que uma nova apreciação seja feita, para que sejam adotadas novas providências afim de torna-lo mais apropriado e satisfatório.

Não só compete ao Ministério Público agenciar o acordo com o investigado, como cabe a este cumprir com o que foi acordado. Descumpridos qualquer condição, o

Ministério Público deverá promover a denúncia imediatamente, caso contrário, pelo arquivamento da investigação.

### **3. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE E A EFETIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

No que se refere aos princípios constitucionais, a Resolução presa pela aplicação do princípio da celeridade, proporcionalidade, eficiência e acusatório. No entanto, será discorrido o princípio que trata da celeridade e efetividade do acordo.

Não faz muito tempo que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 045/2004, onde o legislador acrescentou no texto original do artigo 5º, LXXVIII, Constituição Federal – 1988: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A busca pela justiça sempre foi uma questão muito antiga em nosso País. O sistema judiciário ainda é muito lento quanto as questões dos seus julgados. Diversos são os motivos, como aumento populacional, burocracia processual pelo excesso de formalismo, multiplicidade de demandas, falta de recursos, enfim.

Há tempo os processos veem se empilhando no sistema judiciário, e essa morosidades, faz com que cada vez menos cidadãos acreditem na justiça, cada vez menos as pessoas esperam que seu dano seja reparado de forma justa, causando o clima de insegurança generalizado. O processo é tão lento, que em muitos casos as pessoas se quer chegam a fazer a ocorrência.

É bem verdade que houve um progresso significativo após a inserção do princípio. Mas, ainda há muito que ser reformado sistematicamente no andamento dos processos. Ainda se depara muito com a burocratização, as pessoas fazem questão de manter a forma antiga de trabalho. É preciso haver adaptações em sua aplicabilidade, eficiência também. Logo nota-se que a medida constitucional, sozinha, torna-se escassa.

Por conseguinte, tem-se o reconhecimento constitucional da efetividade do processo por Teori Zavascki (1997, p. 64):

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter

aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização tática da sua vitória.

A premissa básica da efetividade do processo é de que o Poder Judiciário possibilite aos demandantes celeridade, tempestividade e eficiência na solução dos litígios instaurados.

Neste sentido, deve-se dizer que o acordo de não persecução penal, trouxe o viés de que é possível haver uma solução satisfatória para um conflito instaurado. O princípio da celeridade está relacionado com a resolução rápida dos litígios, e sua efetividade é a forma mais eficaz de garantir um resultado desejado. Nestes casos, é possível que o dano logo seja reparado com o intuito de atender o interesse maior da vítima.

Portanto, o dito acordo, além de resultar em soluções mais rápidas ao conflito, reparar o bem patrimonial, evitará também a superlotação dos presídios, e, ainda, permitirá que o Poder Judiciário, o Ministério Público se dedique a combater crimes mais graves, de maior potencial ofensivo, corrupções dentre tantos outros, que geram consequências muito mais graves.

Não restam dúvidas de que a aplicação do acordo é a forma mais rápida e eficiente de se resolver um conflito, garantido ao titular de direito a devida reparação em sua forma reconhecida de direito.

#### **4. OS PROBLEMAS DO SISTEMA DE JUSTICA CRIMINAL BRASILEIRO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.**

Em primeiro plano, cabe ressaltar que esse não será um tópico pelo qual se pretende esgotar os problemas enfrentados pelo sistema criminal brasileiro, mas sim abordar o enfrentamento destes e um possível melhoramento a partir do acordo de não persecução penal.

Não é de hoje que se observa os enfrentamentos dos problemas relativos ao sistema da justiça criminal no Brasil. Esta é uma situação que já se arrasta há anos. O fato de haver muita criminalidade, muita impunidade, excesso e desvio na execução penal, é dizer muitas vezes que não há punição.

Cada vez mais se torna evidente a sobrecarga que o país vem enfrentando. A impressão que se tem, generalizada, é que só aumenta e segue desenfreada. Nesse aspecto, pensa-se logo no aumento de número de serventuários da justiça. E, sim, esta é uma boa medida a ser tomada, bem como a ampliação da celebração de acordos para os crimes de média e baixa gravidade, como vem-se tratando ao longo desta análise.

Antes de aprofundar acerca da celebração do acordo, vale ressaltar que, se o sistema funcionasse, fosse célere e com resultados significantes, obviamente essa seria a opção mais adequada, esse seria o mundo perfeito, ideal, observado todos os trâmites que convém ao devido processo legal. Essa seria a alternativa mais aceitável, e, portanto, não haveria que se falar em acordo.

Porém, o caso em tela ora analisado, trata-se de uma opção mais conveniente com a nossa realidade. O fato de poder obter uma reparação, uma resposta célere e eficiente em poucos dias após a ocorrência do crime, significa não só gerar uma satisfação à vítima por ter o seu bem jurídico protegido, como também é capaz de resolver a vida de quem esteve envolvido na prática do crime.

Esse é o tipo de acordo que reforça o sentimento de segurança jurídica na sociedade, recupera a credibilidade da população no sistema, fortalece a relação entre cidadãos e Estado, contribui para que as pessoas busquem por ajuda ao invés de desistir de denunciar, por simplesmente desacreditar na justiça. É dizer, o acordo de não persecução penal, traz uma série de vantagens ao país.

Há que se falar também da situação do réu quando respondem por um processo penal. Já se sabe o quão demorado é a tramitação de um processo no sistema de justiça. Sistema este que já se encontra quase que em falência pela carga de serviço desumana enfrentada diariamente.

Neste sentido, um dos principais prejuízos que pode ocorrer ao acusado, é de ter o seu processo executado pelo serviço terceirizado de auxiliares. Obviamente não se pode generalizar. Mas, tendo em vista a quantidade de trabalho a ser realizado, é quase que humanamente impossível de que apenas os juízes e promotores possam realizar todo o serviço a contento.

Vale ressaltar que, no processo penal, são dispostos pelo menos dois dos princípios mais importantes que o acompanham, quais sejam o da oralidade e o da imediação. Assegurando aos acusados a garantia de ser julgado pelo juiz que acompanhou a produção das provas, bem como sendo julgado por este, e não por auxiliares da justiça. Como dito, não há que se falar em generalidades.

A respeito dos princípios da oralidade e imediação, ensina Figueiredo Dias (1984, p. 184), que:

A oralidade e a imediação exigem (...) uma audiência unitária e continuada em que tenha lugar a apreciação conjunta e esgotante de toda a matéria do processo. Daqui a concentração espacial – a propósito da qual se fala também, por vezes, de um princípio da

localização, exigindo que a audiência se desenvolva por inteiro em um mesmo local, apropriado ao fim que com ela se pretende obter e aonde devem ser trazidos todos os participantes processuais (a sala de audiência); e concentração temporal, exigindo que, uma vez iniciada a audiência, ela decorra sem solução de continuidade até o final.

Resta evidente que a efetivação do acordo de não persecução penal diminuiria consideravelmente grande parte dos problemas no sistema de justiça criminal.

## **CONCLUSÃO**

Mediante a todas as razões expostas, chega-se à conclusão que temos em mão uma proposta séria, regulamentada e apta para ser colocada em prática e começar a mudar a realidade do nosso País.

Nota-se que ainda existe muita resistência no discurso de quem está disposto a defender a tramitação pela via original do processo penal. O que não se tem mais disposição, é de acompanhar a lentidão dos julgamentos para cada caso que insiste em empilhar-se pelos tribunais, causando o dito sentimento de impunidade e de injustiça.

Nesse aspecto, cabe em comento as críticas doutrinárias pela materialização do acordo. Fraco, pois, é o argumento de que a realização do acordo possa estimular a impunidade. Ora, como já salientado, os crimes alcançados pelo acordo são os crimes de menor gravidade em relação aos outros, os quais afastam prioridades de instrução e julgamento face ao acúmulo de feitos perante as varas criminais.

O acordo de não persecução penal trata-se de uma solução de comprometimento, de consenso. E dizer que existe, inclusive, um certo controle relativo à legalidade e à adequação para sua efetivação, haja vista ser possível apenas na presença do acusado, de seu defensor e do Membro do Ministério Público, realiza-lo. Ademais, os critérios legais relativos à transação já se encontram dispostas na Resolução, ou seja, já existe um norte a ser adotado.

Deve-se dizer também que o acordo não é algo que se encerra. Uma vez descumprido, o Ministério Público imediatamente deve oferecer a denúncia ou, em sendo o caso, determinar a instauração do inquérito policial ou, ainda, diligenciar investigações para apuração de elementos a desencadear uma ação penal. O oferecimento da denúncia é consequência natural decorrente do descumprimento do acordo ajustado, ocorrendo a retomada do caso exatamente do ponto em que se encontrava antes da celebração do acordo.

Não há a menor dúvida de que o acordo representa claras vantagens para o País. Obviamente seria de extrema importância a sua aprovação em sentido formal. Somente dessa forma seria possível evitar toda essa polêmica de inconstitucionalidade ou da competência da criação da Resolução pelo instituto, qual seja o Conselho Nacional de Justiça do Ministério Público.

Assim, é injustificável a resistência quanto à aplicação do acordo de não persecução penal em ato legítimo disciplinado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Espera-se, portanto, pela realização, consolidação e concretização permanente do acordo de não persecução penal, e que, na prática, propaguem socialmente seus efeitos benéficos, comprovando-se como instrumento eficaz de consumação da justiça social e de combate à impunidade, provocando mudanças culturais, que insistem, pela tradição, vigorar no âmbito do Sistema de Justiça Criminal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1998;

BARROS, Francisco Dirceu. Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal. Disponível: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/498143964/constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acessado em 06.10.2017;

CABRAL FERREIRA LEITE, Rodrigo. Acordo de não persecução penal, 2ª Edição, Editora JusPODIVM, fev/2019;

EMERSON GARCIA. Artigo Publicado em 09/09/2017, no Direito em Debate. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. Consultor jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-brevessreflexoes.html>

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal, 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 184;

HERMES DUARTE MORAIS. Consultor Jurídico. do site Conjur.com.br – Artigo publicado em 30/11/2018; <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>;

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JUNIOR, Aury. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP, in: <http://www.conjur.com.br/2017-set->

22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp, consultado no dia 09.10.2017;

BRASIL. PALESTRA – Acordo de Não Persecução Penal. Ministrada pelo Promotor de Justiça, Henrique Macedo, do Ministério Público de Minas Gerais. <https://www.youtube.com/watch?v=2ZYDsyRQQKE>

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013;

BRASIL. RESOLUÇÃO 181/2017, CNMP – ALTERAÇÃO PELA RESOLUÇÃO 183/2018, CNMP;

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI 2979, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006;

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela. São Paulo, Editora Saraiva, 1997. (RE 593727, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para o Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/05/2015, publicação em 08/09/2015);

## **NOVA LEI DE LICITAÇÕES E PRINCIPAIS MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**NÉLIO JÚNIOR RODRIGUES GOMES ARAÚJO:**  
Acadêmico do curso de Direito da Universidade  
de Gurupi-TO – UNIRG<sup>23</sup>.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN<sup>24</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo irá a vislumbrar sobre a lei 14.133/2021 (Lei de Licitações) que busca aprimorar o já disposto na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC - Lei 12.462/11), trazendo novas modalidades para contratação, bem como alterações nas fases de licitação. Assim, o presente estudo será elaborado através de um estudo bibliográfico e descritivo, buscando analisar os benefícios e malefícios da nova normativa jurídica.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Licitações; Lei nº 14.133/2021.

**ABSTRACT:** The present study will look at Law 14.133/2021 (Bidding Law) which seeks to improve the provisions of the General Bidding Law (Law 8.666/1993), the Trading Law (Law 10.520/2002) and the Differentiated Contracting System (RDC - Law 12,462/11), bringing new modalities for contracting, as well as changes in the bidding phases. Thus, the present study will be elaborated through a bibliographic and descriptive study, seeking to analyze the benefits and harms of the new legal regulations.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Licitações; Lei nº 14.133/2021.

### **INTRODUÇÃO**

No Brasil, a partir do ano de 1993, até 2021, as compras, contratos, alienações e arrendamentos que fossem realizados pela administração pública do país estavam regidas pela lei n. 8.666/93. Gradualmente, a lei tornou-se seriamente desatualizada em alguns aspectos não somente técnicos, mas também jurídicos e não acompanhando as atualidades das necessidades de recrutamento, criando dificuldades para os administradores públicos e profissionais que atuam em processos licitatórios e contratos públicos, especialmente pelas amarras jurídicas e excessos burocráticos, sujeito aos envolvidos no processo licitatório.

---

<sup>23</sup> E-mail: neliojr28ar@gmail.com

<sup>24</sup> Professor da Universidade de Gurupi-TO – UNIRG. Email: furlanadvocacia@hotmail.com

Devido a isto, em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.133 (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), que reuniu as regras de contratações públicas dispostas nas Leis nº 8.666 (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), 10.520 (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002) e 12.462 (Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011), trazendo novidades e recriando diversas disposições.

Pelo já exposto, o que se leva a estudar sobre a presente pesquisa é : Como a nova lei de licitações e contratações administrativas trouxe modificações pertinentes no que tange sobre a desburocratização dos procedimentos administrativos?

De forma que, pode-se considerar que os administradores públicos, são os principais responsáveis pela legislação, e devem ser fidedignos as novas pontuações da nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável e celeridade nas contratações, para que a lei cumpra seu papel normativo de forma mais efetiva na prática.

Assim, o presente estudo de caráter bibliográfico e descritivo, objetiva apresentar a nova lei administrativa de licitações e contratações, especialmente no que diz respeito à existência do princípio do desenvolvimento sustentável como um de seus anseios, e o que isso significa para a sociedade como um todo, não apenas direitos.

## **1.A RELEVÂNCIA DA LEI DE LICITAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A administração pública pode ser considerada no campo do direito que descreve o conjunto de agentes, serviços e instituições criados pelo Estado para gerir determinadas áreas da sociedade, como educação, saúde, cultura, etc. A administração pública preocupa-se com o benefício do interesse público e dos direitos e interesses dos cidadãos que governa.

Os entes públicos atuantes têm grandes responsabilidades perante a sociedade e o Estado, e são obrigados a conduzir a boa gestão e gestão dos assuntos públicos de forma ética e transparente de acordo com as leis estabelecidas.

No entanto, é incoerente que os Estados realizem essas ações da mesma maneira que os particulares. Como os recursos utilizados para realizar essas ações são recursos públicos, eles são provenientes de impostos pagos pela sociedade. É necessário implementar procedimentos de licitação para que essas operações possam ser realizadas de forma mais justa e transparente.

Assim, a licitação pública caracteriza-se por um procedimento administrativo, de forma que a administração pública possa selecionar a proposta mais favorável para o contrato de interesse.

Neste sentido Justen Filho (2014, p.495) entende que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

O objetivo da licitação é selecionar a proposta mais favorável, promover o desenvolvimento sustentável do país e tratar todos os concorrentes de forma igualitária (princípio da equivalência). Quanto à proposta mais benéfica à administração, nem sempre é a mais barata, mas sim a proposta que consegue trazer mais benefícios à administração pública a um preço alto, a partir de uma análise subjetiva do objeto. Assim, discorre MONTEIRO (2021, online):

A isonomia é o fundamento mais importante, andando em conjunto com a proposta mais vantajosa, ela orienta toda a licitação no ordenamento jurídico, para não haver uma escolha pessoal na contratação, vedando qualquer discriminação arbitrária para não haver nenhum proveito ou detrimento de alguém, por interferência de quem ocupa o cargo público.

O Estado, no exercício das suas atribuições públicas, precisa de bens móveis e imóveis, de serviços e de obras que instrumentalizem a consecução das atividades públicas. Para tanto, o Estado necessita adquirir recursos humanos, materiais e instrumentais para executar suas atividades, pois nem sempre ele reúne diretamente todos os recursos humanos. Nesse caso, o Estado pode celebrar contrato administrativo com entes privados para garantir a contratação ou compra de um objeto através de uma licitação.

## **2.0 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO**

Inicialmente, de acordo com a doutrina de Di Pietro (2012):

licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições estabelecidas no instrumento convocatório, a possibilidade de formular propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. [...]

Conforme mencionado anteriormente, esse processo é obrigatório, mas o ordenamento jurídico possui algumas exceções legais. A Constituição Federal de 1988

estabeleceu a licitação como princípio geral das contratações públicas. Na verdade o artigo 37, inciso XXI, da CF/88 estabelece que, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados por meio de licitação pública.

Como se vê, a Carta Magna expressa a obrigação da administração de licitar, embora também excepcionalmente preveja ressalvas legais à regra geral de licitação. O princípio da obrigatoriedade da licitação, fundamentado nos princípios da ética administrativa e da impessoalidade, permite à administração pública, ao menos em tese, escolher a proposta que for mais benéfica ao interesse público.

O Artigo 11 da Nova Lei de Licitações e Licitações especifica alguns objetivos a serem alcançados no processo licitatório. São eles: garantir a seleção das propostas que produzirão o resultado mais favorável para os contratos da administração pública; garantir a igualdade de tratamento entre os licitantes e a concorrência leal; sobrefaturamentos; incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Dessa forma, a licitação visa assinar as propostas mais favoráveis ao governo por meio de um processo formal e equânime. (SANTOS; SANTOS, 2023)

O objetivo do princípio é garantir transparência e competitividade nas compras públicas, dando às empresas interessadas em fornecer bens ou serviços ao governo uma oportunidade igual de participar do processo de seleção. Além disso, a licitação também é importante para garantir a qualidade dos serviços e produtos contratados, pois as empresas são obrigadas a apresentar propostas técnicas e financeiras que atendam às especificações notificadas.

No entanto, cabe ressaltar que em determinados casos a administração pública pode ser dispensada de licitar, conforme previsto na Lei de Licitações (Lei 14.133/2021). Essas premissas incluem, por exemplo, a contratação de serviços técnicos especializados, a aquisição de bens ou serviços de empresas que os produzam ou comercializem exclusivamente, e até mesmo em situações de emergência ou calamidade pública.

Porém, mesmo no caso de dispensa de licitação, é necessário que a administração pública justifique sua decisão e demonstre que a escolha do fornecedor ou prestador de serviço foi feita de forma objetiva e transparente.

Portanto, o princípio da licitação obrigatória é um dos pilares do sistema de compras públicas brasileiro. Ao garantir a transparência e a competitividade do processo de seleção de fornecedores, as licitações ajudam a melhorar a eficiência e a qualidade dos serviços prestados pelo Estado, além de evitar o desperdício de recursos públicos.

### **3.ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (a Lei nº 14.133/2021)**

A Lei 14.133/2021 estabeleceu, no seu artigo 28, as seguintes modalidades de licitação :

I –Pregão; II –Concorrência;III –Concurso;IV –Leilão;V –Diálogo Competitivo .O parágrafo primeiro da referida Lei instituiu que, além das modalidades referidas no caputdesse artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliaresprevistos no artigo 78 da Nova Lei,que são os seguintes: I -credenciamento, II –pré-qualificação, III –procedimento de manifestação de interesse, IV – sistema de registro de preços, V –registro cadastral(BRASIL, 2021, grifo meu).

O referido artigo 28.º parágrafo segundo, ainda proíbe a criação de outras modalidades de concurso, ou ainda proíbe a conjugação das modalidades referidas da lei mencionada nos comentários. A nova lei, 14.133/2021, incorpora diversas novidades que visam modernizar o processo licitatório no Brasil. A principal alteração é a fusão de três leis diferentes que tratam de diferentes tipos de licitação em um documento coerente, o que deve simplificar o procedimento e torná-lo mais transparente para todas as partes envolvidas. Discorre (SANTOS e SILVA, 2021, online):

O legislador também alterou as modalidades de licitação. Isso se deve porque anteriormente a Lei nº 14.133/2021 eram as seguintes: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão (presencial e eletrônico) e a consulta, sendo a grande maioria consagrada na Lei nº 8.666/1993. Com o advento da nova lei, passam a ser o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. Portanto, foram suprimidas modalidades licitatórias e instituídas outras.

Outra novidade importante é a inclusão de critérios ambientais e sociais nas licitações, que agora devem considerar não apenas o menor preço, mas também aspectos como sustentabilidade e inclusão social. Essa mudança é muito relevante em um momento em que a preocupação com a sustentabilidade é cada vez maior em todo o mundo.

Além disso, a nova lei traz regras mais claras e objetivas para a participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil, o que deve ampliar a concorrência e trazer benefícios para o país. Também foram criados tipos de contratação, como o diálogo competitivo, que permite que a administração pública converse com os interessados em um projeto antes de definir a melhor proposta. No mesmo sentido, MAIA (2022, online):

Um dos principais benefícios da nova regra é a diminuição do grau de documentação e rigidez de qualificação, o que levará a um processo de licitação mais rápido. No entanto, a nova legislação ainda é um tanto obscura. Sempre valorizando lances de menor custo-benefício, independente do menor preço. Outros aspectos da proposta também são valorizados, mas não apenas o preço. Apesar de todas as alterações e benefícios, ainda há necessidade de maior fiscalização e participação da sociedade para a correta utilização dos recursos públicos e projetos e obras devem ser desenvolvidos de forma mais aprofundada com equilíbrio contratual quanto à utilização dos recursos públicos. Entretanto, a discussão sobre o tema é de grande importância, pois facilita a fiel execução de processos licitatórios que beneficiem o público.

Outra novidade é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que deve reunir todas as informações sobre licitações em um único lugar, facilitando o acesso e a transparência do processo. O portal também deve permitir que as empresas se cadastrem e participem de licitações de forma mais ágil e simplificada.

A nova lei também traz mudanças importantes na forma como os contratos são executados e fiscalizados. Agora, a administração pública deve se comprometer a fornecer os recursos necessários para que o contratado possa cumprir suas obrigações, e deve fazer uma fiscalização mais ativa e efetiva do cumprimento dos contratos.

Outra mudança relevante é a criação de um sistema de sanções mais rigoroso para as empresas que descumprirem as regras das licitações ou os contratos firmados. Agora, as empresas que cometerem irregularidades podem ser penalizadas com multas, suspensão temporária ou até mesmo proibição de contratar com a administração pública.

No entanto, apesar de todas essas mudanças positivas, a nova lei ainda enfrenta desafios em sua implementação, especialmente no que diz respeito à capacitação dos servidores públicos para lidar com as novas regras e procedimentos. Além disso, é importante garantir que as novas regras sejam aplicadas de forma transparente e justa, sem favorecer determinados grupos ou empresas em detrimento de outros.

Em resumo, a nova lei de licitações traz diversas novidades importantes para modernizar o processo licitatório no Brasil, incluindo a inclusão de critérios ambientais e sociais, a unificação das leis de licitação, a criação de novos tipos de contratação e a implementação de um sistema de sanções mais rigoroso. No entanto, é importante que a sua implementação seja cuidadosa e transparente, para garantir que as mudanças tragam benefícios reais para a sociedade como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, conforme documentado, a nova lei de licitações busca otimizar os processos envolvidos na compra ou contratação de bens e serviços de forma a aumentar a agilidade do processo, que passará a ocorrer eletronicamente, exceto as presenciais licitações. Esse procedimento facilita a redução dos custos associados ao processo licitatório, permitindo que a administração pública invista esses recursos, desde que proporcione maior transparência na aplicação dos recursos públicos.

Revela-se que as maiores mudanças representam, na verdade, críticas ou posicionamentos doutrinários ou judiciais. Também escolhido para análise é o credenciamento, este serve apenas como exemplo, isso destaca o tema, a doutrina e a jurisprudência, apesar do silêncio da Lei nº 8.666/1993, já se posicionavam no sentido de que o instituto era uma hipótese de emprego direto. O legislador já deixou a questão clara: a acreditação foi elencada como uma das hipóteses de não exigibilidade.

No entanto, é importante reconhecer que a pesquisa ainda está em seus estágios iniciais, não sendo possível avaliar os benefícios ou a eficácia da nova lei devido ao curto espaço de tempo entre sua promulgação e a publicação deste estudo.

Diante disso, recomenda-se a realização de novas investigações, até porque as discussões já se iniciaram e as consultas foram feitas aos Tribunais de Contas ou mesmo as discussões chegaram aos Tribunais de Justiça.

Com isso, acredita-se que a nova lei precise ser mais bem discutida e os estudos ampliados, principalmente neste período de transição, o administrador público deve tomar os devidos cuidados ao utilizar as novas instituições, deve também iniciar uma mudança de mentalidade a fim de ampliar o diálogo com os setores público e privado, porém, só o tempo poderá dizer se as mudanças são realmente efetivas e levam a um procedimento mais eficiente ou mais rápido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012

FREITAS, J. Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 281, n. 2, p. 91–106, 2022. DOI: 10.12660/rda.v281.2022.86046. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86046>. Acesso em: 11 de janeiro de 2023

OLIVEIRA, A. C. B. de; MIRANDA, H. S.; PORTO, N. A. G. A nova lei de licitações: impactos jurídicos e econômicos. *Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social*, [S. l.], v. 4, n. 7, p. 39–54, 2022. DOI: 10.5281/zenodo.7186693. Disponível em:

<http://periodicos.processus.com.br/index.php/ppds/article/view/807>. Acesso em: 11 de janeiro de 2023.

QUEIROZ, José Menezes de. Inovações no pregão eletrônico em face da nova lei de licitações (Lei 14.133/2021). 2022. 42 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

MAIA, Ayrton Francisco Gonçalves. *Mudanças na Lei de Licitação: aspectos relevantes acerca das principais mudanças efetivas pela Lei Geral de Licitação* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 nov 2022, 04:17. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/60232/mudanas-na-lei-de-licitao-aspectos-relevantes-acerca-das-principais-mudanas-efetivas-pela-lei-geral-de-licitao>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 25 de fevereiro de 2023

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SILVA, H. V. da .; SANTOS, L. C. dos . NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES: UM NORTE AO ADMINISTRADOR PÚBLICO. **RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar - ISSN 2675-6218**, [S. l.], v. 2, n. 8, p. e28625, 2021. DOI: 10.47820/recima21.v2i8.625. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/625>. Acesso em: 13 janeiro de 2023.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**GABRIELA AIRES PIMENTA SILVA RIBEIRO:**  
Bacharela em Direito pelo Centro Universitário  
Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA.<sup>25</sup>

**ANDREA CARDINALE URANÍ OLIVEIRA DE MORAIS<sup>26</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar de que forma a violência obstétrica é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro atual, demonstrar seus aspectos históricos e embrionários, e analisar o direito comparado sobre a violência obstétrica. Foi utilizado como método de pesquisa a revisão bibliográfica que visa obter o delineamento da pesquisa através de doutrina e livros, bem como documental pela busca de dados jurisprudenciais na legislação brasileira. Por fim, concluiu-se que a violência obstétrica não possui legislação específica que disponha sobre o tema, contudo, os direitos da mulher que se encontra gestante, em trabalho de parto, parto, pós-parto e puerpério, são resguardados pela aplicação do Código Penal para responsabilidade penal do agente, pelo Código Civil quando se tratar de responsabilidade civil do médico e demais agentes de saúde, e também pela Lei nº 11.108/2005 que estabelece o direito ao acompanhante durante todo o processo do parto.

**Palavras-chave:** Violência obstétrica; Violência contra a mulher; Direitos da Mulher.

### **1. INTRODUÇÃO**

A violência obstétrica consiste na violação da integridade física, moral, sexual e psicológica da mulher que se encontra em trabalho de parto, parto, pós-parto e puerpério. A caracterização da violência obstétrica ocorre em âmbito hospitalar, podendo ser praticada por profissionais da saúde contra a gestante, em todo o período da gestação, parto e pós-parto. Embora ainda não possua legislação específica sobre essa temática, o termo violência obstétrica vem ganhando força no âmbito jurídico, já sendo reconhecida no Brasil por legislações estaduais, como é o caso do Estado de Santa Catarina e Minas Gerais. A luta contra a violência obstétrica se deu início no final do século passado a partir do movimento pela humanização do parto e da medicina baseada em evidências. A partir desse movimento houve maior intensificação de estudos sobre o tema, elaboração e

---

<sup>25</sup> E-mail: gabrielaairespimenta@gmail.com

<sup>26</sup> E-mail: andreacardinaleurani@gmail.com

aplicação de políticas públicas, e aprovações de leis que em alguns casos a abordam especificamente, em outros a tangenciam.

A violência obstétrica passou a ser objeto de debate a nível nacional e internacional após os direitos reprodutivos e sexuais das mulheres serem reconhecidos como direitos humanos e ganharem destaque nas agendas estatais e de organizações internacionais. Na América Latina, a violência obstétrica conquistou sua notoriedade na década de 2000, após um médico venezuelano utilizar o este termo para abordar sobre as violações e descumprimentos dos direitos das mulheres na gravidez, parto, puerpério e abortamento. A partir disso, a Argentina e a Venezuela promulgaram leis onde descrevem e reconhecem a violência obstétrica como uma violência contra a mulher e seus direitos, logo após, o Suriname tipificou a violência obstétrica como crime, alterando seu código penal.

Desse modo, a partir dessas constatações o presente artigo tem como objetivo, analisar de que forma a violência obstétrica é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro atual, demonstrar seus aspectos históricos e embrionários, e analisar o direito comparado sobre a violência obstétrica. Para atingir os objetivos propostos primeiro percorreu-se sobre os aspectos históricos e embrionários da violência obstétrica. Num segundo momento, foi feita uma análise da violência obstétrica com base no direito comparado. Por fim, foi percorrido como a violência obstétrica é tratada no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se que no delineamento da pesquisa foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica por ter sido realizada em doutrina e livros, bem como documental pela busca de dados jurisprudenciais na legislação brasileira.

## **2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ASPECTOS HISTÓRICOS E EMBRIONÁRIOS**

O termo e o conceito de violência obstétrica é algo ainda novo, ele foi utilizado pela primeira vez no meio acadêmico pelo Dr. Rogério Pérez D'Gregorio, que era presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela. Violência obstétrica é a violência contra a mulher praticada em ambientes hospitalares no momento do parto, e desde então, está ganhando força dentro dos movimentos sociais preocupados com violências exercidas contra mulheres, em especial aqueles que lutam pela humanização da assistência materno-infantil. (PULHEZ, 2013)

Na América Latina vem sendo estudada há algumas décadas a violência obstétrica. O parto era um ritual praticado por mulheres, eram realizados nas casas onde as famílias moravam com o acompanhamento de mulheres parteiras, isso até o final do século XVIII (RATTNER, 2009). No final do século XIX, o parto deixou de ser da esfera do feminino e a passou a ser entendido como uma prática médica, dando início a um processo de mudança através das tentativas para controlar o evento biológico por meio da obstetrícia (SANFELICE, 2014). A partir do século XX, passou-se a acelerar o procedimento de

hospitalização dos partos (PASCHE, 2010), atingindo o término do século sendo quase 90% deles passando a serem realizados em hospitais (RATTNER, 2009). Vem sendo utilizado em larga escala procedimentos que são tidos como inadequados e desnecessários não possuindo avaliação adequada da sua segurança e sem base em evidências, medicalizando os partos com o objetivo de ampliar a qualidade da assistência. Esses procedimentos podem muitas vezes colocar a saúde e a vida da mãe e do bebê em risco (DINIZ & CHACHAM, 2006).

Já no final da década de 1980, surgiu o movimento social pela humanização do parto e do nascimento, com o objetivo de discutir e propor mudanças a esse modelo. Para este movimento foram utilizadas como base principal as propostas realizadas pela OMS em 1985 que incentivavam o parto vaginal (normal), a amamentação logo após o parto, o dormitório conjunto da mãe e do recém-nascido e a presença de acompanhante durante todo o processo de parto e pós-parto. Além do mais, recomendava-se a participação de enfermeiras obstétricas na atenção ao parto normal e a inclusão de parteiras no sistema de saúde em regiões sem a presença de rede hospitalar, assim como a modificação das rotinas e diminuição das intervenções consideradas desnecessárias. (TORNQUIST, 2002)

O movimento da Medicina baseada em Evidências, se fundamenta nos cuidados médicos em evidências científicas de eficácia e segurança dos procedimentos, e também cresceu no final do século XX (DINIZ & CHACHAM, 2006; RATTNER, 2009). O parto é entendido como um acontecimento natural, e quando levado em conta os desfechos de saúde da mãe e também do bebê, o nascimento por via vaginal é o melhor modelo, e assim a intervenção mínima forma-se o paradigma a ser seguido na assistência, isso segundo as avaliações científicas e conforme já declarado pela OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1996) (ANDRADE & LIMA, 2014; DINIZ & CHACHAM, 2006). Nesse momento deve ser avaliada a indicação de intervenções compatíveis com a segurança e os melhores desfechos de saúde, sendo que as situações que podem levar a complicações de saúde para mãe ou para a criança são exceções a essa regra (DINIZ & CHACHAM, 2006). No Brasil, algumas práticas médicas possuem uma incongruência com os preceitos que propõe a Medicina Baseada em Evidências, pois mesmo sem o consentimento da parturiente e sem ao menos ser informada dos riscos e da necessidade ou dos efeitos que podem ser causados, são realizados procedimentos como a episiotomia, corte que envolve vários tecidos importantes do aparelho reprodutor feminino (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012).

