

Derecho y Cambio Social



OJS

OPEN
JOURNAL
SYSTEMS

Derecho y Cambio Social

International Standard Serial Number 2224-4131

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú con el n.º 2005-5822

Esta es una publicación de renovación trimestral, que ha sido creada para la difusión de los frutos de la investigación jurídica.

Revista creada el 23 de mayo del año 2004

La versión original fue iniciada en agosto del año 2000

Lima, Perú - Sudamérica.

<https://www.derechocambiosocial.com/>



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).



Fotografía de portada: "*Los jóvenes pueden mover el mundo*" en Paisaje Humano
(<http://www.paisajehumano.com/>)

Edición enero – marzo 2021

Copyright © 2000 – 2021 Pedro Donaires Sánchez (Editor-fundador de DyCS)

Derecho y Cambio Social

DIRECTOR:

Pedro Donaires Sánchez

Círculo de Estudios Ius Filosóficos UNIDAD, Lima - Perú.

Coordinación: Carlos Pérez Vaquero | Rafael Ravina Ripoll.

Christiane Costa Assis | Úrsula Patroni Vizquerra.

CONSEJEROS:

Reynaldo Mario Tantaleán Odar, Poder Judicial. Perú.

Catalina Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén (UJAÉN). España.

Maria de Fátima Ribeiro, Universidade de Marília (UNIMAR). Brasil.

Genival Veloso de França, Universidad Federal de Paraíba. Brasil.

Daury Cesar Fabríz, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Brasil.

Valmir Cesar Pozzetti, Universidade do Estado do Amazonas