A violência obstétrica aumenta de forma imensurável, e uma a cada quatro mulheres, sofre ou já sofreu violência obstétrica no Brasil (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2010). Todavia, ao mesmo tempo que há um forte crescimento da violência obstétrica, a batalha pela humanização do parto vem ganhando espaço na busca pelo respeito e por condições dignas em uma das fases mais importantes para a mulher (CNJ, 2017). É um

fenômeno de grande complexidade e ainda por cima, é considerado um problema de saúde pública, mostrando a discriminação e subordinação da mulher (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012). O empenho para lutar contra essa violência tem origem, principalmente, na atuação dos movimentos sociais, dirigidos, principalmente, por mulheres mães e profissionais (GUIMARÃES, JONAS & AMARAL, 2018).

O termo violência obstétrica é utilizado para caracterizar inúmeras formas de danos gerados contra a mulher durante a gestação, iniciando pelo pré-natal, passando pelo parto e o pós-parto. Considerada como uma “[...] forma de violência de gênero que implica em desrespeito aos direitos humanos e da mulher, caracteriza-se pela imposição de intervenções danosas à integridade física e psicológica das parturientes” (SAUAIA, 2016, p. 128). Na mesma linha de pensamento, a violência obstétrica pode ser caracterizada como uma apropriação, invasão do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, mediante o tratamento desumanizado, excesso da medicalização e patologização dos procedimentos naturais, como o parto vaginal, provocando a perda da autonomia feminina. Dessa forma, são gerados impactos negativos na qualidade de vida das mulheres, pelos comportamentos errôneos da equipe médica (SOUSA, 2015).

Algumas formas de violência como agressões verbais e amarração da parturiente em macas, parecem ser mais óbvias, o autor não consegue negar que tais atos têm natureza violenta (PULHEZ, 2013). Todavia, há alguns procedimentos, ditos de rotina, que são mais difíceis de serem reconhecidos como atos violentos, como o parto cirúrgico (cesáreas), muitas vezes, proposto por conveniência médica. Inegavelmente, a violência obstétrica apodera-se de três aspectos da existência humana: a vida (no sentido do nascimento); a sexualidade; e a morte (a colocar em risco a vida da parturiente e do nascituro), sendo um tipo de violência típica da contemporaneidade (NAZÁRIO & HAMMARSTRON, 2015).

Atos de caráter físico, verbal, e sexual, também podem caracterizar a violência obstétrica. Há diversas condutas hospitalares que vão contra a dignidade, liberdade e integridade da mulher, tais condutas possuem relações entre si, pois um ato pode ser caracterizado em mais de um tipo de violência. Devido aos abusos e traumas sofridos, uma vez que essas práticas já estão enraizadas na prática médica, muitas mulheres vítimas dessa violência não se sentem seguras em denunciar.

A violência verbal vem conjuntamente com a violência psicológica, são procedimentos de caráter psicológico, que são conceituados como, “toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibrio, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio” (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60). A falta de informações antes e durante o parto, o desprezo,

humilhação e abandono da gestante, causados pelos profissionais da saúde geram esses procedimentos psicológicos, e podem decorrer até mesmo de procedimentos de caráter físico ou sexual.

Tratando-se de violência institucional, a mesma pode ser definida quando há violação de direitos da paciente dentro do âmbito hospitalar cometida pelo profissional da saúde. A atuação do profissional de saúde na instituição de atendimento, assim como sua atuação às condições físicas, organizacionais e de recursos da mesma, podem ser considerados violência institucional (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012). Ao ser negado o direito ao acompanhante durante o parto, este ato também pode ser caracterizado como violência institucional e também violência emocional. As instituições hospitalares e assemelhados tem a obrigação de permitir a presença de um acompanhante durante o trabalho de parto, e por um período de até dez dias, o acompanhante será indicado pela gestante, este direito da gestante possui prescrição legal na Lei nº 11.108/05. Tanto hospitais públicos como hospitais privados devem seguir essa determinação e assim, assegurar os direitos da parturiente durante o parto e pós-parto (PASSOS, 2020).

Os atos praticados sobre o corpo da parturiente que não seja realmente necessário e que não possuam base científica são considerados violência física. Os procedimentos mais comuns que a caracterizam são: a episiotomia, o ponto do marido, e a Manobra de Kristeller, e administração da ocitocina sem o consentimento da parturiente. A Manobra de Kristeller é um exemplo de violência obstétrica física, ocorre quando o médico ou enfermeiro se apoia sobre o corpo da mulher pressionando sua barriga com os braços e cotovelos para que acelere a saída do bebê, alguns especialistas a consideram como um procedimento ofensivo e danoso ao corpo da mulher (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012). Os médicos assentam que os principais riscos "incluem a ruptura uterina, lesão do esfíncter anal, fraturas em recém nascidos ou dano cerebral, dentre outros", trazendo assim, vários riscos a saúde e bem-estar da mulher (LEAL, 2014). A Manobra de Kristeller é classificada como uma prática totalmente prejudicial ou ineficaz que deve ser eliminada pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2001, p. 188).

A episiotomia afeta músculos, vasos sanguíneos e tendões por ser uma cirurgia realizada na vulva, e em alguns casos sem anestesia e consentimento na mulher, e sem ao menos ser informada sobre a necessidade, riscos, possíveis benefícios e efeitos adversos. Ainda, a prática da episiotomia no Brasil vai contra o princípio da Medicina Baseada em Evidências. (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012)

Quanto ao ponto do marido, este tem como principal objetivo o prazer masculino nas relações sexuais após o parto, na qual é feito um ponto a mais durante a sutura, fazendo com que a vulva fique mais apertada (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012). O ponto do marido pode causar dores horríveis nas mulheres durante a prática de relações sexuais, e também a perda de elasticidade, além de ser considerado um desrespeito em relação as

vontades da mulher sobre seu próprio corpo (MARQUES, 2021). Além disso, o uso da ocitocina é mais uma forma de violência obstétrica física, nesse momento a mulher não opta pelo uso ou não do procedimento, pois o médico ou os demais profissionais realizam o procedimento com o objetivo de agilizar o parto, para que assim ganhem tempo (MARQUES, 2021). O toque vaginal quando ocorre de forma frequente e por diversos profissionais, também pode ser considerado violência obstétrica física e sexual, ferindo a integridade da parturiente que naquele momento se encontra indefesa e impossibilitada de entender se os procedimentos que estão sendo tomados estão sendo feitos da forma correta, caracterizando também violência obstétrica de caráter institucional. (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012)

Toda ação que consista na violação da intimidade e o pudor, é considerada violência obstétrica sexual, que atinja o senso de integridade sexual e reprodutiva da mulher, e assim conseguindo ter alguma forma de acesso ou não dos órgãos sexuais e partes íntimas do corpo da mulher (MARQUES, 2021). São exemplos de violência obstétrica sexual, a episiotomia, o assédio, lavagem intestinal, ruptura ou deslocamento de membranas sem consentimento informado, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012). O contato do médico com a parturiente, caracteriza violência obstétrica sexual, como por exemplo o toque nas partes íntimas da paciente sem permissão, toques no corpo, violando a sexualidade e o corpo da mulher (MARQUES, 2021).

Ser uma mulher grávida não é algo fácil, pois o corpo já exige bastante da mulher para gerar uma vida. Os abusos psicológicos são mais difíceis de serem percebidos, mas, há vários relatos de mulheres que os médicos usavam frases do tipo “você não vai conseguir, não sei pra que engravidou”, para amedrontá-las, e até mesmo ameaças de serem culpadas por uma possível morte do filho caso não aceite manobras e procedimentos dolorosos e até mesmo proibidos. A violência psicológica durante o parto leva as mulheres a sofrerem sequelas psicológicas muitas vezes pro resto de suas vidas. (PERES, 2021) A violência obstétrica psicológica consiste também em toda ação verbal ou comportamental dos profissionais da saúde que provoque na parturiente sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, medo, alienação, instabilidade emocional, dentre outras. (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012)

A violência obstétrica em situação de abortamento ainda é pouco falada, mas já considerada como tal. A mesma, ocorre quando uma mulher em situação de abortamento chegam hospital e sofre constrangimentos e discriminações, caracterizando também a violência psicológica. Nesses casos há demora no atendimento que deveria ser de urgência, por simples negligência médica, pois a equipe hospitalar culpa a gestante pelo fato e se colocam no papel de juízes de moral. (PERES, 2021) Há inclusive, relato no dossiê

feito pela Rede Parto do Princípio (2012) onde uma mulher sofre discriminação sendo chamada de pobre, preta, tatuada e drogada, e o profissional da saúde afirma que a mulher não está sofrendo uma eclampsia, estaria apenas drogada.

Há vários tipos de violência obstétrica, que podem acontecer durante a gravidez, pré e pós-parto, não sendo somente atos violentos que acontecem apenas durante o momento em que a mulher dá à luz. (PERES, 2021) Fica claro que a violência obstétrica é um problema de saúde pública e que há inúmeras formas de ser praticada, e mesmo sendo práticas perigosas, são praticadas diariamente. A disseminação de informações sobre a violência obstétrica e as formas com que são praticadas ainda é muito deficitária, incapacitando ainda mais a mulher de tomar atitudes a respeito, como a denúncia dessas práticas.

### **3. UMA ANÁLISE REALISTA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COM BASE NO DIREITO COMPARADO**

Alguns países na América Latina já possuem legislação específica que aborda a violência obstétrica, são esses, Argentina, Venezuela e Suriname, que foram os primeiros países latino-americanos a trazer uma lei que tenha como objeto a violência obstétrica. Na América Latina, o combate à violência obstétrica se deu na década de 1990, com o início do movimento "Medicina Baseada em Evidências". Desde então, a OMS vem publicando documentos e recomendações relativas aos procedimentos do parto e então, a partir da década de 2000, alguns países latino-americanos vem tratando a violência obstétrica como um problema de saúde pública e aprovando leis que garantem o direito das parturientes terem um acompanhante durante o parto e pós parto, como o Uruguai, Argentina, Brasil, Porto Rico, Chile, México, dentre outros. Contudo, apenas a Venezuela (2007), a Argentina (2009) e o Suriname (2009) possuem leis federais que tipificam e consideram a violência obstétrica uma violência de gênero. Outros países latino-americanos como o México, Bolívia, Panamá, El Salvador, Brasil, entre outros, possuem leis a nível estadual que abordam a violência obstétrica. (COELHO, 2019)

Os países da América Latina aderiram ao "Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento" em 2013, um dos acordos multilaterais da América Latina, da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL, que faz parte de uma das cinco comissões da Organização das Nações Unidas (ONU). Todos os países latino-americanos ficaram comprometidos desde então a universalizar e assegurar o acesso aos direitos sexuais e reprodutivos de forma humanizada e de qualidade (CEPAL, 2013). Todavia, a Organização Não Governamental, Mira que te Miro, produziu um estudo no ano de 2017, no qual especifica os avanços depois da adesão ao Consenso. O estudo concluiu que menos da metade dos países da América Latina possuem mecanismos para se responsabilizar e assim conseguir lidar com as mulheres vítimas de violência obstétrica. O estudo assevera que em relação ao parto humanizado apenas 8 dos 23 países

promovem, em seus relatórios, práticas consideradas negativas – como raspar os pelos pubianos, uso de analgésicos durante o parto, entre outras. Ademais, no que diz respeito aos sistemas de denúncia para violência obstétrica, a região latino-americana, no geral, encontra-se defeituosa, onde mais da metade dos países da região não dispõem de penalidade para tais práticas (MIRA QUE TE MIRO, 2017).

A Argentina foi o primeiro país a promulgar a primeira lei do território latino americano que aborda a violência obstétrica, a Lei Nacional 25.929 de 2004, amplamente divulgada como a “Lei do Parto Humanizado” (SOARES, BASANI, 2018). O país da América Latina com menores empecilhos legais para que a mulher exerça os seus direitos sexuais e direitos reprodutivos, é a Argentina. Além do mais, no que diz respeito a prevenção da mortalidade materna e o estímulo do parto humanizado possui avanços consideráveis (MIRA QUE TE MIRO, 2017). Com o decorrer dos anos, com o objetivo de impulsionar a proteção da gestante país aprovou diversas leis, são elas: A Lei n° 26.529/ 2009, que versa sobre os Direitos do Paciente na relação com as instituições e os profissionais da saúde; a Lei n° 26.485/2009, que versa sobre a Proteção da Violência contra a Mulher e a Lei n° 25.929/2004, que prevê a Proteção à Gravidez e ao Recém-Nascido. (COELHO, 2019)

A “Lei sobre os Direitos dos Pais e Filhos no Processo de Nascimento”, prescreve sobre o Parto Humanizado. Contudo, só foi regulamentada através do Decreto 2035 no ano de 2015. A lei em questão comprova que as mulheres têm direito a um parto natural, sem qualquer tipo de intervenção desnecessária e respeitando o tempo fisiológico; com a condição de que não a desrespeite nem discrimine; possui o direito de ser informada sobre os procedimentos que forem realizados seja qual for; direito a um acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós parto, entre outros. Na lei também estão elencados quais são os direitos do recém-nascido e dos seus pais. Portanto, a lei garante à mulher o acesso à informação e o respeito à sua individualidade, e define os direitos das mulheres durante toda a gestação (CARVALHO, 2019). Com isso, a Argentina foi o primeiro país da América Latina a definir a humanização do parto e legislar sobre o assunto.

A Lei n° 26.485 de 2009, Lei de Proteção Integral às Mulheres, trata sobre a proteção integral para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, traz o conceito de violência e a classifica em cinco tipos que se apresentam em cinco modalidades: física, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial e simbólica (SOARES, BASANI, 2018). A definição da violência obstétrica está prevista em seu artigo 6º, que preconiza ser aquela violência que expressa um tratamento desumanizado, um abuso de medicação e patologização dos processos naturais, onde o profissional da saúde exerce sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres (ARGENTINA, 2009).

Ao se tratar da cesariana, o Ministério da Saúde e Desenvolvimento Social do país esclarece que quando o objetivo for solucionar problemas durante o processo de nascimento, a cirurgia se tornará uma intervenção necessária. Não deve ser considerada como uma opção quando não houver indicações da cirurgia, pois ela pode envolver diversos riscos (MINISTÉRIO DA SAÚDE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL DA ARGENTINA, 2018), indo ao encontro das recomendações internacionais.

Mesmo com a promulgação da lei que especifica a violência obstétrica, ainda há artigos que não foram devidamente regulamentados e também, não explicita quais são as penalidades instituídas às instituições e aos profissionais da saúde que praticam a violência. Em 2011, através do Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação, mediante a Resolução nº 120, com o objetivo de corrigir essas lacunas existentes, foi criada a Comissão Nacional Coordenadora de Ações para a Elaboração de Sanções da Violência de Gênero - CONSAVIG, cujo objetivo é a articulação de todos os poderes a nível municipal, provincial e nacional para coordenar ações para o desenvolvimento de sanções contra a violência de gênero, sendo formada por especialistas multidisciplinares ativistas dos direitos das mulheres (COELHO, 2019).

Pesquisas demonstram que, mesmo após a promulgação da Lei 26.529/2009, que estabelece às gestantes o direito à informação, as instituições de saúde constantemente violam esse direito. Além do mais, procedimentos considerados de rotina como por exemplo o uso da ocitocina e episiotomia ainda são comuns e sem a autorização e ciência da parturiente. Mesmo após a Lei do Parto Humanizado a taxa de cesarianas na Argentina continua sendo alta com aproximadamente 30% nas instituições de saúde públicas e 70% nas privadas, em conflito como recomendado pela OMS (COELHO, 2019)

A Venezuela, aprovou a Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência em 2007 sendo a precursora ao definir a violência obstétrica como uma violação aos direitos humanos das mulheres, utilizando como ponto de partida o Dia Internacional pela Eliminação da Violência, celebrado em 25 de novembro de 2006 (SOARES, BASANI, 2018). As definições argentina e venezuelana são muito parecidas, contudo, a legislação venezuelana afirma que a violência traz consigo a perda da autonomia das mulheres e a capacidade de decidir sobre o seu corpo e sua sexualidade, diferentemente da Argentina. Entretanto, ambas não prevêem sanções aos profissionais que pratiquem a violência obstétrica. Além do que, no que diz respeito à interpretação, o Código Penal do país sofreu algumas mudanças, a partir de decisões proferidas pelo Tribunal Supremo de Justiça (TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTIÇA, n.d.).

No entanto, segundo o Boletim Epidemiológico publicado pelo Ministério da Saúde venezuelano, de 2016, a mortalidade materna e infantil aumentou 65,79% e 30,12% respectivamente. Muitas gestantes estão cruzando as fronteiras da Colômbia para ter o seu bebê, devido a esse aumento da mortalidade materna, neonatal e infantil, visceralmente

ligado às violações de direitos sexuais e reprodutivos. O país vivencia uma crise de saúde que acarreta afalta de insumos, infraestrutura e falta de pessoal, assim, esse aumento está principalmente atrelado com essa crise, além do mais, diversas ONG's de direitos humanos vem denunciandoessa situação. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017)

A República do Suriname é considerado um país mediamente desenvolvido e o menor da América do Sul. Apesar de ser um país deficiente em alguns pontos referentes aos direitos humanos e não possuir uma lei específica para a violência obstétrica, como na Venezuela e Argentina, o Suriname em 2009 reformou o seu Código Penal, de 1911, e configurou a violênciaobstétrica como crime. (COELHO, 2019). Com o objetivo de garantir a transversalização da perspectiva de gênero e a implementação e formulação de políticas públicas, o Suriname assumiu um projeto chamado "Ação Integral de Gênero (2006-2010)". Desse modo, incorporou-se alguns temas como crime, a exemplo da violência obstétrica, pois um dos temaseram os direitos humanos e um dos meios para promover esse enfoque na administração públicafoi a reforma do Código Penal. (ONU MULHERES, n.d.).

No Brasil, em 1998, foi estabelecido como prioridade a diminuição da mortalidade materna e perinatal, qualidade do pré-parto e parto e a redução de cirurgia cesariana, como também, os casos de violência contra a mulher através das Portarias nº 2815/GM e nº 2816/GM instituídas pelo Ministério da Saúde. Foi inaugurado um processo de humanização dos serviçosde saúde decorrentes dessas iniciativas, o que ocasionou o surgimento do Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento, com o objetivo de mudar a assistência à saúde instituído pelas Portarias nº 569-570-571/2000 (SOARES, BASANI, 2018).

Muito embora ainda não dispõe de uma lei em nível federal sobre o tema, o Brasil enfatizou políticas públicas e normativas no que se refere à violência contra a mulher em seu período gestacional, parto e pós-parto, a partir do ano de 2000. O Ministério da Saúde, no ano de 2004, apresentou a Política Nacional de Humanização do Sistema Único de Saúde, destinadoa gestores e trabalhadores do Sistema e o Pacto de Redução da Mortalidade Materna e Neo- Natal. Em 2011, por meio da Portaria nº 1.459/2011, foi instituído o Programa Rede Cegonha (SOARES, BASANI, 2018).

O Programa Rede Cegonha tem por objetivo estimular o planejamento reprodutivo e a atenção integral à gestante durante o período gestacional, parto e puerpério, e é promovido peloSistema Único de Saúde - SUS, ademais, visa a diminuição da taxa de mortalidade materna e neonatal. O Programa, possui pilares básicos, para que assim possa ser introduzido um modelode atenção à saúde da mulher que leva em consideração a assistência humanizada no parto, puerpério e crescimento da criança, são quatro

componentes: Pré-Natal, Parto e Nascimento, Puerpério e Atenção à Saúde da Criança. E também, um sistema de transporte sanitário e regulação. Destarte, o último propósito do Programa Rede Cegonha é instituir a humanização do atendimento e do parto. Dados do Ministério da Saúde do ano de 2016 demonstram que o programa já alcançou mais de 5.000 municípios do Brasil atingindo mais de 2 milhões de gestantes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

Em 2015, por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o governo brasileiro editou a Resolução Normativa 368/2015, com o objetivo de abrandar a alta taxa de cesarianas praticadas no país, já vista como uma epidemia. No mesmo ano, o Projeto Parto Adequado, foi lançado com o apoio do Ministério da Saúde com o objetivo de identificar modelos novos e viáveis de parto e nascimento, dando atenção ao parto normal para tentar reduzir a quantidade de partos cesarianos, utilizando-se da medicina baseada em evidências. O projeto foi desenvolvido pela ANS, o Hospital Israelita Albert Einstein e o Instituto para a Melhoria da Saúde ou *Institute for Healthcare Improvement*. (BRASIL, 2015).

O Brasil não possui legislação federal que especifica e trata sobre a violência obstétrica. Entretanto, há estados que possuem legislação que trata do tema como, por exemplo, Santa Catarina (Lei nº 17.097/2017), São Paulo (Lei nº 15.759/2015), Rio de Janeiro (Lei nº 7.191/2016), Minas Gerais (Lei nº 23.175/2018), entre outros. Além do mais, alguns estados já contam, também, com lei que permite as profissionais doulas no acompanhamento das mulheres durante o processo do parto, como no caso de Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo e outras cidades que possuem legislação municipal, como Uberaba-MG e Bragança Paulista- SP. (COELHO, 2019)

Em maio de 2019, o Ministério da Saúde do Brasil publicou um despacho onde era vedado o uso do termo "violência obstétrica", com a justificativa de que não agregava valor e não ajudava no movimento de humanização do parto, mesmo com todo o complexo e grande histórico envolvendo a violência obstétrica no Brasil e no mundo. Uma atitude inédita do órgão, após anos corroborando com a luta contra a violência obstétrica, através do aperfeiçoamento de políticas públicas e recomendações. Em junho do mesmo ano, após receber inúmeras críticas e, até mesmo recomendações do Ministério Público Federal, o Ministério da Saúde do Brasil, sem citar explicitamente a violência obstétrica, voltou atrás e reconheceu o uso de qualquer termo que melhor represente as experiências vividas durante o parto (G1; FEBRASGO). No ano de 2018, o Ministério da Saúde com o objetivo de monitorar as cesárias no país de forma online, lançou uma página informativa ou site (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

Além do mais, a prática ainda é um problema no país conforme dados acerca desse tipo de violência. A taxa de cesarianas chega a 56%, sendo considerada a mais alta do mundo, muito próximo de países como China, México, Itália e Estados Unidos, que estão

com a taxa entre 46e 32%, demonstrando que o país vai de encontro às recomendações da OMS no que se refere às cesáreas. O modelo de atenção ao parto e a atuação dos profissionais da saúde não está baseado em evidências. No contexto brasileiro a realidade é que o país ainda é marcado por excessos de intervenções cirúrgicas, atendimentos humilhantes e, até mesmo o impedimento a presença do acompanhante. (LEAL et al, 2014; ZANARDO et al, 2017; ASSOCIAÇÃO ARTEMIS, 2014).

Recentemente, a discussão pública referente aos direitos na assistência à maternidade voltou a ser questionado com duas novas situações normativas: a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 2232 de 17 de julho de 2019, que prescreve normas éticas para a recusa terapêutica por incluir as gestantes entre os possíveis casos em que a recusa não deve ser aceita pelo médico por caracterizar “abuso de direito”, e o Projeto de Lei n. 435, da Deputada Janaina Paschoal que versa sobre a garantia de escolha pela parturiente da cesariana ser uma via de parto a partir da 39ª semana de gestação. (AGUIAR, 2020)

Dado o exposto, pode-se observar a evolução de um movimento que contraria o uso do termo “violência obstétrica” e também, o enquadramento da prática como uma forma de violência específica contra os direitos humanos das mulheres, mesmo com os movimentos populares de mulheres e organizações ativistas que lutam pela erradicação de todas as formas de violência contra as mulheres. (COELHO, 2019) O Conselho Federal de Medicina afirmou que o uso do termo é configurado como agressão contra a medicina com a justificativa de que a expressão causa indignação na especialidade obstétrica em seu Parecer CFM, n. 32 de 2018 (BRASIL, 2018). Então, seguindo a mesma linha de pensamento, no ano de 2019, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro publicou a Resolução n. 293 (Rio de Janeiro, 2019) que tinha como objetivo proibir o(a) médico(a) de acatar qualquer proposta e ou documentos que tinha por finalidade restringir a sua autonomia, inclusive o plano de parto da gestante (BRASIL, 2019).

#### **4.A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Brasil não possui legislação federal específica que tenha por objetivo o combate à violência obstétrica, da mesma forma, também não há nenhuma forma de tratamento com relação à sua tipificação como crime no Código Penal. Entretanto, apesar da omissão do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à proteção da mulher gestante, parturiente ou em estado puerperal, pode ser verificado que essa situação não é completamente absoluta, sendo possível encontrar na legislação esparsa sanções para as práticas abusivas direcionadas às mulheres que se encontram em atendimento obstétrico. (SOUZA, 2021)

Como no ordenamento jurídico brasileiro não há legislação específica que verse sobre a violência obstétrica, essa lacuna jurídica é suprida com a aplicação da legislação geral ou embasada em doutrinas, jurisprudências, tratados, costumes entre outros (ZANON, 2019). Todavia, ainda que haja omissão e mora legislativa federal no que se refere a violência obstétrica, na esfera judicial são aplicadas as normas já existentes que são equivalentes aos danos que foram causados a vítima, com amparo no Código Penal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. No âmbito federal, são utilizadas as Leis nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e nº Lei 11.108/2005 (Lei do Acompanhante). (SOUZA, 2021)

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF), é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o mesmo como um valor moral e inerente a todo ser humano, incluindo as gestantes, puérperas e mulheres em situação de abortamento, portanto, as práticas da violência obstétrica violam um Princípio Constitucional. (AMBROZI, 2016). Os profissionais da saúde que praticarem a violência obstétrica, podem ser responsabilizados tanto na esfera cível quanto na criminal, pois, essas práticas infringem o ordenamento jurídico, sendo assim, são consideradas ilícitas (ZANON, 2019).

O estado de Santa Catarina foi o primeiro a elaborar uma lei que versa sobre a violência obstétrica onde são estabelecidas informações de proteção às mulheres em período gravídico- puerperal. A Lei nº 17.097, foi sancionada em janeiro de 2017, e prevê a divulgação de uma cartilha que elenca todos os tipos de práticas que podem caracterizar a violência obstétrica, como forma de conscientização da mesma, além de mostrar quem são os possíveis agressores (UFRS, 2019). O estado de Minas Gerais sancionou a Lei nº 23.175/2018, que assegura um atendimento humanizado, para que se possa evitar traumas físicos e psicológicos a mulher em estado gravídico- puerperal ou em situação de abortamento (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, 2018).

De acordo com Andreucci (2019) uma alternativa para buscar combater as práticas abusivas que violam os direitos humanos, é a criminalização da violência obstétrica, podendo ser aplicadas punições rigorosas aos profissionais da saúde que a praticarem ou que com ela forem coniventes, por ação ou omissão. Evidentemente houve um avanço legislativo no Brasil, com o objetivo de combater a violência contra as mulheres, nesse sentido, é de competência do Poder Legislativo perceber a gravidade das consequências que a violência obstétrica traz, e criar leis para coibir a prática da mesma (FREITAG, 2018).

No Brasil, atualmente existem alguns projetos de lei em tramitação, quais sejam, o projeto de Lei nº 7.633/2014, PL nº 7.867/2017 e PL nº 8.219/2017. Essas propostas legislativas possuem o mesmo sentido e objetivo de reconhecer a violência obstétrica praticada por profissionais da área da saúde, garantindo os direitos do recém-nascido, da mulher durante o parto e puerpério. Do mesmo modo, os estados criam suas próprias leis

com a finalidade de combater a violência obstétrica, como no caso do estado de Santa Catarina, que instituiu a Lei nº 17.097/2017. (SOUZA, 2021).

O projeto de Lei nº 7.633/14: prescreve a respeito da assistência humanizada à mulher e ao recém-nascido durante o período gravídico-puerperal e estabelece outras providências, uma delas se refere à criminalização da violência obstétrica, prevendo em seu texto a condenação civil e criminal dos profissionais de saúde que praticarem condutas que configure violência obstétrica, e posteriormente a notificação aos Conselhos Regionais de Medicina e de Enfermagem, para encaminhamentos pertinentes e aplicações de sanções administrativas aos profissionais envolvidos. (SILVA; SERRA, 2017).

Já o projeto de Lei 7.867/17/2017: refere-se a métodos para proteção da mulher contra a violência obstétrica, e ainda dispõe sobre a popularização de práticas de atenção a gestante no ciclo-gravídico, parto, abortamento e puerpério. O artigo 3º desta lei, traz a definição de violência obstétrica como atividade praticada por membros da equipe de saúde, podendo ser do hospital ou de terceiros, que não estejam de acordo com as normas que a regulamentam, ou até mesmo atos que ofendam verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas". (BRASIL, 2017). Ainda, o referido projeto de lei prevê a obrigatoriedade da elaboração do plano de parto e estabelece um rol de comportamentos que são proibidos em favor da gestante, que configuram ofensa verbal e física, de forma análoga ao Projeto de Lei nº 7.633/2014. Entre as condutas proibidas, pode-se elencar o tratamento da gestante de modo agressivo, grosseiro e debochador; ironizar ou recriminar a paciente por característica ou ato físico, ou por qualquer que seja seu comportamento, como por exemplo chorar, gritar, ter medo, entre outros; deixar de responder as suas dúvidas e queixas; praticar um tratamento que seja caracterizado como inferior, utilizando nomes infantilizados e diminutivos; incentivar o parto cirúrgico sem que haja uma real necessidade para tal que seja baseada em evidências e que não se esclareça os possíveis riscos para a mãe e o bebê. (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, o projeto de Lei nº 8.219/2017: diz respeito à violência obstétrica cometida por profissionais da saúde contra mulheres em trabalho de parto ou puerpério. Essa proposta de lei se assemelha aos demais projetos em relação a definição e a instituição de condutas que caracterizam a violência obstétrica, e possui quatro artigos. O artigo 2º prevê o conceito da violência obstétrica, que de acordo com o mesmo se caracteriza na "imposição de intervenções danosas à integridade física e psicológica das mulheres nas instituições e por profissionais em que são atendidas, bem como o desrespeito a sua autonomia" (BRASIL, 2017). Contudo, possui uma característica que o diferencia dos demais projetos, é o único que tipifica tais condutas como prática delituosa, estabelecendo pena de detenção e multa. Pode-se observar então que o legislador vê a

violência obstétrica como uma realidade de alta gravidade, aplicando sanções para o descumprimento das condutas elencadas. Neste projeto, estabeleceu-se a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. (BRASIL, 2017).

Apesar da falta de legislação federal específica sobre violência obstétrica, o amparo às vítimas pode ocorrer através do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a dignidade da pessoa humana, pode ocorrer também pelo artigo 186 do Código Civil, que versa sobre a responsabilização civil, e artigo 927, que prescreve a obrigação de reparação de dano causado a outrem; e por último, o amparo pode ser dado pelo artigo 129 do Código Penal, que trata sobre os crimes de lesão corporal, dentre outros. (SPACOV e SILVA, 2019).

A violência obstétrica pode ser enquadrada em condutas estabelecidas pelo Código Penal, sendo importante destacar que as violações, na maioria das vezes, ocorrem por meio de ações que caracterizam a modalidade culposa (artigo 18, II, CP), que decorre da imprudência, negligência ou imperícia praticada pelo agente dando causa ao resultado. Além do mais, em casos de erro médico prevalece a culpa subjetiva da doutrina penal, que ocorre quando o agente não pretende o resultado, e nem mesmo assume o risco de produzi-lo. (BRASIL, 1940). De acordo com Correia-Lima (2012, p. 92): "Erro médico: conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo".

Como meios de proteção dos direitos da mulher em face da violência obstétrica, é utilizado o Código Penal para responsabilizar o agente pela conduta ilícita. O Código Penal em seu artigo 121, parágrafos 3º e 4º, é estabelecido o homicídio culposo, que recai na possibilidade de morte da mulher ou do feto em razão de imperícia, negligência ou imprudência médica, ainda, se a morte ocorrer por inobservância de regra técnica da profissão, a pena poderá ser aumentada; ainda, o artigo 129, parágrafo 1º, inciso IV do mesmo Código, estabelece que acelerar o parto configura crime de lesão corporal de natureza grave; se ocorrer a morte do feto decorrente da aceleração do parto, configura-se então o aborto, sendo considerado crime de lesão corporal de natureza gravíssima. (ZANON; RANGEL, 2019).

Ademais, ainda como meio de proteção em face da violência obstétrica, as condutas podem ser caracterizadas como crimes contra a honra, previstos no artigo 140 do Código Penal, que pode ser caracterizado por comentários maldosos, chacotas, comentários racistas, piadas com duplo sentido, comentários sobre o local de origem da pessoa com objetivo de desmerecer dentre outros tipos de violência psicológica. No mesmo sentido, também é possível a aplicabilidade do artigo 140, parágrafo 3º do mesmo Código no que tange à injúria configurada por elementos que dizem respeito à ofensa à

dignidade ou ao decoro, que podem ser praticadas através de palavras ou expressões referenciadas à raça, cor, etnia, origem ou deficiência da paciente. (BRASIL, 1940).

Entende-se que a aplicação da Lei Maria da Penha é possível nos casos de violência obstétrica considerando o que a referida legislação prescreve: “Art. 5º [...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006), incorporando nesse conceito a violência de gênero uma vez que a violência obstétrica é caracterizada como tal. Além do mais, o artigo 8º, inciso VII da referida lei, determina diretrizes como por exemplo a elaboração de políticas públicas contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres e a capacitação permanente do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação no que se refere às questões de gênero e de raça ou etnia. A Lei Maria da Penha traz considerações no que se refere à erradicação das demais violências e discriminações sofridas pelas mulheres, abrangendo situações de violência obstétrica, embora seja destinada à proteção da mulher em situações de violência doméstica e familiar (NOGUEIRA; SEVERI, 2017).

Contudo, deve-se observar que a Lei Maria da Penha somente poderá ser aplicada caso a violência obstétrica for praticada por alguém da família, não podendo ser aplicada expressamente em casos que a mulher for vítima da violência, pois a referida lei cuida especificamente da violência doméstica e familiar, em que há relações de afeto. Portanto, deve ser considerado que o conceito da violência obstétrica traz a correlação entre médico, equipe médica, hospital e por último a família da gestante, parturiente ou puerpera, entendendo-se que esta não poderia ser aplicada em sua literalidade em casos de violência obstétrica. (NOGUEIRA; SEVERI, 2017).

Por outro lado, a Lei nº 11.108/2005, Lei do Acompanhante, alterou a Lei nº 8.080/1990 em seu artigo 19-J, parágrafos 1º e 2º, que assegura o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato às parturientes, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada. (SOUZA, 2021). Dessa forma, a parturiente possui o direito de indicar o seu acompanhante, podendo ser qualquer pessoa de sua escolha, seja homem ou mulher, parente ou não parente, para que esteja acompanhada de uma pessoa de sua confiança durante todo o trabalho de parto, parto e pós-parto. Dessa maneira, a mulher tem seu direito garantido, podendo ter alguém ao seu lado a quem possa recorrer durante todo o processo do parto, sendo de extrema importância a figura do acompanhante para que possa socorrer a parturiente caso haja necessidade, como em casos de muita dor, desmaios ou situação de perigo de vida para ela ou seu bebê. (BRASIL, 2005).

Apesar de apresentar alto nível de descumprimento, no que concerne à legislação de proteção à mulher no âmbito da obstetrícia, a Lei do Acompanhante é a mais conhecida no Brasil. Contudo, no que se refere a garantia de direitos da gestante, e no efetivo cumprimento da presença de acompanhante, a jurisprudência é pacífica. (SOUZA, 2021) Nesse sentido, em Apelação Cível nº APL: 00020105020158190078, do relator Cezar Augusto Rodrigues Costa, julgamento em 10/12/2019, a Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgou conhecido e provido referida Apelação, reconhecendo o dano moral e o dever de indenizar da Instituição em favor da gestante, pois foi vedado o acesso do acompanhante ao centro obstétrico, o que caracterizou violação do artigo 19-J, da Lei nº 8.080/1990, que foi acrescentado pela Lei nº 11.108/2005 (Lei do Acompanhante), observe a seguir:

Embargos de declaração em apelação cível. Direito civil e processo civil. Sentença de procedência. Ação indenizatória. Serviços de assistência médica pediátrica. Acompanhamento de parto. Vedação de acesso ao centro obstétrico. Violação da lei 11.108/2005. Dano moral. Aplicação do artigo 19-J da Lei 8.080/90 acrescentada pela Lei 11.108/2005, que dispõe sobre a garantia de acompanhante nos partos da rede SUS. Dano moral configurado. Verba indenizatória de R\$5.000,00 (cinco mil reais) para cada embargante, o que não restou claramente consignado no dispositivo da decisão embargada. Conhecimento e provimento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00020105020158190078, Relator: Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa, Data De Julgamento: 10/12/2019, Oitava Câmara Cível). (RIO DE JANEIRO, 2015)

Com isso, constata-se que o direito ao acompanhante atinge todas as mulheres tanto no setor público quanto no privado.

Destarte, atualmente a vítima de violência deverá utilizar os mecanismos das legislações esparsas, que são elas, o Código Civil, Código Penal, Código de Defesa do Consumidor, Lei 11.108/05 (Lei do Acompanhante), Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e também as leis estaduais, como por exemplo o caso do estado de Santa Catarina que foi o estado pioneiro na elaboração de legislação específica com enfoque especificamente na violência obstétrica, intitulada na Lei nº 17.097/17, contudo, possui validade apenas para o território catarinense. (SOUZA, 2021). Portanto, a ausência de tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro, acarreta inúmeras consequências tanto para a vítima quanto para o Estado, visto que o Estado que possui o dever de proteger o povo, além de facilitar o combate e prevenção da violência obstétrica, sendo necessária sua tipificação penal. (VASCONCELLOS, 2022)

## 5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que no Brasil, atualmente não há legislação federal específica que aborde a violência obstétrica, muito embora, estados como, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Santa Catarina já sancionaram leis que versam sobre o tema com os objetivos de combater a violência obstétrica, estabelecer informações de proteção as mulheres em período gravídico- puerperal, e assegurar um atendimento humanizado, para que se possa evitar traumas físicos e psicológicos a mulher em estado gravídico- puerperal ou em situação de abortamento. Apesar de ainda não haver legislação federal sancionada, há projetos de lei em tramitação que dispõe sobre a violência obstétrica e possuem os mesmos objetivos, que é reconhecer a violência obstétrica praticada por profissionais da área da saúde, garantindo os direitos do recém-nascido, da mulher durante o parto e puerpério.

Em análise ao direito comparado, aponta-se que alguns países que compõem a América Latina já possuem legislação específica que aborda a violência obstétrica, são esses, Argentina, Venezuela e Suriname, sendo os primeiros países latino-americanos a promulgar leis que reconhecem a violência, contudo, ainda há artigos que não foram devidamente regulamentados e também, não explicita quais são as penalidades instituídas às instituições e aos profissionais da saúde que praticam a violência obstétrica. Outros países da América Latina como, Brasil, Bolívia, México, Panamá e El Salvador possuem apenas legislação estadual que reconhecem a violência obstétrica, o que demonstra ser um grande passo no reconhecimento deste termo que vem sendo cada mais utilizado e reconhecido pelo mundo, sendo de extrema importância para caracterização de más condutas que podem configurar outro tipo de crime.

A responsabilidade penal em virtude da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro, encontra respaldo no Código Penal em seu artigo 121, parágrafos 3º e 4º, que recai na possibilidade de morte da mulher ou do feto em razão de imperícia, negligência ou imprudência médica, ainda, se a morte ocorrer por inobservância de regra técnica da profissão, a pena poderá ser aumentada; também poderá configurar crime de lesão corporal, estabelecido no artigo 129 do mesmo Código, em caso de ocorrer a morte do feto, configura-se então o aborto, sendo considerado crime de lesão corporal de natureza gravíssima. Ademais, ainda como meio de proteção em face da violência obstétrica, as condutas podem ser caracterizadas como crimes contra a honra, previstos no artigo 140 do Código Penal. O ordenamento jurídico brasileiro conta também com a Lei nº 11.108/2005, denominada como Lei do Acompanhante, que assegura o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós- parto imediato às parturientes.

Por fim, foi possível detectar que apesar da omissão legislativa quanto à violência obstétrica, os direitos da mulher durante a gestação, o trabalho de parto, parto, pós-parto

e puerpério, são resguardados pela aplicação do Código Penal para os aspectos acima citados, pelo Código Civil quando se tratar de responsabilidade civil do médico e demais agentes de saúde, e também pela Lei nº 11.108/2005 que estabelece o direito ao acompanhante durante todo o processo do parto.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Projeto Parto Adequado**. Disponível em: <https://bit.ly/2IEe0Dc> .

Aguiar, Janaína Marques de et al. **Violência institucional, direitos humanos e autoridade tecno-científica: a complexa situação de parto para as mulheres**. Interface - Comunicação, Saúde, Educação [online]. 2020, v. 24 [Acessado 7 Novembro 2022] , e200231. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/Interface.200231>>. Epub 17 Ago 2020. ISSN 1807-5762.<https://doi.org/10.1590/Interface.200231>.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **A violência obstétrica no Brasil**. Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-violencia-obstetrica-no-brasil>. Publicado em 23/05/2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Violencia obstétrica en contextos de crisis de salud**. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2P1BdhG> .

ARGENTINA. **Ley nº 26.485, de 11 de março de 2009**. Ley de protección integral paraprevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ley de Protección Integral A Las Mujeres. Argentina, 1 abr. 2009.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Lei nº 23.175/2018, de 21 de dezembro de 2018**. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/;PORTAL\\_SESSIONID=CBF93978D814FC47901EAB2300326414.worker1](https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/;PORTAL_SESSIONID=CBF93978D814FC47901EAB2300326414.worker1).

**ASSOCIAÇÃO ARTEMIS**. Sobre a ONG. Disponível em: <https://bit.ly/2HeBO9x> .

BRASIL. Agência Nacional da Saúde. **ANS publica resolução para estimular partonormal na saúde suplementar**. 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticiasans/consumidor/2718-ministerio-da-saude-e-ans-publicam-resolucao-para-estimular-partonormal-na-saude-suplementar>

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução n. 293, de 2019. Rio de Janeiro, 2019**. Disponível em: <https://www.cremerj.org.br/>

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. **Lei n. 11.108, de 07 de abril de 2005.** Brasília, DF: Vice-Presidente da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm).

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.633, de 27 de maio de 2014.** Brasília, DF: Deputado Federal Jean Wyllis, [2014]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.867, de 13 de junho de 2017.** Brasília, DF: Deputada Federal Jô Moraes, [2017a]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1568996&filenam e=PL+7867/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1568996&filenam e=PL+7867/2017).

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.219, de 10 de julho de 2017.** Brasília, DF: Deputado Federal Franciso Floriano, [2017b]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>.

CARVALHO, A. S. et al. **Violência obstétrica: a ótica sobre os princípios bioéticos e direitos das mulheres.** Brazilian Journal Of Surgery And Clinical Research - Bjsr. Online, p. 52- 58. mar-mai. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2KT3i5B>.

CEPAL. **Países da região aprovam o Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento.** 2013. Disponível em: <https://bit.ly/31OKvPP>

COELHO, Mainara Gomes Cândida. **Violência obstétrica: uma violação aos direitos humanos das mulheres.** 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/715064/0/E-book+livro+4/ecfd98fe-0f17-9530-8f03-2b5217890be7>

Conselho Nacional de Justiça. **CNJ publica dados sobre violência contra a mulher no judiciário.** 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario>.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

p. 92. E-book. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/errormedicoresponsabilidadecivil.pdf>.

DINIZ, Carmen Simone Grilo e CHACHAM, Alessandra S. **O corte por cima e o corte por baixo: o abuso de cesáreas e episiotomias em São Pau.** Questões de Saúde Reprodutiva, v. 1, n. 1, p. 80-91, 2006Tradução . . Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/307211773\\_O\\_corte\\_por\\_cima\\_e\\_o\\_corte\\_por\\_baix\\_o\\_o\\_abuso\\_de\\_cesareas\\_e\\_episiotomias\\_em\\_Sao\\_Paulo](https://www.researchgate.net/publication/307211773_O_corte_por_cima_e_o_corte_por_baix_o_o_abuso_de_cesareas_e_episiotomias_em_Sao_Paulo). Acesso em: 13 dez. 2022.

FREITAG, Renata da Silva. **Violência obstétrica como violência de gênero: como indenizar a vítima? Universidade Católica do Paraná - Artigo de Conclusão de Curso.** Disponível em: < <https://renatafreitag.jusbrasil.com.br/artigos/585710533/violencia- obstetrica-como-violencia-de-genero-como-indenizar-a-vitima>>.

Publicado em 05/06/2018.

Guimarães LBE, Jonas E, Amaral LROG. **Violência obstétrica em maternidades públicasdo Estado do Tocantins.** Revista Estudos Feministas. Florianópolis; 2018, 26 (1): 1-11. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/43278/36301>.

LEAL, M. do C. et al. **Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual.** Cadernos de Saúde Pública, Online, v. 30, n. 1, p.17-32, ago. 2014. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://bit.ly/2KXkN4G> .

MARQUES, T. A. S. **A violência obstétrica no brasil intervenções médicas que violam odireito da mulher.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1402>

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde fará monitoramento online de partoscesáreos no país.** 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Z1PrE7> .

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. **Violencia de género: qué es la CONSAVIG.** Disponível em: <https://bit.ly/1nSsowN> .

MIRA QUE TE MIRO. **Informe del monitoreo social de 1 los compromisos en derechossexuales y derechos reproductivos del consenso de Montevideo.** Nova York, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2KGUeSD> .

Nazário L, Hammarstron FFB. **Os direitos da parturiente no caso de violência obstétrica.**XVII Seminário Internacional de Educação no Mercosul. Cruz Alta, RS: UNICRUZ, 2015. Disponível em:

<https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015>.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. **O Tratamento Jurisprudencial da Violência Obstétrica nos Tribunais de Justiça da região sudeste.** In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11., 2017, Florianópolis. Anais Eletrônicos [...]. Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em:

[http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1518015798\\_ARQUIVO\\_NO](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1518015798_ARQUIVO_NO)

GUEIRA, Beatriz; SEVERI, Fabiana. *O tratamento jurisprudencial da violência obstétrica nos Tribunais de Justiça da região Sudeste.pdf.*

Oliveira, Virgínia Junqueira e Penna, Cláudia Maria de Mattos. **O DISCURSO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA VOZ DAS MULHERES E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE.** Texto & Contexto - Enfermagem [online]. 2017, v. 26, n. 02 [Acessado 13 Dezembro 2022], e06500015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-07072017006500015>>. Epub 03 Jul 2017. ISSN 1980-265X.  
<https://doi.org/10.1590/0104-07072017006500015>.

PASCHE, D. F.; VILELA, M. E. DE A.; MARTINS, C. P. Humanização da atenção ao parto e nascimento no Brasil: pressupostos para uma nova ética na gestão e no cuidado. **Tempus – Actas de Saúde Coletiva**, v. 4, n. 4, p. pag.105-117, 29 dez. 2010. Disponível em: <https://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/838>.

PASSOS, Geycielle Batista Dias dos. **Violência obstétrica: comparativo entre os países da América do sul com o Brasil.** 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14230>.

PERES, Jade S. L. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A necessidade da criação de leis específicas que protejam a mulher no momento da gestação e parto.** 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1512>

Pulhez MM. **A violência obstétrica e as disputas em torno dos direitos sexuais e reprodutivos.** Seminário Internacional Fazendo Gênero 10. Florianópolis, 2013. Disponível em: <http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais>.

Rattner, D. (2009). **Humanização na atenção a nascimentos e partos: breve referencial teórico.** *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, 13(1), 595-602. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?lang=pt>

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Rede. **Violência obstétrica: “Parirás com dor”**.

2012. Disponível em:

[https://docs.wixstatic.com/ugd/2a51ae\\_6f70af0dbb714e0894a5f84d96318a3f.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/2a51ae_6f70af0dbb714e0894a5f84d96318a3f.pdf).

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 00020105020158190078**.

Embargos de declaração em apelação cível. Direito civil e processo civil. Sentença de procedência. Ação indenizatória. Serviços de assistência médica pediátrica.

Acompanhamento de parto. Vedação de acesso ao centro obstétrico. Violação da lei 11.108/2005. Dano moral. [...]. Relator: Des(a). Cezar Augusto Rodrigues Costa. Rio de Janeiro. 10 dez. 2019. Disponível em: [https://tj-](https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794916758/apelacao-apl20105020158190078)

[rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794916758/apelacao-apl20105020158190078](https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794916758/apelacao-apl20105020158190078).

SANFELICE, C. F. DE O.; ABBUD, F. DE S. F.; PREGNOLATTO, O. S.; DA SILVA, M.G.; SHIMO, A. K. K. Do parto institucionalizado ao parto domiciliar. **Rev Rene**, v. 15, n. 2, 16 Jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/rene/article/view/3170>.

SAUAIA ASS, SERRA MCM. **Uma dor além do parto: violência obstétrica em foco**.

Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Brasília; 2016, 2 (1): 128-147. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1076/0>.

E SILVA, Artenira da Silva; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. **Violência obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos acórdãos do STF e STJ** / Obstetric violence in Brazil: an approach considering the STF and STJ judgments. REVISTA QUAESTIO IURIS, [S.l.], v. 10, n. 4, p. 2430-2457, out. 2017. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28458>.

SOARES, C. S; BASANI, A. B. **Violência Obstétrica**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 12, Vol. 01, pp. 53-79, dez, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/31JKb4O>

SOUSA V. **Violência obstétrica: nota técnica: considerações sobre a violação de direitos humanos das mulheres no parto: puerpério e abortamento**. São Paulo: Artemis, 2015.

SOUZA, FLÁVIA Guimarães de. **Reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro e no Estado de Santa Catarina**. Monografia. 2021. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13997>

SPACOV, LARA VIEIRA, SILVA, DIOGO SEVERINO RAMOS. **Violência Obstétrica: Um olhar jurídico desta problemática no Brasil**. Derecho y Cambio Social. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home>. Publicado em 01/01/2019.

TORNQUIST, CARMEN SUSANA. **ARMADILHAS DA NOVA ERA: natureza e maternidade no ideário da humanização do parto.** Revista Estudos Feministas [online].2002, v. 10, n. 2 [Acessado 13 Dezembro 2022], pp. 483-492. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000200016>

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRS. **As faces da violência obstétrica.** Jornalismo Digital. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/inicial>.

VASCONCELLOS, GABRIELA SOUSA. **Violência obstétrica e a responsabilidade criminal no Brasil.** Trabalho de Conclusão de Curso. 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/3999>

ZANARDO, GABRIELA LEMOS DE PINHO et al. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA REVISÃO NARRATIVA.** Psicologia & Sociedade [online]. 2017, v. 29,e155043. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29155043>

ZANON, LEONARA DE OLIVEIRA; RANGEL, TAUÃ LIMA VERDAN. **Análise jurídica da violência obstétrica como instrumento de conformação e Dominação do feminino.** Jornal Jurid. São Paulo, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/analisejuridica-da-violencia-obstetrica-como-instrumento-de-conformacao-e-dominacao-dofeminino>.

## **ARQUITETURA HOSTIL, LEI PADRE JÚLIO LANCELOTTI E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AOS ESPAÇOS PÚBLICOS PELAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA**

**MAYRA CARVALHO TORRES SEIXAS:**  
Bacharela em Direito pela Fundação  
Universidade Federal de Rondônia.<sup>27</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como intuito analisar as alterações promovidas no Estatuto da Cidade pela Lei Padre Júlio Lancelotti, promulgada em 2022 com o intuito de coibir a construção de arquitetura hostil nas cidades brasileiras, práticas estas destinadas a impedir o acesso das pessoas em situação de rua a logradouros públicos.

**Palavras-chave:** Cidade. Arquitetura hostil. Pessoas em situação de rua. Cidadania. Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the changes promoted in the City Statute by the Law Padre Júlio Lancelotti, enacted in 2022 with the intention of restrain the construction of hostile architecture in Brazilian cities, practices that are intended to prevent access by people in a street situation to public places.

**Keywords:** City. Hostile architecture. Street people. Citizenship. Human Dignity.

### **1 INTRODUÇÃO**

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, incisos I e II, garante aos cidadãos brasileiros o direito a cidades sustentáveis, estabelecendo que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

O direito à cidade é, portanto, um direito difuso e coletivo, de que são titulares todos os habitantes da cidade, e deve ser interpretado a partir da promoção dos direitos humanos e dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Considerando o acelerado crescimento dos núcleos urbanos no último século, evidenciam-se diversas questões de grande complexidade, no que se refere ao acesso de grupos específicos de pessoas à uma via digna.

Nesse contexto, os idosos, as pessoas com deficiência e as pessoas em situação de rua necessitam da atenção do Poder Público, no sentido de garantir a acessibilidade e utilização isonômica das edificações urbanas.

---

<sup>27</sup> E-mail: mayractorres@hotmail.com

No que se refere especialmente à população em situação de rua, dado o relevante crescimento dessa população nos últimos anos, verificou-se a utilização de arquitetura hostil, com a finalidade de afastar essas pessoas dos logradouros públicos.

Com a finalidade de impedir tais práticas, a Lei n. 14.489/2022 alterou o Estatuto da Cidade para prever a proibição do emprego de arquitetura hostil.

O presente trabalho tem como objetivo, desta feita, analisar a proposição legislativa e apresentar dados atuais acerca da realidade brasileira no que concerne ao quantitativo de pessoas em situação de rua.

## **2 PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A REALIDADE BRASILEIRA SEGUNDO DADOS DO IPEA**

Nos termos do Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009, considera-se população em situação de rua:

“(...) o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória”.

Vê-se, portanto, que a população em situação de rua é caracterizada pela heterogeneidade, sendo inúmeras as causas que levam uma pessoa a fazer dos logradouros públicos seu local de moradia regular ou temporário.

O Decreto n. 7.053/2009 instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos e, em seu artigo 5º, estabeleceu a necessidade de observância dos seguintes princípios: dignidade da pessoa humana, direito à convivência familiar e comunitária, respeito à vida e cidadania, atendimento humanizado e universalizado e respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Segundo dados do IPEA, a população em situação de rua cresceu 38% entre 2019 e 2022, atingindo 281.472 pessoas, demonstrando-se que, em uma década (2012 e 2022), o crescimento desse segmento da população foi de 211%.

A Nota Técnica n. 10328, emitida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a estimativa da população em situação de rua no Brasil, destaca, inicialmente, que o Brasil não conta com dados oficiais sobre o número de pessoas em situação de rua.

Assim, em que pese a instituição de contagem oficial desse segmento estar prevista na Política Nacional para a População em Situação de Rua, tanto o Censo Demográfico de 2010 quanto o de 2022 seguiram o método tradicional de contagem, computando apenas a população domiciliada.

Não obstante as dificuldades observadas na obtenção de dados fidedignos dos números de pessoas em situação de rua, o IPEA consolidou as informações fornecidas pelas prefeituras e os registros no CadÚnico, pelo que foi possível estabelecer uma estatística e publicação dos dados.

Conforme se observa das tabelas a seguir, retiradas da Nota Técnica n. 103, do IPEA, o número de pessoas em situação de rua saltou de 90.480 em 2012 para 281.742 em 2022, havendo registro de 18.532 pessoas em situação de rua na região Norte do Brasil e 151.030 na região Sudeste.

**TABELA 6**  
**Número de pessoas em situação de rua no Brasil (2012-2022)**

Ano	População em situação de rua estimada
2012	90.480
2013	96.246
2014	106.650
2015	123.104
2016	138.785
2017	160.614
2018	184.749
2019	204.660
2020	214.451
2021	232.147
2022	281.472

Fonte: IBGE (2015); Ipea (2015); Brasil (2022a; 2022b; 2022c; 2022d).  
Elaboração do autor.

28 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Nota Técnica n. 103 – Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil (2012-2022). Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/4/NT\\_103\\_Disoc\\_Estimativa\\_da\\_Populacao.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/4/NT_103_Disoc_Estimativa_da_Populacao.pdf). Acesso em 21/03/2023.

**TABELA 7**  
**Número de pessoas em situação de rua por Grande Região (2012-2022)**

Ano	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	Brasil
2012	3.147	16.088	46.702	15.928	8.615	90.480
2013	3.290	17.062	50.576	16.423	8.895	96.246
2014	3.656	17.804	57.482	17.859	9.850	106.650
2015	4.089	24.754	63.914	19.544	10.803	123.104
2016	4.622	27.698	74.197	21.957	10.313	138.785
2017	5.674	26.590	89.173	27.296	11.881	160.614
2018	7.826	29.827	99.796	32.975	14.325	184.749
2019	8.002	34.705	114.413	32.731	14.809	204.660
2020	9.404	35.721	120.104	34.809	14.413	214.451
2021	17.695	43.723	122.255	32.562	15.912	232.147
2022	18.532	53.525	151.030	39.178	19.207	281.472

Fonte: IBGE (2015); Ipea (2015); Brasil (2022a; 2022b; 2022c; 2022d).  
Elaboração do autor.

É certo que o considerável aumento do quantitativo de pessoas em situação de rua, nos últimos anos, representa desafio ao Poder Público, uma vez que se exige a execução de políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda a essas pessoas.

Revela-se necessária, ainda, a atuação conjunta e concertada de diversos órgãos públicos, a fim de propiciar o acesso aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a esse grupo vulnerável.

Nesse contexto, o Ministério Público e as Defensorias Públicas possuem importante participação na tutela individual e coletiva dos direitos das pessoas em situação de rua, sendo legitimados a atuar extrajudicialmente ou mesmo mediante ações civis públicas ou ações individuais na busca da concretização de uma vida digna a esse segmento populacional.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado de Rondônia, por exemplo, foi criado o “Programa de Apoio à população em situação de rua”, coordenado pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e da Coletividade”, e conta com a parceria de entidades do terceiro setor.

Segundo informações extraídas do sítio eletrônico da DPE/RO29, o objetivo do programa é promover o atendimento permanente e itinerante das pessoas em situação de rua, grupo que experimenta alta vulnerabilidade.

Assim, valendo-se da prerrogativa de requisição e com base no Provimento n. 46/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a Defensoria solicita segunda via de certidões de assento de nascimento de pessoas em situação de rua, como uma das medidas executadas no programa.

Tais elementos corroboram a importância do poder de requisição da Defensoria Pública, considerando constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 6852.

Por ocasião do referido julgamento, o STF considerou que a concessão de tal prerrogativa à Defensoria Pública constitui verdadeira expressão do princípio da isonomia e instrumento de acesso à justiça, a viabilizar a prestação de assistência jurídica integral e efetiva.

Feitos tais esclarecimentos iniciais, passa-se à análise da denominada arquitetura hostil e das alterações promovidas pela Lei Padre Júlio Lancelotti.

## **2.1 ARQUITETURA HOSTIL E A LEI PADRE JÚLIO LANCELOTTI**

Afora as boas práticas conduzidas pelo Poder Público ou mesmo por organizações da sociedade civil, em atenção à Polícia Nacional para a População em Situação de Rua, a Prefeitura de São Paulo promoveu intervenções no espaço urbano, como a construção de blocos de concreto embaixo de viadutos, a fim de afastar de tais locais públicos as pessoas em situação de rua.

Convencionou-se chamar de arquitetura hostil esse conjunto de dispositivos construtivos que têm como objetivo impedir a permanência de pessoas em bancos de praças, espaços residuais em fachadas e demais áreas livres do espaço público.

A decisão da Prefeitura de São Paulo de realizar tais intervenções arquitetônicas foi muito criticada e o clamor social resultou na edição da Lei n. 14.489/2022, denominada Lei Padre Júlio Lancelotti.

Referido diploma legal inseriu o inciso XX ao artigo 2º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), com a seguinte redação:

---

29 <https://www.defensoria.ro.def.br/programa-de-apoio-a-populacao-de-rua/>

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

XX - promoção de conforto, abrigo, descanso, bem-estar e acessibilidade na fruição dos espaços livres de uso público, de seu mobiliário e de suas interfaces com os espaços de uso privado, vedado o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua, idosos, jovens e outros segmentos da população.

A Lei n. 10.257/2011, que estabelece diretrizes gerais de política urbana, passa a contar com dispositivo que inclui como diretriz da política urbana o abrigo e o acesso aos espaços de uso público, estando vedado o emprego de materiais, estruturas, equipamentos e técnicas construtivas hostis que tenham como objetivo ou resultado o afastamento de pessoas em situação de rua.

O texto da lei em apreço havia sido vetado integralmente pela Presidência da República, sob o argumento de que a proposição legislativa poderia interferir na função de planejamento e de governança locais da política urbana ao definir as características e as condições a serem observadas para a instalação física de equipamentos e de mobiliários urbanos.

Com a derrubada do veto pelo Congresso Nacional, a Lei n. 14.489/2022 entrou em vigor em 22/12/2022.

Reveste-se de grande importância a alteração legislativa, para fins de impedir que o Poder Público realize intervenções com o propósito de restringir o acesso às pessoas em situação de rua, grupo vulnerável por razões das mais diversas.

Além disso, vislumbra-se um efeito pedagógico para a população em geral, ante a necessidade de que as pessoas em situação de rua sejam acolhidas pela comunidade.

Não se pode conceber a adoção de condutas tais que perpetuem a segregação e a invisibilidade de segmentos sociais já marginalizados. No ponto, a Nota Técnica n. 103, do IPEA, registra que o histórico de tratamento da população em situação de rua pelo Estado Brasileiro é marcado pela repressão e invisibilização desse segmento.

Para ilustrar tal argumento, o documento destaca que:

O histórico de tratamento da população em situação de rua pelo Estado brasileiro é marcado pela repressão e invisibilização desse segmento. Uma semana após a abolição da escravatura, o Ministério da Justiça enviou um projeto de repressão à ociosidade, buscando reprimir a circulação dos outrora escravizados pelo espaço urbano. Como aponta Chalhoub (1983, p.55), esse projeto foi votado quase que unanimemente pela Câmara, sendo saudado como “de salvação pública (...) exatamente porque tinha como objeto principal a população nacional, ou seja, o liberto”. Tanto o Código Criminal de 1830 quanto o Código Penal de 1890 e a Lei de Contravenções Penais de 1941 estipulavam penas para a “vadiagem”. Embora essa legislação possa parecer distante no tempo, na verdade, o artigo da Lei de Contravenções Penais de 1941 que trata da mendicância “por ociosidade ou cupidez” só foi revogado em 2009.

Como se observa, a legislação criminal brasileira, até pouco tempo atrás, com resquícios da aplicação do direito penal do autor, punia o cidadão pelo simples fato de se encontrar em situação de vulnerabilidade, prevendo como contravenção penal a conduta de “Mendigar, por ociosidade ou cupidez”.

No que tange à aplicação da lei penal às pessoas em situação de rua, importa registrar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n. 772380/SP.

Na ocasião, restou consignada a necessidade de se avaliar, quando da decretação da prisão preventiva de pessoas em situação de rua, além dos requisitos legais previstos no Código de Processo Penal, as recomendações da Resolução n. 425, do CNJ e, no caso de aplicação de medidas cautelares alternativas, que se opte por aquela que melhor se adequa a realidade da pessoa em situação de rua.

Tais considerações devem partir, segundo o STJ, de uma análise da hipossuficiência e vulnerabilidade dessas pessoas, bem como deve-se adotar a medida de maneira proporcional diante do contexto e trajetória de vida e das possibilidades de cumprimento.

A decisão destacou, ainda, que

“A questão referente a pessoas em situação de rua é complexa, demanda atuação conjunta e intersetorial, e o cárcere, em situações como a que se apresenta nos autos, não se mostra como solução adequada. Cabe aos membros do Poder Judiciário, ainda que atuantes somente no âmbito criminal, um olhar atento a questões sociais atinentes aos réus em situação de rua, com vistas à adoção de

medidas pautadas sempre no princípio da legalidade, mas sem reforçar a invisibilidade desse grupo populacional”.

Ora, no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação de prisões cautelares é excepcional, sendo imprescindível o preenchimento dos requisitos legais e, também, que não sejam cabíveis medidas alternativas à prisão. Sendo assim, com mais razão ainda deve o magistrado avaliar, em cada caso concreto, a real necessidade de segregação de uma pessoa em situação de rua, tendo em vista que o descumprimento de medidas alternativas pode ser prejudicado pelo próprio estilo de vida, não sendo razoável a conversão automática em prisão preventiva.

Acerca do tema, o relator do HC, Ministro Rogério Schietti Cruz salientou, além da Resolução n. 425, do CNJ, o teor do Guia de Atuação Ministerial elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, segundo o qual os membros do Ministério Público da União e dos Estados devem "zelar pela incoerência de prisões arbitrárias ou medidas de restrição à liberdade baseadas em estigmas negativos e preconceitos sociais, tais como as prisões para averiguações".

Saliente-se, ainda, que tramita no Supremo Tribunal Federal, a ADPF n. 976, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que tem como objeto pedido de declaração do estado de coisas inconstitucional da conjuntura dessas pessoas em situação de rua.

De todo o exposto é possível extrair que a questão da população em situação de rua tem exigido uma postura proativa dos operadores do direito, mediante a atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, mediante resoluções, programas e projetos tendo como objeto a solução dos problemas enfrentados por este segmento populacional.

No mesmo sentido a proposta legislativa convertida em lei demonstra a preocupação do Poder Legislativo em regular a situação desse grupo vulnerável, que merece sejam respeitados seus direitos fundamentais.

### **3 CONCLUSÃO**

A partir dos elementos apresentados no presente artigo, é possível concluir que a Lei n. 14.489/2022, conhecida como Lei Padre Júlio Lancelotti, promoveu importante alteração no Estatuto da Cidade, para o fim de positivar a proibição da utilização de arquitetura hostil pelas Prefeituras.

Demonstrou-se, ademais, o relevante aumento da população em situação de rua, que ultrapassa 280.000 pessoas no ano de 2022, acarretando a necessidade de

acompanhamento pelas gestões municipais e pelos demais entes federativos, pois se revestem de importância as políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais desse segmento populacional.

Não se pode admitir que a legislação brasileira e as decisões políticas retrocedam no sentido de negar a essas pessoas direitos mínimos como o de livre acesso aos espaços públicos, aumentando sobremaneira o estado de vulnerabilidade experimentado pela população em situação de rua.

O direito à cidade é direito difuso e coletivo e, como tal, deve ser atribuído a todos os seus habitantes, vedando-se práticas segregacionistas e que exacerbem o estado de invisibilidade da população heterogênea que faz dos logradouros públicos sua habitação permanente ou temporária.

Restou evidente, ademais, a importante atuação de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, pois são legitimados a atuar, tanto por meio de ações judiciais quanto extrajudicialmente, fazendo uso de seu poder de requisição, para tutela dos direitos fundamentais e humanos dessa população.

Por fim, registre-se que a sociedade brasileira deve somar esforços ao Poder Público, no sentido de acolher as pessoas em situação de rua, e evitar que se tornem invisíveis e excluídas da cidade, que deve atender, nos termos do Estatuto da Cidade, sua função social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 7.053, de 23/12/2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm). Acesso em 21/03/2023.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10/07/2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em 21/03/2023.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Nota Técnica n. 103 – Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil (2012-2022). Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/4/NT\\_103\\_Disoc\\_Estimativa\\_da\\_Populacao.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11604/4/NT_103_Disoc_Estimativa_da_Populacao.pdf). Acesso em 21/03/2023.

IPEA. População em situação de rua supera 281,4 mil pessoas no Brasil. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13457->

[populacao-em-situacao-de-rua-supera-281-4-mil-pessoas-no-brasil](#). Acesso em 21/03/2023.

OLIVEIRA, NELSON. "Arquitetura hostil", a face mais cruel das cidades brasileiras. Mobilize Brasil. Disponível em: <https://www.mobilize.org.br/noticias/12757/arquitetura-hostil-a-face-mais-cruel-das-cidades-brasileiras.html?gclid=CjwKCAjwq-WgBhBMEiwAzKSH6PfPwLWmP7bGTksjB8PfYrMIFhGDJEgFsmeCePxS3RJtYTI81AlyBoCnKAQAvD BwE>. Acesso em 21/03/2023.

SAYURI, Juliana. O que é arquitetura hostil. E quais suas implicações no Brasil. Nexo Jornal. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/02/03/O-que-%C3%A9-arquitetura-hostil.-E-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es-no-Brasil>. Acesso em 21/03/2023.

## ITBI NA INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEIS AO PATRIMÔNIO DE PESSOAS JURÍDICAS

**YASMIN DA SILVA BITENCOURT:**

Mestranda em Direito, com ênfase em Direito Tributário (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário. Advogada<sup>30</sup>.

**RESUMO:** O Imposto de Transmissão de Bens *Inter Vivos* – ITBI é um imposto de competência dos Municípios e é devido sobre a transmissão “*inter vivos*” de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis. Possui previsão constitucional no art. 156, inciso II da CF/88. Ao tratar sobre o tema em análise, o constituinte originário optou pela não incidência do ITBI na “transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital [...]”, nos exatos termos do art. 156, § 2º, I da CF/88. O objetivo do constituinte originário ao elencar as situações que seriam imunes a tributação foi justamente proteger valores considerados relevantes para o desenvolvimento da sociedade, de modo a incentivar determinadas ações através da desoneração tributária de pessoas, bens e situações cujas condições implicam a necessidade de maior proteção, sendo certo que a interpretação de dispositivos imunizantes deve ser feita de forma extensiva e teleológica, de modo a respeitar o que determina a carga magna de modo que sobre a diferença do valor dos bens imóveis que supere o capital subscrito a ser integralizado, não deveria, nos termos da CF/88, incidir a tributação do ITBI.

**Palavras-chave:** ITBI. Integralização do Capital Social. Imunidade Tributária.

**Abstract:** The Inter-Vivos Real State Property Transfer Tax - ITBI is a tax that is in the responsibility of the Municipalities and is due to the “*inter vivos*” transmission of real property and real rights over real property, having constitutional provision in art. 156, item II of CF/88. When dealing with the subject under analysis, the original constituent chose the not to charge the ITBI upon the “Paragraph 2. The tax set forth in item II: I – shall not be levied on the transfer of goods or rights incorporated into the assets of a corporate body to pay up its capital, [...]”, in the exact terms of art. 156, § 2, I of CF/88. The objective of the original constituent, when listing the situations that would be immune from taxation, was precisely to protect values considered relevant for the development of society, in order to encourage certain behaviors through the tax relief of people, goods and situations whose conditions imply the need for greater protection, being certain that the interpretation of immunizing rules must be done in an extensive and teleological way, in order to respect what determines the CF/88 so that on the difference in the value of the

---

<sup>30</sup> E-mail: [Yasmin\\_bittencourt@hotmail.com](mailto:Yasmin_bittencourt@hotmail.com)

real estate that exceeds the subscribed capital to be paid in, it should not, under the terms of CF/88, be subject to ITBI taxation.

**Keywords:** ITBI. Payment of company capital. Tributary Immunity.

## 1. INTRODUÇÃO

O Imposto de Transmissão de Bens “Inter Vivos” – ITBI, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em 1809 chamado, há época, de Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis. Sua previsão constitucional está descrita no art. 156 da CF, que assim dispõe:

*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*

*[...]*

*II – transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição*

*[...].*

Os tributos são detentores de “alto poder de interferência nas relações em sociedade, podendo dificultar, estimular, ou até mesmo impedir certa atividade ou sua prática”<sup>31</sup>.

O objetivo do constituinte originário ao elencar as situações que seriam imunes a tributação foi justamente proteger valores considerados relevantes para o desenvolvimento da sociedade, de modo a incentivar determinadas ações através da desoneração tributária de pessoas, bens e situações cujas condições implicam a necessidade de maior proteção.

Assim, por exemplo, ao dispor sobre a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da CF/88, o constituinte originário buscou proteger o princípio federativo e a isonomia entre os entes, de modo que não seja possível a interferência de um ente na esfera do outro por meio da cobrança de impostos.

Outro exemplo é imunidade dos templos de qualquer culto, prevista no art. 150, VI, b, da CF/88. Neste caso, por ser o Brasil um Estado laico, o constituinte originário buscou

---

31 JESUS, Isabela Bonfá de. Manual de Direito Tributário. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

proteger a liberdade de consciência e de crença, bem como o livre exercício dos cultos religiosos, na medida em que busca impedir que sejam criados embaraços ao livre exercício da atividade religiosa por meio da cobrança de tributos.

No âmbito empresarial, ao imunizar a operação de transmissão de imóveis destinados à integralização do capital social de pessoa jurídica, a finalidade constitucional foi justamente *“facilitar a capitalização e, assim, fomentar o desenvolvimento econômico nacional”*<sup>32</sup>.

A noma constitucional imunizante não traz nenhuma restrição em relação a incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica – e por esta razão – a imunidade não se restringe ao pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito, apenas.

Logo, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, não deveria, nos termos da CF/88, incidir a tributação pelo ITBI. Entretanto, este não foi o entendimento da Suprema Corte Brasileira ao julgar o RE 796.376 (tema 796).

Com a máxima vênia, ressalvada a exceção constitucional no caso de preponderância imobiliária, a CF/88 imunizou o ato de integralização de bens ao patrimônio da empresa, sendo irrelevante a alocação do capital - seja em quotas sociais ou em reserva de capital, estará albergada pela norma imunizante - sendo necessário apenas que os bens e direitos transferidos integrem o patrimônio da empresa, pois somente desta maneira o objetivo disposto no comando constitucional – viabilizar a captação das empresas e o desenvolvimento econômico – estará sendo respeitado.

## 2. IMUNIDADES

Analogia construída por Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello considera que o sistema jurídico assemelha-se a um vasto edifício, que se ergue a partir da combinação de vários elementos sendo que os princípios constituiriam o seu alicerce, a sua viga mestra. Ora, se este ruir, nada sobrar. O princípio jurídico é, portanto, o “alicerce”, a “viga mestra” do ordenamento jurídico.

É firme a convicção sobre a irrefutável importância dos princípios para criação e aplicação das leis. Nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre

---

32 DE CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues; LUSTOZA, Helton Kramer; Dias Jr, Antonio Augusto. Tributos em Espécie, 9. ed. São Paulo: Editora JusPODVIM, 2022. p. 1073

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico".

Eis porque: "violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". 33

Neste sentido, os princípios jurídicos consagram valores que devem, obrigatoriamente, ser observados quando da interpretação e aplicação dos atos normativos. Inicialmente os princípios não tinham força de norma jurídica: eram exortações de ordem moral ou política.

Especificamente no caso do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 os princípios jurídicos foram reconhecidos como verdadeiras normas dotadas de efetividade e juridicidade.

Carlos Ari Sundfeld define os princípios como as "ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se"<sup>34</sup>.

Por sua vez, as imunidades são comandos constitucionais que estabelecem a impossibilidade de que as pessoas políticas de direito constitucional interno instituem tributos sobre determinadas situações, estas especificadas no próprio texto constitucional, tendo como finalidade proteger valores presentes em princípios constitucionais.

---

33 DE MELLO, Celso Antonio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

34 SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18.

Nos ensinamentos de Aliomar Baleeiro<sup>35</sup> trata-se de regra jurídica, com sede constitucional, delimitativa (no sentido negativo) da competência dos entes políticos da Federação, ou regra de incompetência, e neste sentido, regra de exceção e delimitação de competência. Nas palavras do mestre Roque Antonio Carrazza:

A imunidade tributária ajuda a delimitar o campo tributário. De fato, as regras de imunidade também demarcam (no sentido negativo) as competências tributárias das pessoas políticas. Apontam os limites materiais e formais da atividade legiferante.

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam a incompetência das entidades tributantes para onerarem, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações. <sup>36</sup>

Neste sentido, as imunidades são verdadeiras limitações ao poder de tributar. Aliomar Baleeiro explica que *“as imunidades somente adquirem sentido e função, uma vez relacionadas com as normas atributivas de poder, cuja abrangências elas reduzem”*<sup>37</sup>.

Para Regina Helena Costa a *“imunidade tributária, então, pode ser definida como a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva de atribuição de competência tributária”*<sup>38</sup>

Pelo exposto, é evidente que as normas imunizantes elencadas pelo constituinte originário são cláusulas pétreas – e como tais - somente podem ser revogadas ou alteradas através de ato do próprio poder constituinte originário, pois este é o único que possui poder ilimitado necessário à modificação de cláusulas pétreas.

### **3. IMUNIDADE E A INTEGRALIZAÇÃO NO CAPITAL DE PESSOA JURÍDICA**

A CF/88 definiu as regras matrizes de incidência dos tributos bem como criou regras específicas de exoneração. Ao tratar sobre o tema em análise, o constituinte originário

<sup>35</sup> BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar, 7ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 225.

<sup>36</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1154.

<sup>37</sup> BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar, 7ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 226.

<sup>38</sup> COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

escolheu a não incidência do ITBI na *“transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, bem como sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”*, nos exatos termos do art. 156, § 2º, I da CF/88.

Discorrendo sobre o tema, Roque Antonio Carrazza dispõe que *“Por outro lado, sendo a imunidade ampla e indivisível, uma vez presente, ela é insusceptível de meios-termos. Assim, a imunidade em análise vai da incorporação (fenômeno máximo) à extinção (fenômeno mínimo) de pessoa jurídica, passando pela sua desincorporação (fenômeno intermediário entre a incorporação e a extinção).”*

Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>39</sup> assevera que *“O objetivo da regra (isto é, do art. 156, § 2º, 1, da CF) colima facilitar a mobilização dos bens de raiz e a sua posterior desmobilização, de modo a facilitar a formação, a transformação, a fusão, a cisão e a extinção de sociedades civis e comerciais, não embaraçando com o ITBI a movimentação dos imóveis, quando comprometidos com tais situações”*

Letícia Borges das Neves<sup>40</sup> tece comentários precisos: *“destinar parte do valor do imóvel à conta de reserva de capital ou destiná-lo integralmente ao capital não afeta a exceção de incidência do imposto, não havendo, portanto, razões para dar tratamento distinto à realização do capital subscrito com a transferência de imóveis ainda que com ágio”*.

Cumprе destacar que a norma imunizante faz referência aos *“bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital”*, sendo certo que o próprio constituinte originário não estabeleceu qualquer restrição à destinação dos bens ou direitos incorporados ao capital social.

Assim, todo e qualquer recurso que objetive financiar a sociedade está abarcado pela imunidade, ainda que referido aporte de capital seja ou não inteiramente destinado para a subscrição do capital social.

---

39 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

40 NEVES, Letícia Borges das. Incorporação de Bens Imóveis para Integralização de Capital e a Decisão do STF no RE 796.376/SC. Revista Direito Tributário Atual, n.48. p. 289-310. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2021. Quadrimestral. p. 296.

A finalidade da imunidade em estudo é justamente viabilizar a mobilização de bens imóveis para o desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, toda e qualquer transferência da propriedade de bens imóveis para pessoas jurídicas enquadra-se na hipótese do dispositivo constitucional supramencionado, uma vez que tanto as contas de capital social quanto a reserva de capital são registradas no patrimônio líquido, uma vez que a expressão “*realização de capital*” deve ser interpretada como a integralização de recursos, e não apenas como a subscrição do capital social.

Em última análise, o que o constituinte originário buscou proteger foi a capitalização da empresa de modo a fomentar a atividade empresária e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

Deste modo, a imunidade deve ser reconhecida na transação que ocorra transferência de bem imóvel para integrar o capital social da empresa, uma vez que não há ocorrência do fato gerador uma vez que a CF/88 não elenca nenhuma exceção a sua aplicação, exceto pela preponderância da atividade econômica da pessoa jurídica adquirente, a qual, como será demonstrado, não pode ser imobiliária.

#### **4. ATIVIDADE PREPONDERANTE IMOBILIÁRIA**

Como já mencionado anteriormente, a CF/88 determina que na transmissão de imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica na realização de capital não haverá incidência de ITBI. A exceção a esta regra é a hipótese de a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica que recebeu o bem imóvel for, preponderantemente, imobiliária. *In verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;(grifos nossos)

Os critérios que definem o que seria o exercício de atividade preponderantemente imobiliária estão previstos no art. 37 do CTN, a seguir, cabendo a autoridade municipal a fiscalização e identificar a atividade preponderante com base na receita operacional da empresa:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Assim, a atividade é considerada preponderantemente imobiliária sempre que a receita operacional nos dois anos - anteriores e posteriores - à aquisição decorrer de operações imobiliárias.

O termo receita operacional ora empregado deve ser compreendido como os valores obtidos através da atividade principal da empresa.<sup>41</sup> Sobre o tema, Roque Antonio Carrazza ensina que:

Se a Constituição protege a situação máxima (a incorporação, com o consequente fortalecimento da empresa) e a situação mínima (a

---

41 NPC 14 Pronunciamento Instituto dos Auditores

extinção, com o automático desaparecimento da empresa), também protege a situação intermédia (a desincorporação, com o inevitável enfraquecimento da empresa). Tal entendimento só seria improsperável se houvesse disposição constitucional expressa em sentido contrário, o que, absolutamente, não é o caso.<sup>42</sup>

Pelo exposto, nota-se que a CF/88 não faz nenhuma distinção em relação à proporção entre o valor do imóvel transferido e o capital social da empresa adquirente sendo certo que o requisito principal, para o não reconhecimento da imunidade, é a preponderância de atividade imobiliária, desde que devidamente confirmada na receita operacional da pessoa jurídica, nos termos do que determina o art. 37 do CTN.

## **5. DESINCORPORAÇÃO DE CAPITAL**

Conforme mencionado nos capítulos anteriores, na incorporação ao capital social de pessoa jurídica de bem imóvel em realização de capital social não há incidência de ITBI sendo que nesta hipótese o sócio que incorpora o imóvel ao capital da empresa deixa de ser proprietário do bem imóvel e passa a ser detentor das quotas sociais da pessoa jurídica. Referida operação também está coberta pela imunidade nas hipóteses de fusão, incorporação, cisão e extinção da pessoa jurídica.

Nos ensinamentos de Roque Antonio Carrazza<sup>43</sup>, *“também está abrangida pela imunidade a redução do capital (desincorporação) de uma empresa, isto é, a restituição aos sócios (pessoas físicas ou jurídicas) de parte do valor de suas ações”* uma vez que referida redução opera-se como parcial extinção da empresa uma vez que ao reduzir o capital da sociedade, a parte reduzida é extinta da sociedade.

Neste sentido, se a incorporação de bem imóvel está fora do campo de incidência do ITBI, a retirada deste bem imóvel do patrimônio da pessoa jurídica também é operação imune ao ITBI. Em defesa das finalidades que preceituou o constituinte originário ao tratar das imunidades, Roque Antonio Carrazza<sup>44</sup> faz importante observação:

De fato, é incontroverso que a incorporação - que, em última análise, fortalece a sociedade - não sofre a incidência do ITBI. Esta é a própria dicção constitucional. Ora, a desincorporação - que a enfraquece -

---

42 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 965

43 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 964.

44 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 965

por muito maior razão (argumento a fortiori) também deve ser alvo do benefício constitucional em tela.

A jurisprudência tem o entendimento de que na desincorporação de bem imóvel do patrimônio da pessoa jurídica há redução do capital social:

DIREITO TRIBUTÁRIO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. RETIRADA DE SÓCIO COM A DESINCORPORAÇÃO DO PATRIMÔNIO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ITBI. IMUNIDADE DISCIPLINADA NO ART. 156, § 2º, I, DA CF, E NO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. SENTENÇA MANTIDA. “Nos termos do art. 156, § 2º, I, da Carta Magna, é assegurada a imunidade tributária nas operações de transmissão de bens imóveis de sócios para a formação do capital social da empresa, bem como nas hipóteses de transmissão de bens em decorrência da fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, desde que a atividade preponderante do seu destinatário não seja a compra e venda, a locação ou o arrendamento mercantil de bens imóveis. Caso em que tal regra de imunidade é assegurada quando da redução do capital social, com a desincorporação de bem imóvel de sua propriedade, mediante a sua transmissão aos sócios da empresa. [...]” (Apelação Cível nº 70026536433, 17ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 27/11/2008)

Aqui cumpre destacar que a CF/88 não recepcionou expressamente o parágrafo único do art. 36 do CTN, *in verbis*:

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso

I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos. (grifos nossos)

De todo modo, no caso da desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica, a imunidade somente teria o seu não reconhecimento confirmado caso a própria CF/88 tivesse estabelecido expressamente essa ressalva (assim como o fez para a atividade preponderante imobiliária) o que não o fez, devendo, portanto, ser reconhecida a norma imunizante nos casos de desincorporação.

## **6. JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA**

Em agosto de 2020, por ocasião do julgamento, em sessão virtual, do RE 796.376 (Tema 796 - Alcance da imunidade tributária do ITBI, prevista no art. 156, § 2º, I, da Constituição, sobre imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, quando o valor total desses bens excederem o limite do capital social a ser integralizado), julgado em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos (7 x 4), que incide ITBI na integralização de bens imóveis ao patrimônio de pessoas jurídicas nos casos em que o valor do bem imóvel for superior ao valor do respectivo capital social integralizado, fixando a seguinte tese:

“A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”.

O referido acórdão tem a seguinte ementa:

EMENTA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE ATÉ O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. A Constituição de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis, não incidindo o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica (art. 156, § 2º,). 2. A norma não imuniza qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica, mas exclusivamente o pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito. Portanto, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI. 3. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 796, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição

Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado". (RE 796376 RG, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 05/08/2020)

Na origem, o cerne da discussão era sobre a incidência ou não do ITBI sobre a diferença entre o valor do bem transmitido e o valor do capital a ser integralizado – no caso em tela, a diferença era de R\$ 778.000,00 (setecentos e setenta e oito mil), valor este que foi contabilizado pela empresa como reserva de capital (que compõe o patrimônio líquido da empresa).

No voto, restou consignado o entendimento considerando que como o montante relativo à diferença de valor entre o bem transmitido e o capital a ser integralizado não foi utilizado para realização de capital na sociedade, há incidência do ITBI. Nesse sentido, dispôs o Ministro Relator Alexandre de Moraes:

*"Revelaria interpretação extensiva a exegese que pretendesse albergar, sob o manto da imunidade, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, e sim a outro objetivo – como, no caso presente, em que se destina o valor excedente à formação de reserva de capital."*

Assim, considerando a decisão proferido em sede de repercussão geral, os Municípios podem tributar o valor de bens que exceder o limite do capital social integralizado.

Anteriormente à esta está decisão, concluía-se, a partir da leitura da CF/88 e do CTN, que na transmissão de bens imóveis ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital e na transmissão de bens imóveis ou direitos decorrentes de operações societárias de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, caso reste demonstrado que a atividade preponderante da empresa consiste na compra e venda de imóveis ou de seus direitos, bem como locação ou arrendamento mercantil destes, era de observância obrigatória o trecho final da redação do inciso I, § 2º, do art. 156 da CRFB, de modo que a imunidade relativa ao ITBI não seria aplicável, uma vez que não tributar o valor destinado para a reserva de capital seria interpretar o artigo 156 da CF/88 de forma extensiva.

Entretanto, a tese secundária extraída do julgado entendeu que às empresas com atividade preponderante imobiliária estariam imunes ao ITBI na transmissão de bens imóveis e direitos quando da integralização do capital social.

## 5. CONCLUSÃO

As imunidades são comandos constitucionais que delimitam a competência dos entes políticos, tratando-se de cláusulas pétreas que somente podem ser alteradas ou suprimidas pelo constituinte originário;

As normas imunizantes devem ser interpretadas de forma ampla, com a finalidade de não amesquinhar a proteção concedida pela CF/88;

De modo a viabilizar a atividade empresária e fomentar o desenvolvimento econômico nacional, o constituinte originário imunizou o ato de integralizar capital social por meio de bem imóvel, não sendo devido nesta hipótese o pagamento relativo a ITBI, ainda que o valor do imóvel supere o valor de subscrição;

Nos casos de preponderância imobiliária - pessoas jurídicas que possuem mais de 50% das suas receitas operacionais originadas de atividades de compra e venda, locação e arrendamento mercantil de imóveis, tal como determina a CF/88 e o CTN e desde que devidamente verificados os documentos contábeis da empresa, haverá incidência de ITBI.

Como restou demonstrado, o ITBI não é devido sobre a transmissão de bens imóveis, aos mesmos alienantes, em decorrência da desincorporação dos referidos bens do patrimônio da pessoa jurídica adquirente.

Entretanto, ressalta-se que o STF, em sede de repercussão geral, decidiu que incide ITBI sobre o valor dos bens que exceder o montante do capital social a ser integralizado (RE 796376), embora, com a devida vênia, a CF/88 tenha assegurado a imunidade do ITBI sem ressalva, além da já existente no texto constitucional. Por fim, é vedada a aplicação desta decisão com efeito retroativo, o que caracteriza incontestemente ilegalidade.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar, 7ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari, Licitação e Contrato Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013.

DE CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues; LUSTOZA, Helton Kramer; Dias Jr, Antonio Augusto. Tributos em Espécie, 9. ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias – teoria e análise da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2001.

JESUS, Isabela Bonfá de. Manual de Direito Tributário. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

## O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E SEUS DIREITOS TUTELADOS

**ANA CAROLINA DE LELES RODRIGUES:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Possui especialização em sentido amplo em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

**RESUMO:** O microsistema processual coletivo e seus direitos tutelados enseja discussões para verificar como a tutela coletiva é tratada no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, é necessário abordar as classificações dos direitos coletivos segundo o Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, a pesquisa bibliográfica e qualitativa baseou-se no método dialético, bem como foram selecionadas publicações que versassem acerca do processo coletivo, bem como as principais doutrinas citadas neste artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Microsistema. Tutela coletiva. Direitos coletivos.

**ABSTRACT:** The collective procedural microsystem and the rights that it protects gives rise to discussions to verify how collective protection is dealt with in the Brazilian legal system. In this sense, it is necessary to approach the classifications of collective rights according to the Consumer Defense Code. To this end, the bibliographical and qualitative research was based on the dialectical method, and publications were selected that deal with the collective process, as well as the main doctrines cited in this article.

**KEYWORDS:** Microsystem. Collective protection. Collective rights.

### INTRODUÇÃO

A respeito da metodologia aplicada neste trabalho, foi empregado o método dedutivo e qualitativo e foi adotado como parâmetro a utilização de pesquisa bibliográfica em que se utilizou o termo “processo coletivo”.

Este artigo terá ênfase nos direitos coletivos, abrangendo a tutela coletiva à luz da Constituição Federal de 1988, os direitos coletivos em sentido estrito, direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

### 1. A TUTELA COLETIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Partindo de uma análise ampla, vale mencionar que no Estado Democrático de Direito, o Direito tem a função de regular a atividade deste ente. Em linhas gerais, o direito pode ser compreendido como “complexo de [...] postulados que regulamentam as atitudes humanas, de forma bilateral, externa e coercível, destinadas a concretizar uma convivência harmônica em sociedade” (SONNI, 2011). Por um lado, oferece os mecanismos para que o Estado tenha o exercício do poder, de forma a possibilitar as garantias sociais. Por outro, através das regras positivadas, impõe limites a este poder para evitar abusos, de forma que os cidadãos tenham os parâmetros sobre quais são as atividades a serem exercidas pelo Estado e quais seus direitos garantidos.

Como desdobramento do Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça é princípio positivado na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A conformidade da tutela coletiva aos preceitos constitucionais também são inscritos no art. 5º, incisos LXX, LXXI, LXXIII, art. 8º, inciso III e art. 129, inciso III.

Quanto ao microsistema do processo coletivo, este é composto de uma série de leis, sendo as basilares a Lei nº 7.437/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Ao versar do direito processual coletivo, os autores costumam utilizar variadas denominações. Gregório Assagra de Almeida defende a existência do “direito processual coletivo”, com método, regras e princípios próprios, José Marcelo Menezes Vigiliar utiliza “tutela jurisdicional coletiva”, Antônio Gidi, “ação coletiva”, Kazuo Watanabe refere-se à “demanda coletiva”.

O olhar mais cauteloso acerca das denominações remete às diferenças que cada expressão traz. A tutela coletiva remete à ideia de proteção do direito coletivo pelo Judiciário; a ação coletiva retoma o direito de iniciar o litígio a ser resolvido pelo terceiro não interessado; a demanda coletiva, muito semelhante à ação, traz a ideia do processo no sentido estrito e o direito processual coletivo elege como uma matéria dentro do ramo do direito processual e diretamente influenciado pelo direito constitucional (ALMEIDA, 2003, p. 16).

Em conformidade com os conceitos abordados pelos doutrinadores, considera-se que o direito processual coletivo deve ser visto como ramo autônomo do direito processual civil tendo em vista as diferenças marcantes nos institutos da legitimação, litisconsórcio, coisa julgada, liquidação da sentença, dentre outros. Conforme a menção abaixo, o autor ressalta a importância do ramo do direito quanto à coerência com os dispositivos constitucionais.

O direito processual coletivo é o ramo do direito que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição, e no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social (ALMEIDA, 2003, p. 22).

As lições trazidas acerca de processo coletivo e ação coletiva ressaltam as figuras processuais da legitimidade, do objeto da tutela, do objetivo da demanda e dos beneficiados pela prestação jurisdicional, neste sentido:

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou determinado número de pessoas (DIDIER, 2012, p. 44).

A conceituação da ação coletiva como a demanda que é proposta por um legitimado autônomo a fim de defender um direito objetivamente considerado, tendo em vista que a imutabilidade do dispositivo contido na sentença alcançará a comunidade ou a coletividade. Sendo assim, as lições do doutrinador também focam nos institutos da legitimidade, objeto da ação e coisa julgada (GIDI apud DIDIER, 2012, p. 44). Já os ensinamentos de Moreira acerca do direito coletivo são as que seguem:

Sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos (JANNOTTI apud MOREIRA, 2012, p. 58).

Conforme visto, o direito coletivo tem como principal diferencial, quando comparado ao direito individual, o próprio objeto do direito. E dentre o objeto deste direito encontram-se os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. E, de forma semelhante aos direitos individuais, protegem as pessoas e exigem legitimidade para pleiteá-los em juízo, quer seja ordinária ou extraordinária, além de precisar serem tutelados pelo Estado através, inclusive, do Poder Judiciário.

Tendo em vista as marcantes diferenças nos institutos processuais coletivos, a doutrina defende, portanto, a existência do direito processual coletivo como ramo autônomo do direito processual com natureza de direito processual-constitucional-social.

Além da conceituação do direito processual coletivo, foram abordados os temas intrínsecos a esta ideia, como a constatação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 balizam o chamado Estado Democrático de Direito, bem como que o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a função jurisdicional.

A fim de explicitar o objeto do processo coletivo, o trabalho versará acerca das principais características dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

## **2. DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS CONFORME O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA**

Os direitos coletivos e a complexidade das relações sociais estão umbilicalmente ligados, uma vez que tais direitos foram sendo considerados fundamentais à medida que a sociedade se desenvolveu e que novas realidades e necessidades foram surgindo.

O Estado compromissado em assegurar a dignidade dos indivíduos somado aos fenômenos decorrentes da sociedade de massa resultam no compromisso em regular as relações consumeristas, a preservação das águas e do ar puro, conforme situações elucidadas abaixo:

Os interesses 'difusos' representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc., são fenômenos 'de massa'. Se pensarmos no desenvolvimento dos direitos sociais, típicos, ressalto, do moderno Estado social ou 'promocional' esses podem comportar benefícios ou vantagens nos confrontos das vastas categorias. A contestação, por exemplo, de uma norma constitucional nesta matéria pode interessar a milhares, milhões de pessoas. Se pensa agora nos produtos da indústria: um leve defeito de produção pode tornar-se um dano para muitíssimos consumidores deste

produto. Se pensarmos ainda no envenenamento, da parte de um complexo industrial, de um rio ou de um lago: de novo, um número impreciso de pessoas são potencialmente atingidas, pelo dano causado pelo envenenamento da atmosfera, ou pela poluição. (CAPPELETTI apud ALMEIDA , 2003, p. 79).

Resta claro, portanto, que os interesses difusos abrangem inúmeras situações amparadas pelo direito. Neste texto adotará o entendimento de que direito coletivo e interesse coletivo são expressões sinônimas, tendo em vista a desnecessidade de diferenciação no contexto em que são abordados.

Os interesses amparados pelo direito assumem o mesmo *status* deste, motivo pelo qual não há justificação teórica ou prática para diferenciá-los. (WATANABE apud SÔRO, 2008). A legislação, inclusive, utiliza os dois termos com a mesma função, conforme observado no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (SÔRO, 2008).

A verificação das diferentes classificações dos direitos coletivos, bem como eventual distinção entre interesse e direito deve estar focado no objetivo da discussão. Se demonstrado que o objetivo é alcançar melhor prestação jurisdicional ou outro resultado prático, está justificada a discussão científica. Vejamos:

Pragmaticamente, a única razão para ainda se estabelecer uma discussão científica em torno da distinção de categorias, seria a de aprimorar a prestação jurisdicional incentivando-se uma ampliação do espectro objetivo de incidência do controle jurisdicional, precisamente em consonância com o disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (VENTURI apud PONTES, 2007).

Ao colocar como cerne da questão o aprimoramento da prestação jurisdicional, o que importará verdadeiramente não é o título que a proteção possui, mas sim a garantia de que a prestação jurisdicional seja adequada.

Os interesses defensíveis segundo as normas jurídicas são os legítimos interesses econômicos ou morais, e, o "interesse juridicamente considerado, também se forma como o poder ou autoridade da pessoa de perseguir outrem e obrigá-lo a cumprir o que é seu dever" (SILVA apud SÁ, 2005). Sendo assim, o interesse jurídico pode sim equivaler aos direitos subjetivos à medida que possuirão as mesmas finalidades. Acerca desses direitos coletivos, o tópico seguinte abordará a classificação destes.

### **3. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Os critérios utilizados para diferenciar os direitos coletivos em sentido estrito, difusos e individuais homogêneos são, de maneira geral relacionados à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto e à indeterminabilidade ou determinabilidade dos sujeitos.

A legislação brasileira trouxe as distintas classificações dos direitos coletivos no art. 81 da Lei nº 8.078/1990. Antes disso, a Lei de Ação Civil Pública tratou resumidamente acerca do tema ao mencionar a tutela de interesse difuso ou coletivo, conforme encontrado no inciso IV, art. 1º, Lei nº 7.347/1985.

Para entender o objeto do processo coletivo, serão pontuadas as principais características dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos.

#### **3.1 Direitos difusos**

Os direitos difusos possuem grupo indeterminável e objeto indivisível. São “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, inciso I, Lei nº 8.078/1990). Na Constituição Federal, são expressos exemplificativamente na proteção ao meio ambiente, à saúde e aos consumidores.

Tais direitos “caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço” (MANCUSO apud PONTES, 2007).

Indeterminação dos titulares, inexistência de relação jurídica base no aspecto subjetivo e indivisibilidade do bem jurídico são os três critérios escolhidos para a caracterização do direito difuso (WATANABE apud PONTES, 2007). Versando acerca das características dos direitos difusos, segue a lição:

O grupo dos interesses difusos propriamente ditos compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio- econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc. (GRINOVER apud SÁ, 2005).

Os direitos ou interesses difusos, portanto, são caracterizados pelo conjunto formado devido a determinada situação, sendo os interessados não possuem vínculo entre si. As circunstâncias que os unem podem ser, por exemplo, decorrentes da ofensa aos direitos consumeristas, em virtude de publicidade enganosa ou disponibilidade de produtos nocivos ou perigosos no mercado (GRINBERG apud SÁ, 2005).

Devido à indivisibilidade do objeto da pretensão, a sentença de procedência terá eficácia *erga omnes*, conforme art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a tutela que protege os direitos difusos não fará distinções àqueles que tiveram violação em seus direitos.

Os direitos difusos podem se aproximar ao interesse público, é o caso da tutela ao meio ambiente, mas também podem permanecer nitidamente diferenciados do interesse público, a exemplo de um grupo de consumidores. Tais direitos podem abranger interesses gerais da coletividade, bem como interesses conflitantes com o interesse estatal, a exemplo do grupo dos contribuintes. Inclui, ainda, os direitos de grupos que possuam diferentes interesses entre si, como os carnavalescos *versus* os moradores que clamam pela cessação da poluição sonora. (MAZZILLI apud PONTES, 2007)

Além dos direitos do consumidor, os direitos ao meio ambiente também são direitos difusos, tendo em vista que são caracterizados pela titularidade ou sujeitos indeterminados e objeto indivisível.

### **3.2 Direitos coletivos em sentido estrito**

Os direitos coletivos em sentido estrito possuem grupo determinável e objeto indivisível. São, conforme art. 81, parágrafo único, inciso II, Lei nº 8.078/1990, “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os direitos coletivos e os direitos difusos são concomitantemente considerados direitos transindividuais, no entanto, “um direito difuso pode tornar-se coletivo se e quando estiver revestido do grau de definição, coesão e organização destes últimos” (PONTES, 2007).

São requisitos para classificação dos direitos coletivos em sentido estrito a organização de tais direitos, de modo que permaneçam coesos e identificados, o envolvimento de tal direito a um grupo determinado, ou ao menos determinável e um vínculo jurídico comum aos portadores do direito, para que possa configurar a situação jurídica diferenciada (MANCUSO apud PONTES, 2007).

Tais direitos possuem titulares e situações jurídicas determinadas ou determináveis e objeto indivisível. É o caso dos direitos coletivos tutelados em ação que visa declarar a nulidade de determinada cláusula abusiva em contrato de adesão. Inicialmente o número de pessoas prejudicadas com a cláusula contratual pode não ser conhecida, mas é possível que se conheça, até porque a relação jurídica está documentada. O objeto será indivisível à medida que não se mostra possível haver situação que exclua a parte contratante da situação de reconhecida abusividade da cláusula, tendo em vista que os contratos de adesão têm seus termos padronizados.

Importante frisar que a tutela coletiva de determinado grupo não poderá ser restringida por algum critério criado formalmente, basta fazer parte do agrupamento social para que a tutela seja alcançada, o que implica na garantia dos direitos coletivos do grupo identificado independentemente do indivíduo estar formalmente associado, por exemplo. No art. 103, inciso II do Código de Defesa do Consumidor, frisando o acima exposto, há menção ao efeito *ultra partes* da tutela jurisdicional. (PONTES, 2007)

Sendo assim, o requisito para que o indivíduo seja tutelado coletivamente é que ele faça parte do grupo, da classe ou de determinada coletividade, preenchendo, dessa forma, a relação jurídica base prevista no conceito de direito coletivo em sentido estrito constante no Código de Defesa do Consumidor.

### **3.3 Direitos individuais homogêneos**

Os direitos individuais homogêneos possuem grupo determinável e objeto divisível. São “os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, inciso III, Lei nº 8.078/1990). Tais direitos, de fato, não são coletivos, mas sim individuais. No entanto, suas características os tornam tuteláveis coletivamente. A tutela coletiva desses direitos tem o objetivo de manter a coerência das decisões, vez que os mesmos casos serão julgados conjuntamente na lide proposta.

Esses direitos são “de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundo das mesmas circunstâncias de fato”. (PONTES, 2007)

Os direitos individuais homogêneos são assim denominados devido à possibilidade de identificar neles elementos comuns e característicos, beirando à similaridade, mas distanciando-se da igualdade. “O núcleo da homogeneidade decorre da circunstância de serem direitos com origem comum, e a margem da heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, notadamente a situações de fato, próprias do titular” (ZAVASCKY apud PONTES, 2007).

O objeto dos direitos individuais homogêneos é divisível, o que significa dizer que seria possível tutelá-lo individualmente, no entanto, sob o risco de respostas judiciais indesejavelmente diferenciadas.

A possibilidade da tutela coletiva desses direitos visa à efetividade e à economia processual, bem como pretende garantir decisões uníssonas. À medida que o direito violado de pequena monta tende a ser ignorado pelo prejudicado, seja por considerar não valer a pena o desgaste psicológico, temporal e financeiro, seja por outro motivo, essa tutela coletiva é a concretização do princípio do acesso à justiça, vez que garante o direito que possivelmente não seria requerido de forma individual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral desta pesquisa foi expor as bases da normatização jurídica em processo civil coletivo, destacar os principais institutos e classificações dos direitos tutelados pelo processo coletivo.

A legislação brasileira trouxe as distintas classificações dos direitos coletivos no Código de Defesa do Consumidor. Antes disso, a Lei de Ação Civil Pública tratou resumidamente acerca do tema ao mencionar a tutela de interesse difuso ou coletivo. Ambas as leis fazem parte do denominado microsistema da tutela coletiva.

Desse modo, verificou-se, no presente artigo, que a tutela coletiva está dentre os direitos e garantias fundamentais e é instrumento de cidadania e o único meio de acesso à justiça nos litígios de massa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Código (2015). *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 20. mar. 2023.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20. mar. 2023.

BRASIL. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)> Acesso em: 20. mar. 2023.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)> Acesso em: 20. mar. 2023.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Vol. 04, 7.ed., Salvador:JusPodivm, 2012.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos Galea. **A atuação do juiz pela efetividade das ações coletivas relativas a lides de consumo**. Disponível em  
<  
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6273/1/Felipe%20Evaristo%20dos%20Santos%20Galea.pdf>>. Acesso em 20.mar.2023.

JANNOTTI, Leonardo de Sá. **A tutela coletiva como meio de realização de políticas públicas**. Disponível em:  
<<http://portal.estacio.br/media/4111728/leonardo%20de%20sa%20jannotti.pdf>>. Acesso em 17.nov.2017.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=7u8G8UfKQMI>>. Acesso em: 02 Julho. 2018.

MAZZILLI. Hugo Nigro. **O processo coletivo e o novo Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro\\_col\\_CPC\\_15.pdf](http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/pro_col_CPC_15.pdf)>. Acesso em 17.nov.2017.

SONNI, Indianara Pavesi Pini. **Os mecanismos de tutela dos interesses transindividuais e a sua adequação ao sistema processual**. Disponível em:  
<<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000165181>>. Acesso em 17.jun.2018.

SÁ, Priscila Zeni de. **O Código de Defesa do Consumidor e a defesa das coletividades**. Disponível em:  
<[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=304](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=304)>. Acesso em 17.jun.2018.

## O NOME COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.382/2022 NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

**MAYRA CARVALHO TORRES SEIXAS:**  
Bacharela em Direito pela Fundação  
Universidade Federal de Rondônia.<sup>45</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como intuito analisar o instituto do nome civil, a regra de sua imutabilidade, bem como a flexibilização promovida pela jurisprudência brasileira e pela Lei n. 14.382/2022, que alterou de forma substancial a Lei de Registros Públicos, no que concerne às hipóteses legais de alteração do prenome e sobrenome.

**Palavras-chave:** Nome. Imutabilidade. Direito da Personalidade. Flexibilização. Autonomia da vontade. Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the institute of the civil name, the rule of its immutability, as well as the flexibility promoted by Brazilian jurisprudence and by Law n. 14,382/2022, which substantially amended the Public Registries Law, with regard to the legal hypotheses of changing the first and last name.

**Keywords:** Name. Immutability. Personality Right. Flexibilization. Autonomy of the will. Dignity of human person.

### 1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade, protegidos tanto pela Constituição Federal quanto pela legislação infraconstitucional, consistem, segundo a doutrina, em direitos inatos e essenciais à dignidade da pessoa.

Dentre tais direitos se insere o nome civil, protegido pelo Código Civil, a partir do artigo 16, bem como pelo artigo 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo o qual: "Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes".

Além da dimensão pessoal do nome, a vida em sociedade exige sejam respeitadas as regras estabelecidas para registro e alteração dos prenomes e sobrenomes, considerando os princípios da publicidade, da segurança jurídica e da imutabilidade do nome.

---

45 E-mail: mayractorres@hotmail.com

Ocorre que, nos últimos anos, tanto a jurisprudência nacional quanto a internacional têm flexibilizado as regras positivadas acerca das hipóteses em que se admite a alteração do nome.

Ademais, em alteração legislativa ocorrida no ano de 2022, a Lei de Registros Públicos passou a contar com diversas possibilidades de modificação, perante os registros civis, e independentemente de decisão judicial, de prenomes e sobrenomes.

O objetivo do presente artigo é analisar as novas previsões dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, bem como a evolução jurisprudencial dos tribunais superiores, os quais passaram a interpretar a alteração do nome de acordo com as modificações ocorridas na sociedade.

## **2 DO REGRAMENTO LEGAL DO NOME CIVIL E O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE**

O Código Civil, em seu artigo 16, dispõe que “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome”. Trata-se de direito fundamental que guarda relação com a identificação da pessoa, permitindo sua individualização e reconhecimento no seio social, além de evitar que seja confundida com outra pessoa.

Ademais, tais elementos facilitam a identificação do estado da pessoa, no viés pessoal e patrimonial, sendo essencial para a segurança jurídica nas relações com terceiros.

O nome e seus acessórios podem ser adquiridos pelo nascimento, pelo casamento, pela adoção, ou mesmo por escolha e, para efeitos de publicidade e de proteção, o ordenamento jurídico brasileiro demanda seja o nome registrado, conforme regulação da Lei n. 6.015/1973.

De acordo com Carlos Alberto Bittar<sup>46</sup>, o nome civil possui como características as seguintes:

Dentre as características do nome civil, a par das comuns aos direitos da personalidade, devem ser realçadas: a inestimabilidade (não se pode valorar economicamente, uma vez que inegociável); obrigatoriedade (uso necessário e mesmo contra a vontade do titular); imutabilidade; irrenunciabilidade (não pode ser afastado pelo titular); oponibilidade a terceiro e à família (em face do traço vinculativo, que permite ao interessado exigir o respeito da família e perante estranhos). Alguns temperamentos são admitidos quanto a

---

46 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. — São Paulo : Saraiva, 2015.

esses elementos, em especial a respeito da possibilidade de escolha e de modificações em sua textura (assim, com a condição familiar; o filho; a pessoa com nome exótico), pois o casamento, a adoção e a sentença em ação própria (como a de retificação ou de acréscimo de nome) exercem influência decisiva na matéria.

Dentre as características citadas, interessa especialmente ao presente trabalho o princípio da imutabilidade, que decorre de imperativos de ordem pública.

Segundo Leonardo Brandelli<sup>47</sup>, “Um nome que pudesse mudar ao sabor da livre vontade de seu titular desnaturaria a própria razão de ser desse instituto, uma vez que nem permitiria sua junção à personalidade da pessoa, por poder ser efêmero, nem serviria para identificá-la perante a coletividade”.

Dada a importância do princípio em análise, cuja observância se destina a permitir uma constante individualização das pessoas, a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 58, estabelece que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Esta característica, porém, tem sido relativizada pela legislação e pela jurisprudência nacional. Assim, deve-se compreender a imutabilidade do nome como a impossibilidade de sua modificação por mera vaidade, sendo imprescindível a observância do regramento legal a respeito do tema.

Leonardo Brandelli registra, ainda, que a regra abrange tanto o nome de família como o prenome, pois a designação personativa é formada por esses dois elementos que, em conjunto, concorrem para a identificação dos indivíduos.

## **2.1 DA FLEXIBILIZAÇÃO DA IMUTABILIDADE DO NOME PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL E DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.382/2022**

Como uma primeira exceção à regra da imutabilidade do nome, pode-se citar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275.

Na oportunidade, a Corte Constitucional brasileira firmou o entendimento de que a pessoa transgênero dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial,

---

<sup>47</sup> BRANDELLI, Leonardo. Nome civil da pessoa natural. São Paulo : Saraiva, 2012.

independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamento ao livre desenvolvimento da personalidade.

Interessa salientar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia se manifestado a respeito do tema, por meio da Opinião Consultiva n. 24/2017, em que emitiu parecer no sentido de que:

2. A mudança de nome e, em geral, a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conforme a identidade de gênero autopercebida constitui um direito protegido pelos artigos 3º, 7.1, 11.2 e 18 da Convenção Americana, em relação com o 1.1 e 24 do mesmo instrumento, pelo que os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins, nos termos estabelecidos nos pars. 85 a 116. por unanimidade, que:

3. Os Estados devem garantir que as pessoas interessadas na retificação da anotação do gênero ou, se este for o caso, às menções do sexo, em mudar seu nome, adequar sua imagem nos registros e/ou nos documentos de identidade, em conformidade com a sua identidade de gênero autopercebida, possam recorrer a um procedimento ou um trâmite: a) focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) baseado unicamente no consentimento livre e informado do requerente, sem exigir requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outras que possam ser irrazoáveis ou patológicas; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e nos documentos de identidade não devem refletir mudanças de acordo com a identidade de gênero; d) deve ser expedito e, na medida do possível, deve ser gratuito, e e) não deve exigir a acreditação de operações cirúrgicas e/ou hormonais. O procedimento que melhor se adapta a estes elementos é o procedimento ou trâmite materialmente administrativo ou cartorial.

Vejamos, ainda, o seguinte julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. LEI Nº 6.015/1973. PRENOME MASCULINO. ALTERAÇÃO. GÊNERO. TRANSEXUALIDADE. REDESIGNAÇÃO DE SEXO. CIRURGIA. NÃO REALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. DIREITOS DE PERSONALIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a discutir a possibilidade de transexual alterar o prenome e o designativo de sexo no registro civil independentemente da realização da cirurgia de alteração de sexo.

**3. O nome de uma pessoa faz parte da construção de sua própria identidade.** Além de denotar um interesse privado, de autorreconhecimento, visto que o nome é um direito de personalidade (art. 16 do Código Civil de 2002), também compreende um interesse público, pois é o modo pelo qual se dá a identificação do indivíduo perante a sociedade.

4. A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973) consagra, como regra, a imutabilidade do prenome, mas permite a sua alteração pelo próprio interessado, desde que solicitada no período de 1 (um) ano após atingir a maioridade, ou mesmo depois desse período, se houver outros motivos para a mudança. Os oficiais de registro civil podem se recusar a registrar nomes que exponham o indivíduo ao ridículo.

**5. No caso de transexuais que buscam a alteração de prenome, essa possibilidade deve ser compreendida como uma forma de garantir seu bem-estar e uma vida digna, além de regularizar uma situação de fato.**

6. O uso do nome social, embora não altere o registro civil, é uma das maneiras de garantir o respeito às pessoas transexuais, evitando constrangimentos públicos desnecessários, ao permitir a identificação da pessoa por nome adequado ao gênero com o qual ela se identifica. Ele deve ser uma escolha pessoal do indivíduo e aceito por ele como parte de sua identidade.

7. O direito de escolher seu próprio nome, no caso de aquele que consta no assentamento público se revelar incompatível com a identidade sexual do seu portador, é uma decorrência da autonomia da vontade e do direito de se autodeterminar. Quando o indivíduo é obrigado a utilizar um nome que lhe foi imposto por terceiro, não há o respeito pleno à sua personalidade.

8. O Código Civil, em seu artigo 15, estabelece que ninguém pode ser constrangido a se submeter, principalmente se houver risco para sua vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, caso aplicável à cirurgia de redesignação de sexo.

9. A cirurgia de redefinição de sexo é um procedimento complexo que depende da avaliação de profissionais de variadas áreas médicas acerca de sua adequação.

**10. A decisão individual de não se submeter ao procedimento cirúrgico tratado nos autos deve ser respeitada, não podendo impedir o indivíduo de desenvolver sua personalidade.**

**11. Condicionar a alteração do gênero no assentamento civil e, por consequência, a proteção da dignidade do transexual, à realização de uma intervenção cirúrgica é limitar a autonomia da vontade e o direito de o transexual se autodeterminar.**  
Precedentes.

12. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.860.649/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/5/2020, DJe de 18/5/2020.) (grifou-se)

Vê-se, portanto, uma construção jurisprudencial que promoveu a ponderação entre os princípios da imutabilidade do nome e da dignidade da pessoa humana, decidindo-se pela prevalência deste último, haja vista caracterizar-se o nome como direito fundamental vinculado à personalidade e identidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a Lei n. 14.382/2022 promoveu importantes alterações na Lei de Registros Públicos, flexibilizando as previsões normativas para o fim de autorizar a mudança de prenomes e sobrenomes.

Primeiramente, nota-se que a nova redação do artigo 55 possibilita a inclusão de sobrenome de ascendente, mediante a apresentação de certidões necessárias para comprovar a linha ascendente.

O §1º do artigo 55 mantém a regra de que o oficial de registro não registrará prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores.

A Lei n. 14.382/2022 também inseriu o §4º no artigo 55 da Lei de Registros Públicos, prevendo o cabimento de oposição fundamentada por um dos genitores, ao prenome e sobrenomes indicados pelo declarante.

Ademais, em oposição à redação anterior do artigo 56 da Lei n. 6.075/73, segundo o qual o interessado poderia alterar seu nome, no primeiro ano após atingida a maioridade civil, a alteração legislativa passou a autorizar que a pessoa requeira, após a maioridade, a alteração de seu prenome, de forma imotivada e independente de decisão judicial.

Nota-se, assim, que a partir da Lei n. 14.382/2022, não se faz necessária a observância do prazo fixo de um ano contado da maioridade civil, sendo possível que a pessoa opte pela alteração de seu prenome, a qualquer tempo, desde que atingida a maioridade, independente de motivação.

Nos termos do §1º do artigo 56, contudo, a alteração imotivada pode ser feita apenas uma vez pela via extrajudicial, razão pela qual sua desconstituição dependerá de sentença judicial.

Revela-se de grande importância o teor do §2º do artigo 56, o qual estabelece a necessidade de averbação da alteração do prenome, que conterà, obrigatoriamente, o prenome anterior, os números de documento de identidade, de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de passaporte e de título de eleitor do registrado, dados esses que deverão constar expressamente de todas as certidões solicitadas.

A previsão se justifica pela necessidade de dar publicidade à alteração do prenome pela via extrajudicial, a fim de proteger as relações jurídicas firmadas com terceiros.

Não por outro motivo o §3º do artigo 56 determina que o ofício de registro civil promova, às expensas do requerente, a comunicação do ato aos órgãos expedidores do documento de identidade, do CPF e do passaporte, bem como ao Tribunal Superior Eleitoral, preferencialmente por meio eletrônico.

Em continuação, houve considerável alteração do artigo 57 da Lei de Registros Públicos, o qual previa, em sua redação original, que a alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, seria permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro.

Dependia, portanto, a alteração do nome, de oitiva do órgão ministerial e de decisão judicial.

Vejamos a redação do artigo 57 da Lei n. 6.075/73 após as alterações promovidas pela Lei n. 14.382/2022:

Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de;

I - inclusão de sobrenomes familiares;

II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento;

III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas;

IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado.

§ 1º Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

§ 2º Os conviventes em união estável devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais poderão requerer a inclusão de sobrenome de seu companheiro, a qualquer tempo, bem como alterar seus sobrenomes nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas.

§ 3º (Revogado).

§ 3º-A O retorno ao nome de solteiro ou de solteira do companheiro ou da companheira será realizado por meio da averbação da extinção de união estável em seu registro.

§ 4º (Revogado).

§ 5º (Revogado).

§ 6º (Revogado).

§ 7º Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de

crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração.

§ 8º O enteado ou a enteada, se houver motivo justificável, poderá requerer ao oficial de registro civil que, nos registros de nascimento e de casamento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus sobrenomes de família.

Observa-se que o dispositivo legal agora prevê, de forma expressa, diversas situações em que se permite a alteração de sobrenomes, sem que se faça necessária a movimentação do Poder Judiciário.

Dentre tais opções se incluem a inclusão de sobrenomes familiares, a inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento, a exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas, e a inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado.

Interessante, ainda, a regulação constante do §2º do artigo 57, segundo o qual os conviventes em união estável também estão autorizados pela lei a incluir sobrenomes de seu companheiro, a qualquer tempo, nas mesmas hipóteses previstas para as pessoas casadas.

Ademais, em privilégio aos conceitos ampliados de família atualmente abraçados por nossa legislação, o §8º do artigo 57 dispõe sobre a averbação do nome de família de padrastos e madrastas, pelos enteados, sem prejuízo de seus sobrenomes de família.

Afora as consideráveis mudanças promovidas pela Lei n. 14.382/2022, convém destacar que a jurisprudência dos tribunais superiores já vinha flexibilizando a regra da imutabilidade do nome, em interpretação histórico-evolutiva. Senão vejamos.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. SENTENÇA ULTRA PETITA. NULIDADE. EFEITO TRANSLATIVO DA APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO. PRETENSÃO DE SE FAZER HOMENAGEM À AVÓ MATERNA.

IMPOSSIBILIDADE. HOMONÍMIA. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O princípio da proibição da reformatio in pejus está atrelado ao efeito devolutivo dos recursos e impede que a situação do recorrente seja piorada em decorrência do julgamento de seu próprio recurso.

Nada obstante, tal princípio poderá ser superado em situações excepcionais, como no caso de aplicação do efeito translativo dos recursos, segundo o qual será franqueado ao tribunal o conhecimento de matéria cognoscível de ofício. Assim, a nulidade da sentença ultra petita poderá ser reconhecida, de ofício, pelo Tribunal ad quem.

2. O nome é um dos direitos expressamente previstos no Código Civil como um sinal exterior da personalidade (art. 16 do CC), sendo responsável por individualizar seu portador no âmbito das relações civis e, em razão disso, deve ser registrado civilmente como um modo de garantir a proteção estatal sobre ele.

**3. Esta Corte Superior entende que, "conquanto a modificação do nome civil seja qualificada como excepcional e as hipóteses em que se admite a alteração sejam restritivas, esta Corte tem reiteradamente flexibilizado essas regras, interpretando-as de modo histórico-evolutivo para que se amoldem a atual realidade social em que o tema se encontra mais no âmbito da autonomia privada, permitindo-se a modificação se não houver risco à segurança jurídica e a terceiros" (REsp 1.873.918/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 4/3/2021).**

4. Por se tratar de um procedimento de jurisdição voluntária, o Juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, conforme dispõe o art. 723, parágrafo único, do CPC/2015, podendo adotar no caso concreto a solução que reputar mais conveniente ou oportuna, por meio de um juízo de equidade.

**5. A simples pretensão de homenagear um ascendente não constitui fundamento bastante para configurar a excepcionalidade que propicia a modificação do registro. Contudo, uma das reais funções do patronímico é diminuir a possibilidade de homônimos e evitar prejuízos à identificação do**

**sujeito a ponto de lhe causar algum constrangimento, sendo imprescindível a demonstração de que o fato impõe ao sujeito situações vexatórias, humilhantes e constrangedoras, que possam atingir diretamente a sua personalidade e sua dignidade, o que foi devidamente comprovado no caso dos autos.**

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.962.674/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO SUFICIENTE E JURIDICAMENTE MOTIVADO. DIREITO AO NOME. ELEMENTO ESTRUTURANTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MODIFICAÇÃO DO NOME DELINEADA EM HIPÓTESES RESTRITIVAS E EM CARÁTER EXCEPCIONAL. FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS REGRAS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE. PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA SOPESADA COM A SEGURANÇA JURÍDICA E A SEGURANÇA A TERCEIROS. PARTE QUE SUBSTITUIU PATRONÍMICO FAMILIAR PELO DO CÔNJUGE NO CASAMENTO E PRETENDE RETOMAR O NOME DE SOLTEIRO AINDA NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO. JUSTIFICATIVAS FAMILIARES, SOCIAIS, PSICOLÓGICAS E EMOCIONAIS PLAUSÍVEIS. PRESERVAÇÃO DA HERANÇA FAMILIAR E DIFICULDADE DE ADAPTAÇÃO EM VIRTUDE DA MODIFICAÇÃO DE SUA IDENTIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE FRIVOLIDADE OU MERA CONVENIÊNCIA. AUSÊNCIA DE RISCOS OU PREJUÍZOS A SEGURANÇA JURÍDICA E A TERCEIROS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO.

1- Ação proposta em 01/11/2017. Recurso especial interposto em 11/03/2019 e atribuído à Relatora em 12/12/2019.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se há vício de fundamentação do acórdão recorrido; (ii) se é admissível o retorno ao nome de solteiro do cônjuge na constância do vínculo conjugal, substituindo-se o patronímico por ele adotado por ocasião do matrimônio.

3- Não há que se falar em vício de fundamentação e em omissão na hipótese em que o acórdão recorrido se encontra suficiente e juridicamente motivado, declinando, ainda que sem referência expressa às disposições legais, as razões jurídicas que levaram à improcedência do pedido.

4- O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à própria identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade.

5- Conquanto a modificação do nome civil seja qualificada como excepcional e as hipóteses em que se admite a alteração sejam restritivas, esta Corte tem reiteradamente flexibilizado essas regras, interpretando-as de modo histórico-evolutivo para que se amoldem a atual realidade social em que o tema se encontra mais no âmbito da autonomia privada, permitindo-se a modificação se não houver risco à segurança jurídica e a terceiros. Precedentes.

**6- Na hipótese, a parte, que havia substituído um de seus patronímicos pelo de seu cônjuge por ocasião do matrimônio, fundamentou a sua pretensão de retomada do nome de solteira, ainda na constância do vínculo conjugal, em virtude do sobrenome adotado ter se tornado o protagonista de seu nome civil em detrimento do sobrenome familiar, o que lhe causa dificuldades de adaptação, bem como no fato de a modificação ter lhe causado problemas psicológicos e emocionais, pois sempre foi socialmente conhecida pelo sobrenome do pai e porque os únicos familiares que ainda carregam o patronímico familiar se encontram em grave situação de saúde.**

**7- Dado que as justificativas apresentadas pela parte não são frívolas, mas, ao revés, demonstram a irresignação de quem vê no horizonte a iminente perda dos seus entes próximos sem que lhe sobre uma das mais palpáveis e significativas recordações - o sobrenome -, deve ser preservada a intimidade, a autonomia da vontade, a vida privada, os valores e as crenças das pessoas, bem como a manutenção e perpetuação da herança familiar, especialmente na hipótese em que a sentença reconheceu a**

**viabilidade, segurança e idoneidade da pretensão mediante exame de fatos e provas não infirmados pelo acórdão recorrido.**

8- O provimento do recurso especial por um dos fundamentos torna despicando o exame dos demais suscitados pela parte (na hipótese, divergência jurisprudencial). Precedentes.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.873.918/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 4/3/2021.)

Importantes precedentes também foram proferidos acerca do sobrenome adquirido na constância do casamento como direito da personalidade, tanto para fins de sua manutenção, mesmo na ocorrência de divórcio, quanto para o retorno ao nome de solteiro(a), conforme segue.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO COM PEDIDO DE EXCLUSÃO DE PATRONÍMICO ADOTADO PELA CÔNJUGE POR OCASIÃO DO CASAMENTO. REVELIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE NÃO É CONSEQUÊNCIA OBRIGATÓRIA DA AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO DA QUAL NÃO SE DEDUZ CONCORDÂNCIA COM A PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL. EXIGÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VONTADE A ESSE RESPEITO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUE NÃO ABRANGE AS QUESTÕES DE DIREITO. EFEITO DA REVELIA QUE NÃO SE OPERA, ADEMAIS, QUANDO SE TRATAR DE DIREITO INDISPONÍVEL. DIREITO AO NOME, ENQUANTO ATRIBUTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE, QUE MERECE PROTEÇÃO, INCLUSIVE EM RAZÃO DO LONGO TEMPO DE USO CONTÍNUO.

1- Ação distribuída em 23/03/2015. Recurso especial interposto em 03/11/2016 e atribuídos à Relatora em 06/04/2018.

2- O propósito recursal é definir se a revelia da ex-cônjuge na ação de divórcio em que se pleiteia, também, a exclusão do patronímico por ela adotado por ocasião do casamento pode ser interpretada como anuência à retomada do nome de solteira.

3- A decretação da revelia do réu não resulta, necessariamente, em procedência do pedido deduzido pelo autor, sobretudo quando ausente a prova dos fatos constitutivos alegados na petição inicial.

Precedentes.

4- **O fato de a ré ter sido revel em ação de divórcio em que se pretende, também, a exclusão do patronímico adotado por ocasião do casamento não significa concordância tácita com a modificação de seu nome civil**, quer seja porque o retorno ao nome de solteira após a dissolução do vínculo conjugal exige manifestação expressa nesse sentido, quer seja o efeito da presunção de veracidade decorrente da revelia apenas atinge às questões de fato, quer seja ainda porque os direitos indisponíveis não se submetem ao efeito da presunção da veracidade dos fatos.

5- **A pretensão de alteração do nome civil para exclusão do patronímico adotado por cônjuge por ocasião do casamento, por envolver modificação substancial em um direito da personalidade, é inadmissível quando ausentes quaisquer circunstâncias que justifiquem a alteração, especialmente quando o sobrenome se encontra incorporado e consolidado em virtude do uso contínuo do patronímico pela ex-cônjuge por quase 35 anos.**

6- Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.732.807/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 17/8/2018.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE NOME DE SOLTEIRO. DIREITO AO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE E VETOR DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RETORNO AO NOME DE SOLTEIRO APÓS O FALECIMENTO DO CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. QUESTÃO SOCIALMENTE MENOS RELEVANTE NA ATUALIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE. PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ABALOS EMOCIONAIS, PSICOLÓGICOS OU PROFISSIONAIS. PLAUSIBILIDADE DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA. REPARO DE DÍVIDA MORAL COM O PATRIARCA CUJO PATRONÍMICO FOI SUBSTITUÍDO POR OCASIÃO DO CASAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1- Ação distribuída em 10/07/2012. Recurso especial interposto em 22/07/2013 e atribuídos à Relatora em 25/08/2016.

2- O propósito recursal é definir se o restabelecimento do nome de solteiro apenas é admissível na hipótese de dissolução do vínculo conjugal por divórcio ou se também seria admissível o restabelecimento na hipótese de dissolução do vínculo conjugal pelo falecimento do cônjuge.

3- O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade.

**4- Impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis.**

5- Na hipótese, a justificativa apresentada pela parte - reparação de uma dívida moral com o genitor, que foi contrário à assunção do patronímico do cônjuge, e com isso atingir a sua paz interior - é mais do que suficiente para autorizar a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge sobrevivente.

6- Não se conhece do recurso especial interposto ao fundamento de dissídio jurisprudencial se ausente o cotejo analítico dos julgados supostamente divergentes.

7- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 1.724.718/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 29/5/2018.)

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser possível o retorno da requerida ao nome de solteira, após dissolução do vínculo conjugal, sem que houvesse manifestação expressa nesse sentido.

Ademais, decidiu pela possibilidade de retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento de cônjuge, argumentando ser o nome um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à identidade do indivíduo.

É evidente, portanto, após o estudo realizado, que as alterações promovidas pela Lei n. 14.382/2022, especialmente na Lei de Registros Públicos, positivou o entendimento moderno dos tribunais superiores, cujos julgados já vinham privilegiando a autonomia privada e a disposição do próprio nome, desde que considerados outros princípios essenciais como o da segurança jurídica.

Isto posto, tem-se que o princípio da imutabilidade do nome foi relativizado pela legislação brasileira, na medida em que a Lei de Registros Públicos passa a contar com diversas hipóteses em que se autoriza a alteração de prenomes e sobrenomes.

Tais inovações legislativas vão ao encontro da autonomia privada dos cidadãos brasileiros, bem como possibilita uma diminuição das demandas judiciais, deixando a cargo dos oficiais de registro a averiguação do preenchimento dos requisitos legais para a modificação extrajudicial do nome.

### **3 CONCLUSÃO**

Conforme restou demonstrado, a Lei n. 14.382/2022 alterou de forma substancial a regulação do nome civil constante da Lei de Registros Públicos, flexibilizando a regra da imutabilidade do nome.

Não obstante ainda se faça necessária a observância das hipóteses previstas na legislação para que se proceda à modificação e prenomes e sobrenome, é evidente que o legislador pátrio buscou acrescer à lei diversas hipóteses em que ficará a cargo do oficial de registro a realização extrajudicial da alteração do nome.

Privilegia-se, nesse sentido, a autonomia da vontade, bem como positiva-se a evolução do entendimento jurisprudencial, no sentido de possibilitar ao cidadão a disposição de um dos direitos da personalidade.

Além da alteração legislativa citada, a jurisprudência pátria e internacional já haviam firmado entendimento no sentido de que a pessoa transgênero, independentemente de procedimento cirúrgico, poderá alterar seu prenome a classificação de gênero no registro civil, tanto pela via administrativa quanto pela via judicial.

A fundamentação principal para tal conclusão perpassa pela análise da identidade de gênero como manifestação da própria personalidade da pessoa humana, pelo que cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la e não de constituí-la.

Feito o estudo das mudanças legislativas e jurisprudenciais, é certo que a flexibilização promovida não prejudica a segurança jurídica, vez que a alteração dos nomes e sobrenomes, nos termos dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, será dotada de ampla publicidade.

Assim, possibilita-se ao cidadão que, de forma imotivada, proceda à alteração de seu prenome ou sobrenome, dentro das hipóteses legais, sem necessitar movimentar a já congestionada Justiça brasileira.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. — São Paulo : Saraiva, 2015.

BRANDELLI, Leonardo. Nome civil da pessoa natural. São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n. 6.015/1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em 20/03/2023.

DINIZ, Maria Helena. Manual de direito civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. - 16. ed., rev. e atual. - Barueri [SP]: Manole, 2022.

Lei 14.382/2022: apenas na parte que alterou o Código Civil. Buscador Dizer o Direito. Disponível em: [https://www.buscadordizerodireito.com.br/novidades\\_legislativas/detalhes/248e844336797ec98478f85e7626de4a?categoria=4&ano=2022&criterio-pesquisa=e](https://www.buscadordizerodireito.com.br/novidades_legislativas/detalhes/248e844336797ec98478f85e7626de4a?categoria=4&ano=2022&criterio-pesquisa=e). Acesso em 20/03/2023.

Nome civil: princípios, regras e prática após a lei 14.382/22 - Parte I. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrars/374285/nome-civil-principios-regras-e-pratica-apos-a-lei-14-382-22>. Acesso em 20/03/2023.

Nome civil: princípios, regras e prática após a lei 14.382/22 - Parte II. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrars/374906/nome-civil-principios-regras-e-pratica-apos-a-lei-14-382--parte-ii>. Acesso em 20/03/2023.

Nome civil: princípios, regras e prática após a lei 14.382/22 - Parte III. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/375119/nome-civil-principios-regras-e-pratica-apos-a-lei-14-382--parte-iii>. Acesso em 20/03/2023.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de, João Costa-Neto. Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2022.

## O ALCANCE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 201, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUANTO À FILIAÇÃO DO PARTICIPANTE DE REGIME PRÓPRIO COMO SEGURADO FACULTATIVO NO REGIME GERAL

**RENILDO ARGÔLO NERY:**

Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (JFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).<sup>48</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem o escopo de investigar a possibilidade de o servidor público aposentado pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), após a jubilação, vincular-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e recolher contribuições, na qualidade de segurado facultativo desse regime, para obtenção de novo benefício previdenciário, tendo em vista a previsão contida no artigo 201, §5º, da Constituição Federal, fruto da Emenda Constitucional 20/1998 (*"É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência"*).

### 1. INTRODUÇÃO

Conforme artigo 194 da Constituição Federal, 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.

A previdência social, por sua vez, é o ramo contributivo da seguridade social que tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente (artigo 1º da Lei 8.213/1991).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>49</sup> destaca que a previdência social é composta do Regime Geral de Previdência Social (cujas prestações são concedidas pelo INSS), dos Regimes Próprios de Previdência Social (aplicáveis aos servidores públicos estatutários e militares das Forças Armadas) e dos Regimes de Previdência Complementar (previdência privada, de adesão facultativa).

---

<sup>48</sup> E-mail: argolo.nery@gmail.com

<sup>49</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito Previdenciário. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2021, fls. 271/272.

Conforme artigo 11 da Lei 8.213/1991, são segurados obrigatórios do RGPS as seguintes pessoas físicas: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial.

Em regra, para os segurados obrigatórios, a filiação (vínculo jurídico do segurado junto ao regime de previdência) se dá de modo automático, com o exercício da atividade remunerada. A inscrição do segurado obrigatório (cadastramento mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários a sua caracterização) ocorre em momento posterior, com o lançamento das informações no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS)<sup>50</sup>.

O segurado facultativo, por sua vez, é aquele que não exerce nenhuma atividade remunerada, encontrando-se fora das hipóteses de filiação obrigatória e opta por verter contribuições ao RGPS para garantir a cobertura previdenciária (artigo 13 da Lei 8.213/1991), em homenagem ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

A filiação do segurado facultativo junto à Previdência Social decorre de ato de vontade, gerando efeitos somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento. A filiação pressupõe prévia inscrição e pagamento da primeira contribuição previdenciária<sup>51</sup>, de sorte que a proteção previdenciária para si e para seus dependentes passa a ser assegurada a partir da efetiva comprovação do recolhimento das contribuições.

O artigo 107 da Instrução Normativa PRES/INSS Nº 128/2022<sup>52</sup> traz um rol (exemplificativo) de pessoas que podem se filiar como seguradas facultativas:

“Art. 107. A filiação na qualidade de segurado facultativo gera efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento sem atraso, não podendo retroagir e não permitindo o pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição.

---

<sup>50</sup> AMADO, Frederico. Manual de Direito Previdenciário. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022, fls. 212/217.

<sup>51</sup> AMADO, Frederico. Manual de Direito Previdenciário. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022, fl. 216.

<sup>52</sup> BRASIL. Instrução Normativa PRES/INSS Nº 128, de 28 de março de 2022. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Publicado em: 29/03/2022, Edição: 60, Seção: 1, Página: 132, Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>> Acesso em: 28 fev. 2023.

§1º Após a inscrição, o segurado facultativo somente poderá recolher contribuições em atraso quando não tiver ocorrido perda da qualidade de segurado, conforme o disposto no inciso VI do art. 13 do RPS.

§2º Podem filiar-se facultativamente, entre outros:

I- a pessoa que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência;

II- o síndico de condomínio, desde que não remunerado;

III- o estudante;

IV- o brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior;

V- aquele que deixou de ser segurado obrigatório da Previdência Social;

VI- o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 1990, quando não remunerado e desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

VII- o estagiário que presta serviços a empresa de acordo com a Lei nº 11.788, de 2008;

VIII- o bolsista que se dedica em tempo integral à pesquisa, curso de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, no Brasil ou no exterior, desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

IX- o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

X- o brasileiro residente ou domiciliado no exterior;

XI- o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria;

XII- o beneficiário de auxílio-acidente ou de auxílio-suplementar, desde que simultaneamente não esteja exercendo atividade que o filie obrigatoriamente ao RGPS;

XIII- o atleta beneficiário do Bolsa-Atleta que não seja filiado a regime próprio de previdência social ou que não esteja enquadrado em uma das hipóteses do art. 9º do RPS; e

XIV- o segurado sem renda própria de que trata a alínea "b" do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 1991, que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda, com pagamento de contribuição na alíquota de 5% (cinco por cento), observado que:

a) para fins específicos de enquadramento nesta condição e recolhimento na alíquota de 5% (cinco por cento), não será considerada como renda aquela, exclusivamente, proveniente de auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária e de valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;

b) conforme disposto no § 4º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 1991, considera-se de baixa renda a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico, cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos;

c) o conceito de renda própria deve ser interpretado de forma a abranger quaisquer rendas auferidas pela pessoa que exerce trabalho doméstico no âmbito de sua residência e não apenas as rendas provenientes de trabalho; e

d) as informações do CadÚnico devem ser atualizadas sempre que houver mudança na situação da família ou, no máximo, a cada 2 (dois) anos."

O artigo 107, §5º, da Instrução Normativa PRES/INSS Nº 128/2022, elenca as hipóteses em que a filiação ao RGPS, na qualidade de segurado facultativo, é vedada:

**"§5º É vedada a filiação ao RGPS, na qualidade de segurado facultativo:**

I- dentro do mesmo mês em que iniciar ou cessar o exercício da atividade sujeita à filiação obrigatória, tanto no RGPS como no RPPS, ou pagamento de benefício previdenciário, ressalvadas as hipóteses de benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão;

**II- para o servidor público aposentado, qualquer que seja o regime de previdência social a que esteja vinculado; e**

III- para os participantes do RPPS, não podendo ser consideradas, para qualquer efeito, as contribuições vertidas para o RGPS do:

a) servidor público civil ou militar da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações, sujeito a regime próprio de previdência social, inclusive aquele que sofreu alteração de regime jurídico, no período de 6 de março de 1997, data da publicação do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social - RBPS, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 1997, até 15 de dezembro de 1998, véspera da vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, exceto o que acompanha cômjuge que presta serviço no exterior;

b) servidor público civil da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações, salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio, a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998; e

c) servidor público efetivo civil da União, de suas respectivas Autarquias ou Fundações, participante de RPPS, inclusive na hipótese de afastamento sem vencimentos, a partir de 15 de maio de 2003, data da publicação da Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003."

Como se observa, a despeito da ausência de previsão legal expressa, a norma infralegal veda incisivamente a possibilidade de o servidor público aposentado pelo RPPS vincular-se ao RGPS e recolher contribuições, na qualidade de segurado facultativo desse regime.

Por tais razões, imprescindível o exame da atividade jurisprudencial nos últimos anos, para que se possa compreender empiricamente a maneira como o Judiciário brasileiro vem solucionando a questão.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 DA CORRENTE MAJORITÁRIA**

Na jurisprudência pátria, o entendimento amplamente majoritário é no sentido de que somente se admite a filiação do servidor público participante de RPPS no RGPS se

exercer atividade que o enquadre como segurado obrigatório. É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência (art. 201, §5º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998).

A norma constitucional teria o escopo de impedir que o servidor público faça do RGPS uma espécie de "previdência complementar", para fins de complementação de renda. O fato de encontrar-se aposentado pelo RPPS em nada alteraria a interpretação proibitiva, uma vez que o servidor aposentado permanece na condição de pessoa participante de regime próprio de previdência. O próprio artigo 40, §18, da Constituição Federal, prevê a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo RPPS que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral.

É o que se verifica nos seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. **SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. SEGURADO FACULTATIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO COM ERRO DE CÓDIGO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS ATENDIDOS. SENTENÇA IMPROCEDENTE PARCIALMENTE REFORMADA.** 1. A concessão do benefício pleiteado pela parte autora exige a demonstração da idade de 60 anos, para a mulher, 65 anos, para o homem (art. 48 c/c art. 25, ambos da Lei 8.213/1991). Quanto a este aspecto, a parte autora, nascida em 03.12.1959, já contava com mais de 60 anos de idade à época do requerimento administrativo. 2. De acordo com o conjunto de informações constantes dos autos, a requerente aposentou-se em fevereiro/1992 pelo RPPS. A partir de março/1992 passou a exercer o cargo comissionado de inspetora escolar, situação em que permaneceu até janeiro/2008, cujo tempo de serviço fora devidamente averbado junto ao INSS, num total de 153 contribuições recolhidas ao RGPS. Após a exoneração do cargo comissionado, a requerente recolheu mais 32 contribuições no código 1406 (contribuinte facultativo). 3. A filiação da requerente ao RGPS se deu depois de 24 de julho de 1991, de forma que a regra de transição do art. 142, da Lei 8.213/91 não lhe aproveita, devendo cumprir a carência integral de 180 meses (15 anos), nos termos do art. 25, II, da Lei 8.213/91. **4. Quanto ao aproveitamento das contribuições vertidas na condição de contribuinte**

**facultativo, o art. 201, § 5º da CF/88, é muito claro: "É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência".** 5. O ponto central da controvérsia está em saber se a filiação da requerente ao RGPS, mediante recolhimentos de contribuições previdenciárias no código 1406 (segurado facultativo), correspondentes ao período de agosto/2008 a fevereiro/2011, pode ou não ser considerada no código 1007 (contribuinte individual) para o cumprimento da carência legal. (...) Apelação parcialmente provida (TRF1, Processo 0017828-31.2016.4.01.3800, 1ª Câmara Previdenciária de Minas Gerais, DJE 09/07/2021).

PREVIDENCIÁRIO: APOSENTADORIA POR IDADE. SEGURADA APOSENTADA POR REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. FILIAÇÃO AO REGIME GERAL. PERÍODO COMO SEGURADA FACULTATIVA. VEDAÇÃO. ART. 201, § 5º DA CF. PERÍODO DE CARÊNCIA NÃO CUMPRIDO. BENEFÍCIO INDEVIDO. I - **A partir de 16/12/1998, data da publicação da EC nº 20, foi vedada a filiação ao RGPS, na condição de segurado facultativo, de pessoa participante de RPPS, salvo na hipótese de afastamento sem vencimentos e desde que, nesta condição, não for permitida contribuição ao respectivo regime, o que não é a hipótese dos autos.** II - Nos termos da legislação em vigor, a autora filiou-se na condição de segurada facultativa perante o RGPS a partir da primeira contribuição, em fevereiro de 2006. III - Caso a autora tivesse exercido, no período de 02/2006 a 05/2012, atividade remunerada estando, dessa forma, inscrita como segurada obrigatória da Previdência Social, tais contribuições seriam computadas como tempo de contribuição para fins de aposentadoria por idade. IV - Para a autora, aposentada pelo Regime Próprio de Previdência Social desde 05/03/1987 (fl. 24), é vedada a filiação ao Regime Geral de Previdência Social na condição de segurada facultativa, conforme simples leitura do comando constitucional inserto no artigo 201, § 5º, da Constituição Federal. V - Compulsando os recolhimentos efetuados pela parte autora, os recolhimentos foram vertidos de 02/2006 a 02/2007 com o código 1406 - Facultativo Mensal e, no período de 03/2007 a 05/2012, as contribuições foram vertidas com o código 1473 - Facultativo - Opção apenas aposentadoria por idade e não há nada nos autos que indique a parte autora tenha exercido a atividade como contribuinte individual que justifique a alteração do código de recolhimento das contribuições previdenciárias. VI - Por conseguinte, tendo a parte

autora comprovado o recolhimento de 105 contribuições, o que fica aquém das 120 contribuições necessárias, para quem implementou o requisito idade no ano de 2001, a improcedência da ação era de rigor. VII - Recurso desprovido. (TRF3, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002012-35.2013.4.03.6103/SP, Relatora: Desembargadora Federal Inês Virgínia, DJE: 12/03/2019).

**A pretensão recursal, de ver considerados, para fins de carência, os recolhimentos efetuados na condição de segurada facultativa, encontra óbice em expressa vedação constitucional, consoante o § 5º, do art. 201.** A inclusão de referido dispositivo no Texto Constitucional visou a impedir que o servidor público fizesse do Regime Geral de Previdência Social uma espécie de "Previdência Complementar", inconfundível com o cenário no qual o servidor a exercer outra atividade profissional que o enquadre como segurado obrigatório, quando então nenhuma violação haverá ao verter contribuições ao RGPS, ao contrário, assim a dever o fazer por obrigação do sistema. (...) **Ao servidor público participante de RPPS somente admitida a participação no RGPS se exercer atividade que o enquadre como segurado obrigatório, situação esta não experimentada pela apelante**". (TRF3, Processo n. 0002695-97.2013.4.03.6127, 9ª Turma, Relator: Juiz Convocado Silva Neto, DJE: 16/08/2016).

PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO EM REGIME PRÓPRIO DEPREVIDÊNCIA. FILIAÇÃO AO RGPS COMO SEGURADO FACULTATIVO. VEDAÇÃO EXPRESSA DA CF/88. AUSÊNCIA DE QUALIDADE DE SEGURADO JUNTO AO RGPS. AUXÍLIO-DOENÇA INDEFERIDO. 1. **Ao servidor aposentado em Regime Próprio de Previdência é vedada a filiação ao Regime Geral de Previdência Social na condição de segurado facultativo por vedação expressa contida no §5º do art. 201 da Constituição Federal.** 2. Hipótese em que o autor por não estar filiado ao RGPS na data de início da incapacidade não faz jus à concessão de auxílio-doença previsto neste sistema previdenciário (TRF4, Processo 5001190-05.2018.4.04.7122, Quarta Turma Recursal do RS, DJE 08/11/2018).

**Quanto ao período em que a autora recolheu como segurada facultativa, deve-se destacar que o servidor público não pode contribuir com o INSS nessa qualidade de segurado, havendo**

**vedação expressa do §5º, do art. 201 da Constituição Federal**  
(TRF5, Processo n. 0508403-43.2017.4.05.840, Primeira Turma Recursal do RN, Relator: Carlos Wagner Dias Ferreira, Data de Julgamento: 15/08/2018).

## 2.2 DA CORRENTE MINORITÁRIA

O artigo 11, §2º do Decreto 3.048/1999 repetiu a redação do referido dispositivo constitucional, mas reconheceu uma exceção: “É vedada a filiação ao Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência social, salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio”.

No mesmo sentido é o disposto na IN 75/2015, que explicitou que a vedação se estende ao servidor público aposentado:

“Art. 55. Podem filiar-se na qualidade de facultativo os maiores de dezesseis anos, mediante contribuição, desde que não estejam exercendo atividade remunerada que os enquadre como filiados obrigatórios do RGPS.

(...)

**§ 4º A filiação como segurado facultativo não poderá ocorrer:**

I- dentro do mesmo mês em que iniciar ou cessar o exercício da atividade sujeita à filiação obrigatória, tanto no RGPS como no RPPS, ou pagamento de benefício previdenciário, ressalvadas as hipóteses de benefícios de pensão por morte, auxílio reclusão, e salário maternidade quando iniciar ou cessar em fração de mês; ou

**II- para o servidor público aposentado, qualquer que seja o regime de previdência social a que esteja vinculado.**

**§5º É vedada a filiação como segurado facultativo no RGPS para os participantes do RPPS, não podendo ser consideradas, para qualquer efeito, as contribuições vertidas para o RGPS do:**

(...)

**II- servidor público civil da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e**

**desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio a partir de 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998”**

Frederico Amado<sup>53</sup> assim leciona: “A única possibilidade de o servidor efetivo amparado por RPPS recolher como segurado facultativo do RGPS é se ele estiver afastado sem a percepção de vencimentos, desde que a lei de regulação do RPPS não permita, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio, o que deve ser aferido caso a caso”.

Porém, no bojo do processo 0515768-09.2016.4.05.820054, a Primeira Turma Recursal da Paraíba entendeu ser possível a filiação do aposentado pelo RPPS como segurado facultativo do RGPS, nos termos seguintes:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. FILIAÇÃO DE PARTICIPANTE DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS) COMO SEGURADO FACULTATIVO. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO PERÍODO DESDE QUE POSTERIOR À APOSENTAÇÃO NO RPPS. AUSÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. TEMPO SUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA PLEITEADA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

1. Sentença improcedente. A parte autora recorre alegando que a sentença deve ser anulada pela ausência de citação da União, e, no mérito, requer o reconhecimento das contribuições vertidas após a sua aposentadoria no RPPS, na condição de segurado facultativo.

(...)

**3. A parte autora estava vinculada ao Regime Próprio de Previdência Social quando se filiou como segurado facultativo, incorrendo na vedação do art. 201, § 5º, da Constituição Federal: “É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência”.**

**5. Todavia, fazendo uma interpretação finalística da norma constitucional, qual seja, a de não permitir que o servidor público se**

---

53 AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 10ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2018, fls. 335/336.

54 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 0515768-09.2016.4.05.8200, 1ª Turma Recursal/PB, Relator: Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, Julgamento: 08/02/2018.

**utilize do RGPS como uma previdência complementar, tem-se que não existe óbice ao segurado facultativo, já aposentado no RPPS, continuar vertendo contribuições para fins de complementação do período de carência, já que não houve averbação no RPPS de tempo de contribuição do RGPS.**

6. No caso dos autos, o autor verteu contribuições na condição de autônomo, ou seja, segurado obrigatório, nos seguintes períodos: 01/1976 a 02/77; 07/77 a 08/77; 10/77; 12/77 a 01/78; 04/78 a 12/78; 04/79 a 09/79; 01/02/1991 a 31/03/1992, conforme extratos do CNIS. Acerca desse período, não há divergências, tendo em conta que se trata de períodos em que é obrigatório o recolhimento de contribuições.

7. Posteriormente, manteve vínculo com a Prefeitura de João Pessoa, no intervalo de 15/04/1997 a 31/08/2001. E contribuiu como facultativo, verteu contribuições no período de 05/2008 a 31/12/2015. No período em que o autor contribuiu como facultativo, já se encontrava aposentado junto ao RPPS, ou seja, não houve concomitância de contribuições.

**8. Desse modo, é devido o cômputo do período posterior à aposentação do autor no RPPS, de 15/04/1997 a 31/08/2001 e de 05/2008 a 31/12/2015, para fins preenchimento da carência do benefício de aposentadoria por idade, tendo em conta a inexistência de concomitância das contribuições com o tempo de contribuição vertido ao regime próprio.**

(...)

9. Súmula do julgamento: A Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária da Paraíba, reunida em sessão de julgamento ocorrida na data constante da aba "Sessões Recursais" destes autos virtuais, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso da parte autora, para conceder a aposentadoria por idade (NB 169.669.471-7), desde a DER (22/10/2015). Juros e correção monetária, nos termos do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, conforme precedentes desta Turma Recursal nos Procs. nºs 0503667-71.2015.4.05.8200 e 0500333-29.2015.4.05.8200, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º - F da Lei n. 9.494/97.

Igual raciocínio foi aplicado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco no julgamento do processo 0501051-12.2018.4.05.8300S55:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. CARÊNCIA CUMPRIDA. **RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE FACULTATIVO POSTERIOR AO ENCERRAMENTO DO VÍNCULO DO RPPS. APROVEITAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES.** RECURSO INOMINADO PROVIDO. (...) “Todavia, observo que a recorrente possuía dois vínculos empregatícios no período de 14/01/2004 a 28/01/2013, sendo num deles filiada ao RGPS na condição de segurado obrigatório, a totalizando 144 contribuições para o RGPS, o que fora inclusive reconhecido pela autarquia (anexo 13 e anexo 14, fl. 7) e somente após encerrado o outro vínculo, com o Estado de Pernambuco, é que filiou-se como facultativa, em 01/2013 (anexo 12 e anexo 23). **Assim, data maxima venia, nada impede que sejam utilizadas as contribuições vertidas pela autora ao RGPS a partir de 01/2013, para fins de aposentadoria previdenciária, já que as referidas contribuições não foram utilizadas no cálculo da aposentadoria no RPPS, de acordo com a declaração emitida pelo FUNAPE (anexo 10).”**

Em sentença proferida no bojo do processo 0001660-81.2018.4.03.633656 (Juizado Especial Federal Cível Jaú/SP), o magistrado sentenciante teceu as seguintes considerações:

“A Constituição Federal, no §5º do art. 201, com redação dada pela EC 20/98, proibiu a filiação dos servidores públicos participantes de regime próprio como segurados facultativos em regime geral. A inclusão de referido dispositivo no Texto Constitucional visou a impedir que o servidor público fizesse do Regime Geral de Previdência Social uma espécie de “Previdência Complementar”, inconfundível com o cenário no qual o servidor a exercer outra atividade profissional que o enquadre como segurado obrigatório, quando então nenhuma violação haverá ao verter contribuições ao RGPS, ao contrário, há a obrigação de contribuir para o sistema. Por outro lado, como se sabe, o segurado facultativo, como a própria nomenclatura não deixa

---

55 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 0501051-12.2018.4.05.8300S, 2ª Turma Recursal/PE, Relator: Jorge André de Carvalho Mendonça, Julgamento: 19/02/2019.

56 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo 0001660-81.2018.4.03.6336, Juizado Especial Federal Cível Jaú/SP, Juiz Federal: Samuel de Castro Barbosa Melo, Julgamento: 06/02/2019.

dúvida, a ser aquele que não exerce atividade remunerada, enquadrando-se em tais situações a dona de casa, o bolsista, o estudante, o encarcerado sem vínculo com o RGPS e que não exerça atividade profissional no presídio, além de outros. Ao servidor público participante de RPPS somente admitida a participação no RGPS se exercer atividade que o enquadre como segurado obrigatório.

Nessa esteira, prescreve o §2º do art. 11 do Regulamento da Previdência Social que *"é vedada a filiação ao Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência social, salvo na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nesta condição, contribuição ao respectivo regime próprio."*

Dispõe o art. 55, §4º, inciso II, da IN nº 77/2015 que a filiação como segurado facultativo não pode ocorrer para o servidor público aposentado, qualquer que seja o regime de previdência social a que esteja vinculado.

**Entendo que a restrição contida no artigo susomencionado extrapolou o limite do poder normativo regulamentar, inovando na ordem jurídica, uma vez que, consoante dicção do art. 201, §5º da CR/88 e do art. 13 da Lei nº 8.213/91, regulamentado pelo art. 11 do Decreto nº 3.048/99, a vedação da filiação de servidor público como segurado facultativo somente se dá quando o servidor público estiver na ativa, vinculado a regime jurídico próprio.**

(...)

Entretantes, no caso em comento, a parte autora aposentou-se por tempo de serviço, no regime jurídico próprio dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo, em 05/09/2014, sendo que começou a verter contribuições para o custeio do RGPS, na condição de segurado facultativo, desde a época em que se encontrava filiada em regime estatutário.

Dessarte, somente devem ser computadas as contribuições vertidas a partir de 06/09/2014. Somando-se os intervalos de 29/01/1975 a 09/10/1983 e de 06/09/2014 a 30/06/2018, nos quais se enquadrava, respectivamente, nas categorias de segurado obrigatório empregado e segurado facultativo, atinge-se o total de 12 anos, 06 meses e 06 dias

de tempo de contribuição e 152 contribuições, para fins de carência, razão pela qual não faz jus a autora à obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria por idade urbana.”

Além disso, no bojo do processo 0803715-69.2020.4.05.830057, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiu a possibilidade de contagem recíproca após a vacância do cargo público e filiação no RGPS, na qualidade de segurado facultativo:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO RESISTIDA JUDICIALMENTE. DIB NA DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTAGEM RECÍPROCA. REQUISITOS PREENCHIDOS.

(...)

**13. O direito à contagem recíproca nos regimes próprio de previdência social com o regime geral está previsto nos art. 94 da Lei 8.213/91: "Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente".** Note-se que, nos termos do §1º, "a compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento".

**14. In casu, consta nos autos que, para fins de concessão do benefício no RGPS, o segurado averbou CTC, emitida pelo Ministério da Fazenda, referente ao período em que esteve vinculado ao referido órgão, de 20/04/1981 a 06/06/2019 (data de sua vacância), totalizando 38 anos, 01 mês e 27 dias de contribuição. Posteriormente, com a finalidade de voltar a se filiar no regime geral, o autor recolheu 01 contribuição referente à competência 07/2019, como segurado facultativo do RGPS.**

---

57 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 0803715-69.2020.4.05.8300, 2ª Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Julgamento: 14/06/2021.

**15. Ressalte-se que a legislação previdenciária apenas exige, para fins de contagem recíproca, que o segurado pleiteie a aposentadoria no regime em que se encontra vinculado. Assim, tendo o Autor voltado a se filiar no RGPS, na qualidade de segurado facultativo, após a vacância do cargo público, inexistente óbice à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição no RGPS, com a contagem recíproca do período trabalhado no Ministério da Fazenda, ante o preenchimento de todos os requisitos (35 anos de contribuição - direito adquirido antes da reforma prevista na EC103/2019).**

16. Apelação do INSS parcialmente provida, para desconsiderar da contagem de tempo de contribuição os períodos de 23/10/1974 a 06/11/1977; de 17/06/1976 a 18/05/1977; de 02/02/1978 a 30/06/1978; de 01/07/1978 a 30/06/1979; e de 01/07/1979 a 31/03/1981, permanecendo hígido, contudo, o direito à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB na data do ajuizamento da ação (12/02/2020). Remessa necessária não conhecida.

### **3. CONCLUSÃO**

A previdência social é uma espécie de seguro social compulsório, de caráter contributivo, que tem o escopo de assegurar aos seus beneficiários, exercentes de atividade remunerada, os meios indispensáveis de subsistência, nas hipóteses legalmente previstas (idade avançada, incapacidade laborativa, morte, maternidade, reclusão, desemprego, dentre outras)<sup>58</sup>.

O segurado facultativo, por sua vez, é aquele que não exerce nenhuma atividade remunerada, encontrando-se fora das hipóteses de filiação obrigatória e opta por verter contribuições ao RGPS, para garantir a cobertura previdenciária, em homenagem ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

Conforme o disposto no artigo 12, §1º, da Lei 8.213/1991, o servidor aposentado pelo RPPS que vier a exercer atividade remunerada na esfera privada torna-se segurado obrigatório do RGPS em relação a essa atividade.

---

<sup>58</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, fl. 882.

Porém, é vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência (artigo 201, §5º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998).

Com base na literalidade do dispositivo constitucional, a jurisprudência majoritária entende que ao servidor aposentado no RPPS é vedada a filiação ao RGPS na condição de segurado facultativo.

Sem embargo, a norma em discussão, se interpretada de forma ampla e irrestrita (“pessoa participante de regime próprio”), alcançaria até mesmo a esfera jurídica dos dependentes previdenciários, além de não diferenciar o aposentado comum (participante passivo não contribuinte), o aposentado contribuinte (conforme artigo 40, §18, da Constituição Federal) e o servidor na ativa (participante ativo). Também, do ponto de vista temporal, não haveria clareza quanto ao período em que a filiação como segurado facultativo é vedada (se anterior, concomitante ou posterior ao regime próprio), de sorte que poderia ser questionada a própria validade de eventuais contribuições vertidas como segurado facultativo antes do ingresso no RPPS, em aparente confronto com a garantia do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição).

Todavia, fazendo uma interpretação teleológica da norma constitucional, qual seja, a de não permitir que o servidor público se utilize do RGPS como uma previdência complementar, parcela minoritária da jurisprudência entende que não haveria óbice ao segurado facultativo, já aposentado no RPPS, verter contribuições para fins de cumprimento da carência no RGPS.

De acordo com a corrente minoritária, a restrição contida na norma do INSS extrapolou o limite do poder normativo regulamentar, inovando a ordem jurídica, uma vez que, consoante dicção do artigo 201, §5º da Constituição Federal e do artigo 13 da Lei 8.213/1991, a vedação da filiação de servidor público como segurado facultativo somente se daria quando o servidor estivesse na ativa, vinculado a regime jurídico próprio. As contribuições são vertidas para sistemas previdenciários distintos, sem concomitância das contribuições como segurado facultativo com o tempo de contribuição ao regime próprio, afastando a vedação contida na Constituição Federal.

De igual maneira, o recolhimento de contribuição pelo servidor público aposentado pelo RPPS, na qualidade de segurado facultativo do RGPS, representa nova fonte de arrecadação aos cofres previdenciários, de modo que também não haveria violação ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

Porém, é importante destacar que mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, sem limite de prazo, quem estiver em gozo de

benefício previdenciário, de maneira que o servidor aposentado pelo regime próprio não se desvincula do regime de origem. Com ainda mais razão, se o valor da aposentadoria no RPPS for superior ao teto do RGPS, o aposentado continua vertendo contribuições ao sistema previdenciário que originou o benefício, por ser obrigatória, nesta condição, a contribuição ao respectivo regime próprio (artigo 40, §18º, da Constituição Federal).

Como se observa, o tema é deveras complexo, admitindo teses favoráveis e contrárias em dois campos de argumentação. A redação do artigo 201, §5º, da Constituição Federal, do ponto de vista previdenciário, não foi suficientemente técnica, de sorte que a edição de lei em sentido estrito poderia dirimir a controvérsia, com estabelecimento dos casos em que há vedação à filiação do segurado facultativo no regime geral, garantindo segurança jurídica e isonomia na prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

AMADO, Frederico. **Manual de Direito Previdenciário**. 2ª Ed., São Paulo: Juspodivm, 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa PRES/INSS Nº 128/2022**. Diário Oficial da União, Brasília/DF, Publicado em: 29/03/2022, Edição 60, Seção 1, Página 132, Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>> Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Processo 0001660-81.2018.4.03.6336**, Juizado Especial Federal Cível Jaú/SP, Juiz Federal: Samuel de Castro Barbosa Melo, Julgamento: 06/02/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo 0515768-09.2016.4.05.8200**, 1ª Turma Recursal/PB, Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, Julgamento: 08/02/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo 0803715-69.2020.4.05.8300**, 2ª Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Julgamento: 14/06/2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo 0501051-12.2018.4.05.8300S**, 2ª Turma Recursal/PE, Relator: Juiz Federal Jorge André de Carvalho Mendonça, Julgamento: 19/02/2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

## **MEDIAÇÃO: A BUSCA DA SOLUÇÃO PACÍFICA E EFICAZ DE CONFLITOS TRABALHISTAS**

**GIRLANO DE SOUSA SOARES:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e advogado no âmbito do direito empresarial.<sup>59</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por finalidade levar informação à sociedade, com uma consequente conscientização acerca da importância da mediação como forma célere e eficaz de resolução de conflitos no âmbito do Direito Trabalhista, conforme assegura o art. 7º, XXVI da Carta Magna, priorizando a negociação como forma pacífica de controvérsias. É fato que este tema, tratado por muitos como inovação, mesmo sendo confirmado pela Carta Magna, precisa ser debatido e aprofundado de forma a ser aperfeiçoado e disseminado na sociedade. Entretanto, conforme será debatido a seguir, não só os membros do Judiciário, mas também toda a sociedade em si, não pode fechar os olhos para a crise que assola o Poder Judiciário brasileiro, com processos morosos, extremamente onerosos, que acabam afastando aqueles que dela mais precisam. Diante deste quadro, a mediação surge em diversos países como uma relevante forma de composição de conflitos, capaz de trazer satisfação às partes, celeridade, e promover o desafogamento do judiciário brasileiro. É claro que a mediação não pretende excluir a atividade jurisdicional, mas sim atuar em conjunto, de forma a trazer maior satisfação aos tutelados. Veremos que a mediação possui uma roupagem atual, que se aproxima ainda mais da sociedade.

**Palavras-chave:** 1. *Mediação*; 2. Célere; 3. Eficaz; 4. Satisfação; 5. Flexibilidade; 6. Inovação.

### **MEDIATION: THE SEARCH FOR A PEACEFUL AND EFFECTIVE SOLUTION TO LABOR DISPUTES**

**ABSTRACT:** The present research aims to bring information to society, as a consequent awareness about the importance of mediation as an expeditious and effective form of conflict resolution within the Labor Law, as guaranteed by the article 7, XXVI of the Brazilian Constitution, giving priority to peaceful negotiation as a way to solve controversy. It is a fact that this subject, treated by many as innovation, even though confirmed by the Constitution, must be discussed and detailed in order to be perfected and disseminated all over society. Nevertheless, not only the members of the judiciary, but also the entire society itself, cannot close its eyes to the crisis that plagues the Brazilian Judiciary with very lengthy and extremely expensive processes that end up distant from those who most need them, the people. Given this situation, the mediation arises in several countries as a new form of alternative dispute

---

<sup>59</sup> E-mail: girlanosousa@gmail.com

resolution, able to bring satisfaction to the parties, speed, and promote the decongestion of the Brazilian judiciary. Mediation is not intended to exclude judicial activity, but rather work together in order to bring greater satisfaction to the wards. We will see that mediation has a current guise which approaches itself even more from society.

**Keywords:** 1. Mediation 2. Expeditious 3. Effective 4. Satisfaction 5. Flexibility 6. Innovation

## 1. INTRODUÇÃO

Os conflitos interpessoais estão cada vez mais frequentes, em uma sociedade progressivamente mais esclarecida acerca dos seus direitos, fazendo com que esta não permaneça inerte e passe a buscar a tutela jurisdicional como forma de ver seus direitos reconhecidos.

O Judiciário deve trazer sempre novas fórmulas que melhor se adequem à realidade social, aproximando ainda mais a população da Justiça enquanto instituição.

É fato que o judiciário tem passado por uma grande modernização, se aproximando ainda mais da sociedade, a fim de proporcionar uma solução justa e pacífica.

A mediação, assim como a arbitragem, é uma ferramenta importante, de grande justeza e eficácia usada para a resolução dos conflitos. Tal ferramenta vem ganhando cada vez mais espaço e notoriedade na resolução de conflitos trabalhistas, sejam individuais ou coletivos.

Muito se discute acerca das áreas, assuntos e sujeitos em que cabe a mediação nos conflitos individuais de trabalho. Dois dos questionamentos mais importantes é se caberia mediação em conflitos entre sujeitos constitutivamente desiguais. O outro é quanto à aplicação da mediação nos conflitos trabalhistas, por tratarem de direitos indisponíveis, se seria justo ou não. Esses pontos serão abordados no decurso do trabalho.

Discussões e divergências à parte, devemos nos orientar acerca da importância e das reais contribuições da mediação na revitalização da relação empregado-empregador, contribuindo para uma recomposição pacífica das relações continuadas, promovendo uma higidez no ambiente de trabalho.

Faz-se mister frisar que, além de toda a importância já demonstrada, a mediação, acima de tudo, se torna importante por sua cada vez mais nítida utilização em conflitos coletivos em que sejam atuantes os sindicatos, conforme desenvolveremos no referente trabalho.

## 2. O CONCEITO DE MEDIAÇÃO

A mediação é uma inovadora forma de resolução de conflitos que pretende a pacificação das relações, bem como a sua continuidade. Atualmente é definida como uma das formas alternativas de composição de conflitos, numa evolução da justiça multiportas.

Segundo Fernanda Tartuce (2013, p.46):

Mediar é facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que estas próprias possam, a partir de uma compreensão ampliada dos meandros da situação controvertida engendrar respostas conjuntas sobre as questões relevantes do conflito.

Outro importante conceito trazido acerca da mediação é o de Juan Carlos Vezzulla (2005, p.89):

A base da mediação é o tratamento dos mediados como seres humanos únicos que devem esclarecer as suas dificuldades melhorando as inter-relações que lhes permitem deter o controle absoluto de todas as etapas do processo, através de um diálogo esclarecedor que possibilite a negociação e pelo qual eles criam responsabilmente as soluções impostas.

A filosofia da mediação é que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo. Por isso, o mediador é um profissional especialmente treinado para auxiliar essa negociação, investigando a fundo os problemas reais, e ajudando a criar e a avaliar as opções de solução com critérios científicos que assegurem aos mediados que o acordo resultante será justo, equitativo e durável. Acrescente-se que o processo decorre com atenção especial aos relacionamentos entre os mediados para que se fortaleça e adquira a maturidade suficiente para um trabalho frutífero.

### **3. PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO**

Segundo Zoraide Amaral de Souza, a mediação deve ser regida por uma série de princípios, quais sejam: 1) Identificação das necessidades e interesses dos participantes; 2) Imparcialidade do mediador; 3) Confidencialidade do procedimento; 4) Voluntariedade na escolha da mediação.

A identificação das necessidades das partes é uma tarefa que exige sensibilidade por parte do mediador. Este tem o dever de ir além do discurso das partes e buscar compreender o que, de fato, as partes buscam e, mais do que isso, necessitam.

A imparcialidade do mediador é um dos principais princípios que caracterizam a mediação. O mediador deve funcionar como um terceiro que não integra a relação, logo, não poderá interferir nas decisões ou propostas feitas por ambas as partes, mas deverá promover que estas retomem o equilíbrio da relação através do diálogo.

A mediação é um procedimento sigiloso, logo, o mediador tem a obrigação de não levar as informações obtidas na mediação para além daquele procedimento, sendo garantido o sigilo.

A opção pela mediação deve ser feita de forma voluntária, ou seja, não pode ocorrer de forma compulsória. As próprias partes devem buscar a mediação por acreditarem que é sim possível chegarem a uma solução coerente com a vontade de ambas. Obrigar que a mediação seja realizada frustraria, sem dúvidas, seu resultado esperado, haja vista que as partes participariam com um olhar ainda mais resistente e agressivo.

Alguns doutrinadores reconhecem uma série de outros princípios. Cita-se os principais: não competitividade; a competência do mediador; a informalidade do processo.

Quanto a não competitividade, entende-se que deve existir em cada um o desejo de se chegar à melhor solução pacífica para ambos, e não como uma relação de ganhar-perder.

O mediador deverá ser capaz e competente de conduzir a mediação, processo que exige um olhar subjetivo e de grande alcance, para encarar a melhor forma de conduzir os participantes a uma resposta.

Ressalta-se ainda que a mediação é um procedimento informal, sem forma fixa e regras processuais rígidas, diferente do que ocorre nos processos judiciais. Isso permite que as partes se sintam livres e mais à vontade para atuar de forma mais independente.

Por não ter forma rígida, a mediação permite que os atos realizados sejam de forma oral, livre.

Um dos pontos mais importantes da mediação é que, diferente dos processos judiciais, ela tem uma duração muito menor, e não requer o dispêndio de gastos e taxas tão altos quanto naqueles procedimentos.

#### **4. A MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

A mediação está especialmente ligada à Justiça do Trabalho no Judiciário brasileiro.

Os conflitos no âmbito trabalhista são cada vez mais frequentes no quadro atual, visto que a relação entre o capital e o trabalho está cada vez mais tênue.

O ideal seria que os conflitos de interesses fossem resolvidos diretamente pelos interessados, sem necessidade de intervenção de terceiros. Entretanto, desde que o terceiro exerça o papel de simples facilitador, estaria caracterizada uma das formas mais inovadoras de autocomposição de conflitos, a mediação.

O papel da mediação no Direito do Trabalho é proporcionar às partes a continuação daquela relação após a composição do conflito. É fato que as divergências que surgem na relação empregador-empregado, quando levados ao judiciário, acabam por gerar uma disputa entre as partes, desgastando o relacionamento entre ambas.

Por vezes, fica muito difícil manter a relação de emprego, pois há durante o processo uma verdadeira queda de braço judicial, em que as partes encaram como uma disputa, quebrando a confiança e lealdade que devem vigorar nas relações de emprego.

A mediação surge então como um mecanismo ideal, haja vista que ao mesmo tempo em que soluciona conflitos na relação de trabalho, ela restaura e preserva o convívio, harmonizando a relação entre empregado e empregador e permitindo que ela se perpetue.

Segundo João de Lima Teixeira Filho:

A mediação é o processo dinâmico de convergência induzida ao entendimento. Visa à progressiva redução do espaço faltante para o atingimento do ponto de equilíbrio em torno do qual o consenso das partes se perfaz, livrando-as do impasse ou retirando-as da posição de conflito. A mediação é conduzida por um terceiro, estranho às tratativas interrompidas. Sua atribuição é mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as afunilar para uma proposta aceitável. Para tanto, as tentativas formuladas pelo mediador, de eliminação da distância que separa as partes, são despojadas de efeito vinculante sobre os mediados e decorrentes da evolutividade própria do processo. Essas características tornam o mecanismo extremamente flexível e de fácil redirecionamento. Nada obstante iluminada pelo mediador, a decisão é tomada de motu pelos interessados. O mediador não tem poder decisório. Caso o resultado de suas propostas sintonize interesses das partes, na exclusiva consideração destas, segue-se a celebração do correspondente acordo ou convenção coletiva de trabalho, coroando de êxito a mediação. Assim, a presença do mediador, figura externa aos

interesses em jogo, não desclassifica a natureza autocomposta dessa forma de solução do conflito coletivo.<sup>60</sup>

A mediação é um procedimento autônomo, em que o mediador atua de forma a facilitar o diálogo entre as partes, proporcionando que estas possam chegar a um acordo por livre e espontânea vontade, sem interferir nas decisões tomadas, nem nas propostas feitas.

Segundo Warat (2004, p. 32):

A mediação que aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura que as partes deixem de sentir o conflito a partir de seus egos. Tenta que as partes sintam o conflito, tendo por referência os sentimentos que guardam em suas reservas selvagens. O ego e a mente tornam amargurados e violentos os conflitos. A ira provém da mente e do ego. O ego e a mente são geradores dos conflitos interiores, instalando-os em nossa alma.

É fato que as relações de trabalho se desgastam, principalmente quando o dilema entre direitos e deveres de ambas as partes se instala. E isso, por diversas vezes, impede empregado e empregador de tentarem um convívio harmônico, com confiança e lealdade, surgindo problemas cujas soluções estão implícitas, pois estas deixam de ser o foco primordial, passando a girar em torno de uma verdade única e, ao mesmo tempo, inexistente. Ocorre um verdadeiro desequilíbrio na relação, que pode ser restabelecido através da mediação.

Dentro deste panorama surgiu a mediação intraempresarial como importante mecanismo de restauração de relações no âmbito empresarial, seja na relação entre sócios, na relação com outras empresas, mas, principalmente, entre empregado e empregador.

Não são só as classes mais desfavorecidas que estão sendo esclarecidas quanto aos seus direitos e inovações no âmbito judicial. A classe de empregadores também vem buscando novas formas de solucionar conflitos, e se adaptar à nova realidade, a novos perfis de empregados.

Por muito tempo os empregadores burlavam as leis e condições do trabalho por conta da falta de informação dos empregados, baixo grau de instrução, bem como da falta de fiscalização dos órgãos judiciais.

---

<sup>3</sup>SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segadas e TEIXERIA, Lima. Teixeira Instituições de Direito do Trabalho, 1999, 18ª edição, São Paulo, LTr, Vol. 2 -, p. 1195.

Contudo, de forma surpreendente, os empregadores passaram a frequentar com mais assiduidade as salas de audiência das varas trabalhistas, vendo seus empregados exigirem nada mais do que lhes era de direito.

Esse cenário exigiu que as grandes empresas buscassem se reinventar e aprimorar suas condições internas de trabalho. Além disso, provocou uma nova postura diante do conflito. Agora as empresas buscam formas internas de solução às lides, antes de se chegar ao judiciário.

Muitas empresas ainda hesitam em instalar a mediação em seu âmbito interno por acreditarem ser um gasto excessivo e desnecessário. Entretanto, deve-se levar em consideração que os custos de um conflito que não é resolvido são muito maiores.

Diante de desentendimentos com o empregador, seja por insatisfação com suas condições de trabalho, por salário defasado, ou por qualquer outro motivo, o empregado passa a perder o estímulo no labor, com consequências graves como a redução da produtividade, piora na qualidade dos serviços ou produtos, diminuindo o lucro da empresa.

Muitas vezes, em empresas resistentes quanto ao uso da mediação, os empregadores tentam solucionar conflitos com seus empregados através de um diálogo, porém, a forma impositiva e hierárquica com que abordam o assunto acaba por agravar ainda mais o conflito, desembocando na maioria dos processos judiciais.

A mediação dentro da empresa possibilita métodos próprios e internos para solucionar esses problemas de forma mais pacífica e natural, restabelecendo e restaurando as relações entre todos os membros do corpo empresarial através de uma melhor comunicação, uma linguagem mais amistosa, de forma que haja uma paridade entre as partes conflituosas.

É fato que quanto maior a empresa, mais setorizado fica cada serviço, com maior divisão do trabalho. Entretanto, a diminuição de produtividade de um setor acaba por desencadear uma redução no funcionamento de cada parte deste corpo empresarial, haja vista que, apesar de independentes, todos são interligados por uma engrenagem comum, a produção.

Conclui-se que o empregador deve prestar atenção em cada etapa da produção, nas melhores condições de trabalho, no bom relacionamento com os empregados e entre os empregados, em formas de desenvolver o estímulo pelo trabalho.

É natural que ocorram conflitos advindos da natureza humana. Contudo, natural deve ser também a sua forma de composição, que deve não valorar demais o conflito como um assunto difícil de ser tratado, mas privilegiar o diálogo entre os conflitantes para que percebam o quão pequeno o desentendimento pode ser quando ambos estão dispostos a chegar a uma solução.

O diálogo permitirá que ambos compreendam qual o papel da empresa na sociedade, qual a missão de cada um nesta equipe, ressaltando a importância individual para um conjunto mais forte para enfrentar a concorrência do mercado empresarial. Este diálogo não ocorrerá de forma impositiva, mas sim de uma colaboração.

Além disso, a mediação gera ao empregado a sensação de independência, e de que possui autonomia para resolver seus conflitos longe dos olhos do judiciário, permitindo a percepção de que o empregado possui a capacidade de analisar o fato com competência e credibilidade dadas pelo próprio empregador, demonstrando que possui confiança de que o diálogo será construtivo para ambos.

## **5. A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO**

O processo da mediação é bastante peculiar, quando comparado aos demais procedimentos de composição de conflitos. Neste método, o contraditório e a ampla defesa não perdem espaço, mas se apresentam de forma diversa da apresentada nos processos judiciais. Enquanto nestes, as partes usam o contraditório para se defender das acusações do outro e chegar a uma razão absoluta, no processo de mediação o contraditório surge como uma porta para que as partes estabeleçam o diálogo e percebam que a verdade tratada é relativa.

Antes de iniciar a sessão de mediação, o mediador deve já ter em mente qual o tipo de conflito está instaurado, e qual a solução seria mais vantajosa às partes. Caso o mais importante para ambas seja a continuidade da relação, o mediador deverá seguir um caminho mais adequado para tal, valendo a pena, inclusive, que as partes renunciem a alguns direitos disponíveis em prol desse interesse.

Entretanto, caso as partes não tenham condições de dar continuidade ao vínculo que possuem, o mediador deverá adotar uma abordagem que busque alcançar maiores benefícios para ambas as partes, deixando em segundo plano a amenidade entre ambas, mas sem esquecê-la.

A preparação do local também é muito importante. O mediador precisa organizar previamente um ambiente informal, agradável, confortável, com água, café, temperatura amena, proporcionando um maior bem-estar aos participantes. Contudo, não pode esquecer que deve sempre haver um toque de formalidade, de seriedade, para que as partes possam confiar na efetividade daquele procedimento.

O mediador deve se preocupar também com o trato com as partes e com a cordialidade. Mesmo que os participantes estejam previamente dispostos a um combate, o mediador deve recebê-los em tom de leveza, de compreensão, para que aqueles possam se desarmar e deixar de ver aquilo como uma disputa. Se o mediador demonstrar compreensão, um entendimento recíproco, e que busca sempre achar o máximo de razão nos fatos expostos por cada um, esse será o sentimento que fluirá na sessão de mediação.

É imperioso que no processo de mediação o mediador esteja ciente da ética com que deve agir. Um exemplo claro é deixar as partes cientes sobre os benefícios de se chegar ou não a um acordo e, caso cheguem, acerca dos pontos que foram firmados e das suas consequências.

Mesmo que as próprias partes proponham o acordo, elas devem ter plena ciência dos seus efeitos, pois caso contrário, para que todo o procedimento seja eivado de legitimidade. Elas precisam compreender de quais direitos dispuseram, e quais os benefícios que foram alcançados.

Importante também é a forma como irão se sentar à mesa. O grau de imparcialidade do mediador deverá também ser demonstrado de forma física, ou seja, deve ficar sentado de forma equidistante das partes, mas com um bom grau de proximidade, de forma que todos possam se ouvir bem.

Destaca-se ainda que é preferível que as partes sentem lado a lado, e não em posições antagônicas. Sentar-se ao lado um do outro demonstrará que ambos não seguem caminhos contrários, mas sim a mesma direção por uma única solução, porém, conjunta.

Iniciada a sessão, as partes devem ser informadas acerca do que é a mediação, dos seus princípios e regras, de como ela irá prosseguir, e de quais os objetivos buscados com ela, sempre deixando transparecer confiança que aquela será a melhor forma se solucionar a lide.

O mediador deve lembrá-los de que não é um Juiz e que, portanto, não realizará nenhum julgamento, e que tudo debatido entre eles está resguardado por sigilo. Ele deve se apresentar como um facilitador de comunicação entre ambos.

Estando as partes de acordo com o procedimento a ser adotado, a mediação continuará, chegando aos debates orais.

Na fase de debates, o mediador deve iniciar instigando que os participantes se expressem, entretanto, com o decorrer da sessão, o mediador deve falar somente o necessário, ficando calado sempre que possível, para que as partes possam estabelecer um diálogo.

Algumas expressões devem ser evitadas pelo mediador, como “sua versão”, “sua razão”, pois isso provocará nas partes uma sensação de divergência, de oposição, e não de cooperação.

Caso o tom da conversa se exalte, o mediador terá o papel de intervir e retomar um clima ameno, sereno e educado, sempre com bastante paciência e compreensão. Importante também pedir às partes que jamais interrompam a fala um do outro e, caso isso aconteça, relembrar sempre sobre as regras que devem ser seguidas.

Esgotadas as perguntas pelo mediador, e não havendo as partes mais nada a acrescentar, o mediador deve fazer um resumo do que foi dito e expor tudo o que foi narrado.

A partir de então, as partes devem indicar possíveis soluções ao problema, a partir de seus interesses e objetivos. O mediador pode fornecer sugestões de soluções, propostas, para que a partir destas os participantes possam formular outras possibilidades.

Chegado a um acordo, o mediador deve reduzi-lo a termo, que poderá ser executado judicialmente em caso de inadimplemento por um dos participantes, o que demonstrará que houve certo grau de insatisfação por uma das partes.

Não se chegando a uma solução consensual, se encerra a sessão, podendo as partes buscar, portanto, a tutela judicial.

As partes podem optar pela arbitragem caso a mediação seja infrutífera no caso em particular. Qualquer das partes pode, ainda, interromper o procedimento a qualquer hora, não precisando se sujeitar a nada contra a sua vontade. Outra informação importante é que a mediação não precisa de previsão legislativa para ser utilizada pelas partes.

## **6. DIFERENÇAS ENTRE MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO**

Muitos ainda confundem e não conseguem distinguir a mediação, a conciliação e a arbitragem. Ambos são métodos alternativos de composição de conflitos através de um terceiro. A grande diferença está na forma como esse terceiro irá intermediar a relação.

A conciliação é caracterizada pela intervenção de um terceiro com o objetivo de persuadir as partes a chegarem a um consenso. A única diferença entre a mediação e a conciliação é que, mesmo que não se chegue a uma solução, a mediação será considerada realizada, pois seu objetivo não é de se chegar somente a uma solução, mas de provocar uma conversa, uma harmonização da relação, podendo chegar ao fim do conflito naquele momento, ou proporcionando que, futuramente, esteja mais propenso a ser solucionado.

A conciliação é diferente. Para considerarmos que o procedimento logrou êxito, ele deve chegar a uma solução durante o processo, pois seu objetivo é a solução, e não o diálogo.

O conciliador atua de forma mais ativa, sugerindo soluções, emitindo opiniões para chegar ao fim do processo. Por sua vez, o mediador apenas oferece as bases para que as próprias partes cheguem a sugestões de soluções. Logo, conclui-se que a parcialidade do terceiro interventor é relativizada quando comparada à postura adotada pelo mediador.

A conciliação se encaixa melhor nos processos em que não existe um relacionamento entre as partes, havendo uma relação apenas material, que não irá continuar com o fim do litígio. Por isso a mediação é considerada um procedimento mais adequado para tratar de conflitos na Justiça do Trabalho, tendo em vista que o objetivo maior é que empregado e empregador possam continuar aquela relação após o conflito ser finalizado.

Segundo Warat (2001, p.78):

A conciliação de início pode se confundir com a mediação, sendo que o mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa, enquanto o conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria.

Morais acrescenta ainda (1999, p.135)

A conciliação se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, no qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que vise a facilitar a comunicação entre os envolvidos.

Por fim, destaca-se a arbitragem, um procedimento bastante diferenciado dos anteriores. Isso se deve ao fato de que o terceiro imparcial é escolhido pelas partes, que terá o poder de decidir a lide, com base na equidade e na aplicação das leis. Sua decisão pode ser objeto de execução caso as partes a descumpram, tendo em vista a obrigatoriedade da aceitação.

A arbitragem é regulada pela lei nº 9.307/96 e, como se percebe, o árbitro não tem o objetivo de proporcionar um melhor convívio, como na mediação, nem de propor acordos, como na conciliação. Ele apenas irá decidir a partir da fiel análise da lide, impondo sua decisão. O prazo máximo de duração da arbitragem é de 6 (seis) meses.

## **7. CONCLUSÃO**

Diante dos conflitos cada vez mais dinâmicos e complexos nas relações trabalhistas, trazendo à tona litígios de cunho cada vez menos individual, partindo para o coletivismo, se faz necessário encontrarmos formas de resolução para tais problemas.

Buscando tais soluções na legislação trabalhista, nos deparamos com uma legislação um tanto quanto defasada para resolução de tais conflitos, visto que ela reflete a realidade de um passado bastante distante. Tal situação nos impulsiona a procurarmos outras formas de solução, muitas vezes encontradas na mediação.

Infelizmente, não só a legislação trabalhista, mas também seus aplicadores ainda estão muito distantes da realidade vivenciada por empregados e empregadores. Os exegetas não conseguem acompanhar a realidade em suas sentenças, tornando a via judicial uma forma obsoleta de composição de conflitos, trazendo a insatisfação para aqueles que recorrem a tais vias. A necessidade de soluções mais satisfatórias trouxe novas formas de composição de conflitos, a ressaltar a mediação.

Como já debatido anteriormente, a mediação surgiu com o objetivo de trazer o conflito para uma realidade mais adequada, de forma que as próprias partes possam chegar a uma solução mais justa para ambos, tentando conciliar os direitos basilares, e interesses tanto dos empregados como dos empregadores.

Outro importante fator a ressaltar é que a mediação não deve ser utilizada deliberadamente, pois certos casos de litígios não podem ser desincumbidos da tutela jurisdicional, devido à importância dos direitos litigados.

Claro que, se possível, a mediação deve preferencialmente ser utilizada, principalmente por proporcionar às partes a reestruturação da sua relação, permitindo que ambas mantenham o vínculo que possuem, ao mesmo passo em que defendem seus interesses e direitos.

O ideal seria que todo processo fosse precedido de alguma forma de resolução de conflito amigável, ainda que não seja a mediação, sendo este um requisito para ajuizamento da ação jurisdicional, pois evitaria que muitos processos fossem levados ao judiciário, resolvendo-os no âmbito particular.

Alguns obstáculos são encontrados no Brasil para o aprimoramento da mediação. O primeiro deles é a ausência de incentivo para que as classes de empregados e empregadores solucionem seus conflitos por meio dela, sendo a mediação desconhecida por grande parte dos brasileiros.

Outro obstáculo a ser enfrentado é a capacitação necessária para realização da mediação, pois o mediador deve ter o cuidado de caminhar entre a tênue linha de incentivar um acordo, facilitando-o, e ao mesmo tempo não interferir de qualquer forma para se chegar a tal resultado. Seu condutor deve ser pautado por uma moral ético-profissional, a fim de sustentar o caráter imparcial da mediação.

Esses e outros problemas poderão ser enfrentados e sanados, talvez não por completo, em um longo prazo, porém, o atual panorama da mediação no Brasil já é capaz de trazer bons resultados para o cenário brasileiro, objetivando resultados cada vez mais concretos para as necessidades do Direito do Trabalho como um todo.

Diante do exposto, podemos concluir que a flexibilização é uma realidade necessária para chegarmos à adequação exigida para o quadro atual dos conflitos trabalhistas. Assim, se faz imperioso que encontremos formas cada vez mais maleáveis na composição de litígios.

As vantagens alcançadas com o sucesso da mediação são muitas, entre elas o apaziguamento nas relações trabalhistas, viabilizando a manutenção de direitos e interesses tanto do empregado quanto do empregador.

Por meio da mediação, as partes não formalizam o conflito existente entre ambas, resolvendo-o de forma quase que informal, possibilitando que ao fim da mediação, suas relações sejam mantidas, situação esta quase que inexistente quando a lide é solucionada por sentença judicial deferida pelos juízes do trabalho.

A mediação quebra as barreiras do formalismo jurídico, que tanto afasta o público do judiciário. A distância física existente entre o juiz e o trabalhador nas tradicionais audiências trabalhistas é, na verdade, muito maior que a distância que separa as cadeiras em que ambos estão sentados. Há uma distância social que se torna um abismo entre as partes, o que dificulta a comunicação, deixando muitos intimidados diante da "instituição" audiência.

Outra vantagem trazida pela mediação é que menor onerosidade, evitando uma justiça caríssima e demorada, com um enorme ônus para os cidadãos, dando oportunidade para métodos alternativos de composição de conflitos muito mais baratos e ágeis, trazendo soluções ainda mais satisfatórias para as partes.

Com uma roupagem nova e amigável, linguagem acessível e eficácia comprovada, a mediação é como um “filho adolescente” diante das tradicionais formas de resoluções de conflitos. Um filho que manteve as características físicas e objetivas do pai, mas que traz uma nova cara, com o espírito e ânimo da juventude para proporcionar mudanças reais para o mundo em que vive. E como qualquer filho adolescente, ainda passa por uma fase de construção e amadurecimento, necessitando do apoio e do incentivo dos mais experientes, para que possa dar passos ainda mais largos rumo a uma ainda maior eficácia na resolução de conflitos trabalhistas.

Logo, demonstrada a importância da mediação, devemos instigar a sociedade a adotá-la como solução primeira para a composição de conflitos, colocando a via judicial como apenas uma alternativa, de forma que muitas vezes essa não se faça necessária para solucioná-los.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Stephen. **The use of mediation by labour courts, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação: um instrumento judicial para a paz social Revista do advogado. São Paulo v. 26, n. 87, p. 134-137, set. 2006

BARBOSA, José Maria. **Mediação dos conflitos individuais de trabalho: considerações e sugestões para procedimentos**. Revista LTr: Suplemento Trabalhista. São Paulo v. 34, n. 70, p. 299-303 1998

BARROS, Alice Monteiro. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial,

Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 8, n. 101, nov. 1997.

BARROS, Alice Monteiro: Curso de Direito de Trabalho, São Paulo, LTr, março de 2005.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: Relevante instrumento de pacificação social Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo v. 6, n. 20, p. 309-324, abr./jun. 2003

BELTRAN, Ari Possidonio. A autotutela nas relações do Trabalho, São Paulo, LTr, 1996.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Direito Coletivo do Trabalho e Mediação. São Paulo: Ltr, 2002.

- BUSH, R.B, e FOLGER, JP, La Promesa de Mediación. Buenos Aires: Granica; 2006.99
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. São Paulo, Forense, 2007.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1988.
- CAPPELETTI, Mauro. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Revista Forense, volume 395, p. 211/212
- \_\_\_\_\_, Os Métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista Forense, volume 326, p 121/122.
- \_\_\_\_\_, Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas . Atualidades Internacionais . Direito Processual Civil, in Revista de Processo, São Paulo, n. 65, ano 18, jan/mar 1992, 3
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Mediação e arbitragem nos Estados Unidos: breves considerações Revista Jurídica. Blumenal - SC v. 6, n. 11/12, p. 71-100, jan./dez. 2002
- COOLEY, John, W. A Advocacia na Mediação. Brasília, Ed.UnB, 2001.
- CUNHA, J. S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual Revista dos Juizados Especiais. São Paulo , v. 4, n. 14, p. 11-41, out./dez. 1999
- DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro Revista LTr. São Paulo v. 66, n. 6. p. 663-670, jun.2002
- \_\_\_\_\_, Curso de Direito do Trabalho, 5ª edição.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo.
- DINIZ, José Janguê Bezerra. Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil.

Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 8, n. 93, pp 32/45, mar. 1997.

FARIA, José Eduardo: Os novos desafios da Justiça do Trabalho, São Paulo, LTr, 1995.

\_\_\_\_\_, O Judiciário e o desenvolvimento econômico. in: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria (org.), São Paulo: Malheiros, 2002.

FISHER, Roger. Ury, William. Getting to Yes. New York, Penguin Books, 1991.

FREITAS Jr., Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e relações de trabalho: limites e perspectivas para emprego da mediação Revista do Advogado. São Paulo v. 28, n. 97, p. 21-34, maio 2008

\_\_\_\_\_, Os Direitos Sociais e a Constituição de 1998. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

FREITAS Júnior. Antônio Rodrigues de e ZAPAROLLI, Célia Regina: Mediação de Conflitos e Promoção da Cultura da Paz, **gray version**.

GIGLIO, Wagner D. Solução dos conflitos coletivos: conciliação, mediação, arbitragem, resolução oficial e outros meios Revista LTr. São Paulo v. 64, n. 3, p. 307-312, mar. 2000

GOIZUETA HERRERA, Napoleón. Metodos alternativos de solicion de conflictos del

trabajo, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 278.

GOLDIN, Adrián O. Os conflitos trabalhistas e suas formas judiciais e extrajudiciais de solução - anotações e reflexões. In Anais do Seminário Internacional - Relações do Trabalho", Edição do Ministério do Trabalho, Brasília, 1998.

GONZALES, Ismael. Autocomposição de conflitos trabalhistas. Revista LTr, São Paulo, v. 62, n. 9, pp 1162/1171, set. 1998.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa.

Direito do Trabalho, 4ª edição, São Paulo, Tomo I, Editora Lúmen Júris.

KAGEL, John. Outline of United States experience in labour and employment

alternative dispute resolutions, with a note about canadian labour arbitration, in VIII

Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 344.

LAFER, Celso. Direitos humanos e democracia: no plano interno e internacional. em

.Desafios: ética e política., Ed.Siciliano, 1995.

LAVOR, Francisco Osani de. Formas Alternativas de Solução dos Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho, *Gênesis, Revista do Direito do Trabalho*, n. 74, fev. 1999.

LOREIRO, Luiz Guilherme de A. V. A Mediação como forma alternativa de solução de conflitos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo v. 87, n. 751, p. 94-101, maio 1998

LORENTZ, Lutana Nacur. Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas. São Paulo: LTr:2002.

MAGANO, Octávio Bueno. Arbitragem, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 23, p. 5/7, março 1987.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito do Trabalho, vol. III, Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTr, 1986, página 188.

MANNA, Roberto Della. Mediação nos conflitos coletivos. *Revista LTR: Suplemento Trabalhista*. São Paulo v. 32, n. 14, p. 99-100 1996

MAYER, Bernard. *The dynamics of conflict resolution: a practitioner's Guide*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000.

McCALUM, Ron. Alternative dispute resolutions in labour law, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 399.

MIRONI, Moti. Using ADR for resolving labour and employment disputes in Israel, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 403.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. Comentários aos Arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2002.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação e psicanálise *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre v. 2, n. 7, p. 30-37, out./dez 2000

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Mediação: instrumento da pacificação social *Revista dos Tribunais*. São Paulo v. 91, n. 799, p. 88-97, maio 2002

ORASMAA, Pekka. Settlement of labour disputes in Finland . Aternative legal

proceedings, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23-23 de setembro de 2005, Substract, p. 446.

PEPINO, Flávia Fragale Martins. Resolução alternativa de conflitos trabalhistas:

implementando a mediação forense nos Tribunais do Trabalho brasileiros LTr:

Suplemento Trabalhista. São Paulo v. 41, n. 138, p. 615-619 2005

PEREIRA, José Luciano de Castilho: A justiça do Trabalho e os modelos para a solução dos conflitos individuais do trabalho: Estado e empresa . arbitragem de conflitos.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

RIBEIRO, Cláudio da Silva. NOGUEIRA, Leandro Gadelha Dourado. Mediação,

psicologia e hermenêutica. Revista de arbitragem e mediação. v. 3, n. 10, p. 07-19, jul./set.2006.

RIOJA, Daniel Fuenes de. Negociación y mediación en conflictos colectivos de trabajo, in Julio Gottheil, Adrina Schiffrin e outros, Mediación, una transformación en la cultura, Buenos Aires: Paidós, 1996.

RISKIN, Leonard. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol 1, 2002, pp. 63/111.

SALOMÃO, Aparício Querino. A Mediação de conflitos coletivos no Ministério do

Trabalho. Revista LTr: Suplemento Trabalhista. São Paulo Referência: Decreto, 1.572, 28.07.1995, Federal. v. 34, n. 113, p. 521-524 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado, 2ª Ed., Porto Alegre, 2001.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999

SILVA, João Roberto da. **A mediação e o Processo de Mediação**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editora, 15ª ed., 1998.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A Mediação como instrumento de

acesso à justiça, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre v. 17, n. 201, p. 12-20, mar. 2006

SOUZA, Rosane Mantilla: Mediação social: uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda. São Paulo, Summus Editoria.

SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem . Conciliação . Mediação nos Conflitos Trabalhistas, São Paulo, LTr, junho 2004.

SPEZI, Luiz Felipe. Formas de solução dos conflitos do trabalho (autônomas, heterônomas, conciliação, mediação e arbitragem, solução jurisdicional): atuação do

Ministério Público do Trabalho. Revista do Advogado. São Paulo n. 54, p. 107-111, dez. 1998

SÜSSEKIND, Arnado: A Solução dos conflitos trabalhistas e a Justiça do Trabalho no Brasil, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 96, n. 349, jan/mar 2000, p. 26-27.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA Segadas e TEIXERIA, Lima.

Teixeira Instituições de Direito do Trabalho, 1999, 18ª edição, São Paulo, LTr, Vol. 2.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. Mediação em Juízo, São Paulo, LTR, 2004.

TASCON LOPEZ, Rodrigo e outros. La mediación em el modelo español: a medio camino entre el desideratum legal y el ostracismo social, in VIII Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Bologna, 23 23 de setembro de 2005, Substract, p. 579.

TOLEDO, Patrícia Therezinha de. Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho - Brasil, Espanha e Itália , São Paulo, LTr.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de: Mediação de Conflitos, São Paulo, Método, 2008, p. 21.

## **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

**DEISIANE CHRISTMAS SANTOS LEÃO MACHADO DA COSTA:** Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direitos Difusos e Coletivos pela UniAmerica e Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

### **1. INTRODUÇÃO**

O contrato de trabalho intermitente constitui modalidade de contratação prevista de maneira inovadora pela lei 13.467/2017 (denominada Reforma Trabalhista), e muito se assemelha, na dinâmica prática de prestação do trabalho, à chamada jornada móvel variável. Trata-se de contrato de trabalho especial, cujas formalidades vão além dos pressupostos fático jurídicos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo amoldar-se aos termos do artigo 452-A do diploma celetista, a fim de que seja considerado válido.

Ocorre que, embora se trate de instituto legalmente previsto, e considerado plenamente válido se observada a legislação infraconstitucional de regência, é patente a discussão acerca da constitucionalidade do instituto, uma vez que o trabalho prestado sob a forma de contrato intermitente retira do trabalhador o poder de gestão de sua vida laboral, o que reflexamente implica nas esferas econômica, familiar, social e pessoal de sua vida.

Por outro lado, a justificativa legislativa quando da aprovação da lei 13467/17 foi que essa espécie contratual seria apta a criar empregos e diminuir a informalidade, assegurando assim direitos básicos aos trabalhadores, além de impactar as taxas de desemprego, causando sua diminuição, ante a contratação por período efetivo de trabalho, desconsiderando o tempo à disposição.

Desse modo, se revela de bastante importância a análise do tema, a fim de identificar os benefícios e malefícios advindos da contratação pela via intermitente, sopesando-os, de maneira a respaldar a constatação de violação à dignidade da pessoa do trabalhador, ainda que numa esfera legal de contratação. Nesse sentido, de verificar a constitucionalidade dessa modalidade contratual, tramitam atualmente três ações diretas de

inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADI'S 5.826, 5.829 e 6.154), ainda pendentes de julgamento.

A fim de atender ao objeto de estudo foi realizada pesquisa descritiva, explicativa e bibliográfica sobre o tema, além de pesquisa normativa, utilizando como fontes tanto livros quanto produções acadêmicas, além da própria legislação, notícias relacionadas ao tema e o conteúdo disponibilizado junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, abarcando, a pesquisa, tanto o método qualitativo quanto o método quantitativo.

Inicialmente, será estudada a origem do contrato intermitente, analisando a aprovação legislativa dessa modalidade contratual, passando ao conceito e requisitos dessa espécie contratual. Após, proceder-se-á à análise dos aspectos contratuais quanto a seus malefícios e benefícios, passando, por fim, à discussão acerca da constitucionalidade da medida, concluindo sobre a relação existente entre o contrato de trabalho intermitente e a ofensa à dignidade do trabalhador.

## **2. CONTRATO INTERMITENTE: ORIGEM, CONCEITO E REQUISITOS**

A origem do trabalho intermitente remete à Inglaterra, na década de 70, apresentado como alternativa ao desemprego num contexto de flexibilização das relações trabalhistas. Tal modelo foi copiado por diversos outros países europeus, com temperamentos específicos em cada um deles, a exemplo de Alemanha e Portugal, sendo também conhecido como contrato "zero-hora".

No Brasil, muito embora o trabalho de caráter intermitente, caracterizado sob a denominação de jornada móvel variável, já existisse e fosse objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, a previsão legal e regulamentação do contrato de trabalho intermitente deu-se apenas com o advento da Reforma Trabalhista, pela Lei 13.467, em 2017.

A referida lei alterou o caput do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como inseriu o parágrafo 3º no aludido artigo e o artigo 452-A, prevendo essa modalidade contratual, calcada na não continuidade e no pagamento relativo apenas às horas efetivamente trabalhadas, desconsiderando, portanto, o tempo à disposição.

Nota-se, portanto, que embora quase meio século após o surgimento na Europa, foi também num contexto de flexibilização dos direitos trabalhistas que teve origem, na legislação nacional, a figura do contrato intermitente.

Henrique Correia (2021, p. 593) define trabalho intermitente como o contrato "cuja prestação dos serviços ocorre com subordinação, mas não é contínua, havendo alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade".

O contrato intermitente é, portanto, modalidade especial de contratação empregatícia individual, em que o empregado coloca à disposição do empregador sua força de trabalho de maneira não contínua, mas respeitando todos os demais pressupostos fático jurídicos da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Isso porque o trabalho deve ser prestado com subordinação, onerosidade, pessoalidade e por pessoa, sendo considerada típica relação de emprego por expressa disposição legal, embora a habitualidade se dê de maneira diversa nesta modalidade contratual. Nesse sentido, HOMERO (2019, p. 172) aduz que "a criação dessa modalidade atípica de ajuste laboral, em que a habitualidade da prestação dos serviços é irrelevante, não é suficiente para alterar o conceito de contrato de trabalho", de modo que se trata de típica relação empregatícia.

A definição do próprio contrato encontra guarida no artigo 443, §3º da CLT, e sua regulamentação, no artigo 452-A e seus parágrafos, todos com a redação dada pela Lei 13.467/17.

VEIGA (2019, p. 1 e 2), ao conceituar o trabalho intermitente leciona:

É da essência do contrato de trabalho intermitente a subordinação e a alternância de períodos trabalhados e períodos não trabalhados. O trabalho intermitente é uma forma de regulamentar a prestação de serviço, como contrato de trabalho subordinado, descontínuo, que se caracteriza pela alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade exercido pelo empregado e o fim social perseguido pelo empregador.(grifos nossos)

Em razão dessa alternância de períodos de atividade e inatividade, CORREIA (2021, p. 594) argumenta não ser possível enquadrar o contrato intermitente como contrato de prazo determinado ou indeterminado, configurando espécie *sui generis*, sendo certo apenas que é o contrato realizado "sem a fixação de um termo final".

O contrato de trabalho intermitente é contrato especial, logo é válido apenas se observados os requisitos legais dispostos no artigo 452-A da CLT e seus parágrafos.

Trata-se de contrato necessariamente escrito, de modo que não se admite a contratação tácita nessa modalidade contratual, embora o contrato verbal seja plenamente admitido num contexto da relação de emprego tradicional; é obrigatório também que

consta do contrato o valor da hora de salário, respeitado o salário mínimo ou piso da categoria ou o salário percebido pelos demais empregados do estabelecimento que exerçam idêntica função, independentemente de estarem submetidos a trabalho sob o regime intermitente ou não.

Neste tipo contratual, o pagamento das férias proporcionais com um terço, remuneração, repouso semanal remunerado, adicionais legais e décimo terceiro proporcional serão pagos ao final de cada período de prestação dos serviços, devendo cada verba ser individualmente discriminada no recibo e o período de inatividade do empregado não será contado como tempo de serviço nem tempo à disposição do empregador, nos termos da CLT (art. 452-A e parágrafos).

A convocação para o trabalho deve ter antecedência mínima de três dias corridos, tendo o empregado um dia útil para responder à convocação, não sendo a possibilidade de recusa considerada como fator de descaracterização da subordinação.

No caso de descumprimento do pactuado, sem justo motivo, após aceita a oferta pelo empregado, a parte que descumprir o pactuado incorre em multa de 50% da remuneração que seria devida, a ser paga em trinta dias, permitida a compensação no mesmo prazo.

Um requisito ainda em discussão no âmbito doutrinário e no jurisprudencial seria a aplicabilidade residual dessa forma contratual. Calcada nos princípios da proteção, da condição mais benéfica e da continuidade da relação de emprego, abalizadas doutrina e jurisprudência defendem a possibilidade de contratação de modo intermitente apenas quando não houver outra forma mais benéfica ao trabalhador possível, ou ainda, apenas nas atividades que não se insiram em atividade permanente ou regular da empresa.

Nesse sentido, a Tese 28 da Comissão de nº 3 da 19ª CONAMAT, exarada no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, que afirma: "o trabalho intermitente é incompatível com o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo e não serve para se adotar a escala móvel e variável de jornada".

Sobre esse ponto específico, a lei 13.467/17 não fez distinção entre atividades, tendo apenas excluído os aeronautas da possibilidade de regime de trabalho intermitente. Segundo CORREIA (2021, p.595) a exclusão dessa categoria diferenciada dá suporte a que outras possam reivindicar pela impossibilidade de sua contratação via modalidade intermitente.

### **3. BENEFÍCIOS, MALEFÍCIOS E A DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO INTERMITENTE**

A Lei 13.467/17 surgiu num contexto de ampliação da liberdade econômica e flexibilização dos direitos trabalhistas, sob a justificativa de superar o momento de crise vivido pelo Brasil, não obstante seu caráter precarizante.

Com relação ao contrato de trabalho intermitente, buscou-se, segundo se extrai dos debates que antecederam a aprovação da norma (não sem protestos da classe trabalhadora, da ala sindical e de outros setores sociais), incrementar o mercado formal de trabalho, através da adoção do sistema intermitente, já utilizado na Europa.

Assim, uma vez que pudesse contratar um empregado formalmente, pagando-lhe apenas os salários e reflexos estritamente vinculados à hora trabalhada, o empregador optaria pelo emprego formal, tendo o condão de extrair milhões de brasileiros da informalidade, segundo os idealizadores do projeto de lei.

Há intensa crítica quando a essa premissa, vez que o simples registro em carteira de trabalho não significa efetiva aferição de renda e ativação no mercado de trabalho (como o é na relação empregatícia tradicional), de modo que os índices de desemprego poderiam cair apenas artificialmente, já que embora registrados os trabalhadores não estariam de fato ativados no serviço.

Na prática, por sua vez, também não se alcançou a ativação esperada, conforme se depreende da notícia veiculada no sítio eletrônico UOL Economia:

A estimativa do governo Temer era criar 2 milhões de empregos em dois anos, considerando o trabalho intermitente e o parcial (meio-período). Mas menos de 9% dessa meta foi atingida: 173.340 em dois anos (até novembro de 2019): 129.229 intermitentes e 44.111 parciais. O trabalho intermitente representa só 11,3% do total de empregos gerados no período. Além disso, o número de trabalhadores sem carteira assinada vem subindo e batendo recordes desde a reforma, colocando em dúvida a eficácia desse contrato na formalização do mercado. (ANTUNES, 2019?)

Por outro lado, também apresentou-se como suposto benefício do contrato intermitente a maior disponibilidade de tempo que teria o empregado, com maiores períodos de tempo livre e possibilidade de organização de seu horário, ante a possibilidade de recusa do trabalho. Mais, a não exclusividade possibilitaria ao empregado se vincular a diversos tomadores, podendo aumentar sua renda conforme o tempo de trabalho.

Aqui se insere também contundente crítica de parte da doutrina justralhista, uma vez que a remuneração vinculada ao número de horas de trabalho (também utilizada no salário por produção) induz ao esgotamento do trabalhador, pela realização de jornadas exaustivas, impactando inclusive o sistema de previdência e saúde social, de maneira negativa. De outro modo, um número inferior de horas trabalhadas impactaria diretamente no salário mensalmente percebido pelo empregado, de modo que, no somatório mensal, poderia ser-lhe negado o salário mínimo.

Para Delgado e Delgado (2017, p.156), apenas considerando a modalidade salarial instituída pelo contrato intermitente como salário por unidade de obra ou salário-tarefa, garantindo portanto o mínimo mensal, é que seria possível admitir tal forma de contratação quanto a isso, sem ofender o disposto no artigo 78 parágrafo único da CLT nem tampouco o direito fundamental ao salário mínimo disposto no artigo 7º inciso VII, da Constituição Federal.

Ainda, mostrou-se como benefício esperado do trabalho intermitente a possibilidade de composição da mão-de-obra sazonal pelo empregador, bem como nas hipóteses em que a necessidade de mais mão de obra se dá em determinados horários do dia ou da noite, racionalizando assim os custos para o empregador, já que passaria a não mais ter que contar com determinado número de empregados durante todo o tempo em que a empresa estiver em funcionamento.

Nesse ponto, observa-se completa inversão dos valores e princípios fundantes do Direito do Trabalho, já que afasta a alteridade do contrato de trabalho, prevista no artigo 2º da CLT, de modo que os riscos do negócio restariam transferidos para o empregado, em claro aviltamento ao princípio da proteção e ao princípio da alteridade. Aliás, para atender a tais demandas já existia na legislação regramento próprio, seja aquela relativa aos contratos por prazo determinado (art. 443, §2º, a, CLT), seja pela forma prevista na Lei 6.019/74.

Outro objetivo da instituição do contrato intermitente seria o incentivo ao "primeiro emprego", viabilizando a inserção de jovens no mercado de trabalho, além do possível alcance de idoso, ante a flexibilidade na contratação e nos tempos de trabalho. Ocorre que, ainda que se verifique tal incremento, é inarredável reconhecer que a inserção desses grupos no mercado de trabalho se daria de forma precária, já que sem a segurança quanto ao valor do salário mensal em razão da imprevisão quanto ao número de horas a serem trabalhadas no mês.

Por fim, a figura do trabalho intermitente foi apresentado como um novo método de trabalho para modernização das relações trabalhistas, adaptado às novas exigências do mercado de trabalho, de flexibilização do regramento laboral para atender às necessidades

de mercado. Ocorre que a prática demonstra que se trata, na verdade, de método arcaico de exploração do trabalho alheio, marcado pela ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador, inserindo-o na dinâmica empresarial como apenas mais um componente do processo produtivo, ignorando suas características distintivas como pessoa humana e promovendo verdadeira desregulamentação da atividade laboral.

Além das ponderações apontadas acima, a doutrina aponta como malefícios do trabalho intermitente a impossibilidade de planejamento quanto à sua vida pessoal, no que afeta frontalmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal. Isso porque do trabalhador é retirado o poder de gerir seus compromissos de lazer, educação, compatibilidade de horário familiar, dentre outros, já que o fator surpresa quanto ao chamado para o trabalho está sempre presente nessa espécie contratual, impedindo inclusive que desfrute do direito à desconexão.

Não sabendo quando e por quanto tempo irá trabalhar, o empregado não pode exercitar plenamente os direitos previstos no art. 6º da Carta Magna, tais como lazer e educação, já que não poderá se programar quanto a horários de cursos ou eventos, além de não poder prever quanto irá ganhar a título de remuneração mensal, sendo impedido de fazer planos financeiros.

Nesse sentido, VEIGA (2019, p. 10) afirma:

Para o trabalhador a descontinuidade no trabalho representa a imprevisibilidade, a instabilidade: isto é, a impossibilidade de programar o futuro. Impossibilidade também de fazer face às despesas do cotidiano, pois o empregado não sabe qual será a sua remuneração mensal, além da alteração dos ritmos de vida (alteração nos horários de trabalho, alternância de tempo de trabalho e não trabalho). As normas constitucionais, legais e tratados e convenções internacionais<sup>15</sup> protegem o limite da jornada como forma de resguardar a saúde e o bem-estar dos trabalhadores. (grifos nossos)

Nesse caso, nem a possibilidade de recusa do chamado para o trabalho se revela como mecanismo de afirmação dos direitos fundamentais do trabalhador (pelo próprio trabalhador) já que este encontra-se normalmente em situação de vulnerabilidade, necessitando do emprego e do salário, que só virá de acordo com o número de horas efetivamente trabalhadas.

Outro malefício apontado seria a desagregação da categoria, enfraquecendo a dimensão coletiva do trabalho, sobretudo quando somado às demais alterações trazidas pela Lei 13.467/17, a exemplo da extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical.

O próprio conceito de categoria profissional, previsto no artigo 511, §2º da CLT faz exsurgir essa relação entre o trabalho intermitente e a desidentificação coletiva. Aduz o referido artigo que "

Art. 511 (...)

§2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional. (BRASIL, 1943).

Ora, uma vez que não há exclusividade e que a ativação é esporádica, o que induz à ativação em diversos empregadores em atividades econômicas das mais diversas, é certo que não haverá a similitude nem de condições de vida, nem relativa ao exercício da mesma atividade laboral entre os empregados, o que inviabiliza o real sentido da expressão "categoria profissional".

Ainda, a desqualificação da mão de obra também é indicada como fator prejudicial deste tipo de contrato, vez que

O trabalhador que deixa de ir com certa frequência a ao posto de trabalho na mesma medida deixa de se atualizar sobre o processo produtivo e de aperfeiçoar as técnicas laborais já utilizadas. Cria-se uma categoria de trabalho com dificuldades nítidas ao alcance da excelência, que deve ser prezado nos ambientes de produção, e com óbice à aquisição de experiência e aprendizado eficiente, tão caros ao mercado de trabalho. Além disso, a intermitência da presença do empregado no ambiente de trabalho cria óbice intransponível de identidade do obreiro com o ofício e com a cultura da empresa. (SALES; OLIVEIRA, 2018, p.80)

Diante de tantos contrapontos, a constitucionalidade da Lei 13.467/17 vem sendo discutida junto ao Supremo Tribunal Federal em diversas ações diretas de constitucionalidade, havendo, apenas sobre o tema do contrato intermitente, três delas em andamento, pendentes de julgamento.

Trata-se das ADI'S 5.826, 5.829 e 6.154, ajuizadas pela Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo, pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores

de Mesas Telefônicas e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, respectivamente.

O julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 5.826, 5.829 e 6.154 encontra-se suspenso no Supremo Tribunal Federal ante o pedido de vista da Ministra Rosa Weber, realizado em dezembro de 2020. Até então, haviam votado o Ministro Edson Fachin, relator, que defendia a inconstitucionalidade da norma no que tange ao contrato intermitente, bem como os Ministros Alexandre de Moraes e Nunes Marques, que votavam pela constitucionalidade dos dispositivos, sendo neste mesmo sentido os votos da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República.

Em seus votos, os Ministros Alexandre de Moraes e Nunes Marques defenderam que a Lei 13.467/17, no que tange ao contrato intermitente, garante os direitos sociais mínimos necessários, tendo argumentado também que se trata de modalidade inserida na legislação em resposta à necessidade de flexibilização dos modelos de contratação na sociedade moderna, além de ter o condão de regularizar e reinserir trabalhadores no mercado formal de trabalho.

O Relator, Ministro Edson Fachin, por sua vez, defendeu a inconstitucionalidade afirmando se tratar de modalidade contratual que expõe o trabalhador a situação de fragilidade e vulnerabilidade social, tendo destacado ainda que os direitos sociais constitucionais mínimos ainda que formalmente previstos, restariam efetivamente suspensos quando dos períodos de inatividade. Destacou, ademais, que o contrato intermitente "é insuficiente para proteger os direitos fundamentais sociais trabalhistas, pois não fixa horas mínimas de trabalho nem rendimentos mínimos, ainda que estimados"<sup>61</sup>.

Nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, para os que defendem a constitucionalidade desse regime de contratação, o contrato intermitente seria tão somente mais uma forma de prestação laboral, alinhada às novas condições do mercado de trabalho, já que, aprioristicamente, garante o salário mínimo hora e as verbas correspondentes (ainda que pagas ao final de cada jornada e proporcionalmente às horas trabalhadas).

A inconstitucionalidade, por sua vez, é apontada ante a violação da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, da livre associação, da tutela sindical efetiva, do direito ao salário mínimo capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, do dever de manutenção de um meio ambiente de trabalho hígido, da busca pelo pleno emprego e do direito à saúde, previstos respectivamente nos artigos 1º incisos III e IV; 5º, inciso XVII; 6º; 7º incisos IV e XXX; 8º, inciso III, 170, inciso III e 196, todos da

---

<sup>61</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-adi-5826-trabalho-intermitente.pdf>

Constituição Federal, além de ofensa à cláusula de vedação ao retrocesso, prevista no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

#### **4. CONCLUSÃO**

O contrato de trabalho intermitente, apesar de já existente no cenário internacional desde a década de 70, e de haver forma semelhante de contratação no Brasil sob a modalidade de jornada móvel variável, foi inserido na legislação nacional apenas em 2017, com a Lei 13.467, denominada Reforma Trabalhista.

Trata-se de relação empregatícia na qual presentes os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, à exceção da habitualidade, já que o trabalho intermitente é marcado pela alternância entre períodos de atividade e inatividade, de modo que a habitualidade resta mitigada, sem que isso seja um óbice à configuração do vínculo de emprego, por expressa disposição legal.

Quando da aprovação da Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, para inserção do parágrafo 3º no artigo 443 da CLT, bem como do artigo 452-A e seus parágrafos foram apontados como benefícios do contrato intermitente, dentre outros, o incremento no número de empregos formais; o maior acesso ao primeiro emprego; a flexibilidade de horários para os trabalhadores; o custo de contratação relativo ao tempo de atividade e a garantia do salário mínimo-hora. Também, o contrato intermitente foi apresentado como nova forma de contratação laboral necessária à modernização das relações de trabalho.

Apontando os malefícios do contrato intermitente a doutrina aponta desrespeito a diversos direitos constitucionais básicos, atinentes ao núcleo mínimo de proteção dos trabalhadores, tais como a garantia de salário não inferior ao mínimo (sustentando que a garantia do salário mínimo-hora sem que haja garantia de contratação mínima de jornada não atende ao desiderato constitucional), à função social da propriedade, já que a contratação sob a forma intermitente representa precarização da relação de trabalho, além, dentre outros, da ofensa à liberdade de associação e à efetiva proteção sindical, haja vista que o contrato intermitente promove desagregação e desidentificação da categoria, já que o trabalhador se ativa em diversas atividades, para diversos empregadores.

Sob protestos a referida lei foi aprovada e sua constitucionalidade vem sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, no bojo das ADI's 5.826, 5.829 e 6.154, cujo julgamento encontra-se suspenso em razão de pedido de vista, havendo dois votos a favor da constitucionalidade e um voto, do Relator, pela inconstitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que apesar de apresentado como mecanismo de flexibilização e modernização, o contrato intermitente revela-se instrumento de violação da dignidade

do trabalhador, aviltado em seus direitos essenciais mínimos, bem como fere de morte princípios basilares do Direito do Trabalho, como o da proteção e o princípio da continuidade da relação de emprego, além de ofender o princípio da vedação ao retrocesso, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

## 5. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leda. Sem jornada e salário fixos. Contrato intermitente cresce em 2 anos, mas gera menos de 9% das vagas esperadas e não reduz informalidade. **UOL Economia**. Rio de Janeiro, [2019?]. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/trabalho-intermitente-reformatrab>

alhistá-/. Acesso em 26 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 18 fev 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 6.019/74, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm). Acesso em 26 fev. 2022.

CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. Vol.Único. Salvador: Juspodivm, 2021.

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

Pedido de vista suspende julgamento de ações sobre contrato de trabalho intermitente. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 03 de dez. de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456594&ori=1>. Acesso em 27 fev. 2022.

SALES, A. J.; OLIVEIRA, D. **Trabalho intermitente: entre a inovação e a precarização**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 22, n. 2, p. 73-84, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/233>. Acesso em 26 fev. 2022.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada** [livro eletrônico] / Homero Batista Mateus da Silva. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

VALENTE, Fernanda. Rosa Weber pede vista e suspende análise no STF sobre trabalho intermitente. **CONJUR Consultor Jurídico**. Brasília, 03 de dez. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/rosa-weber-vista-suspende-analise-trabalho-intermitente>. Acesso em 27 fev. 2022.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. **Reforma trabalhista e trabalho intermitente**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 15-26, dez. 2018/jan. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150672>. Acesso em 25 fev. 2022.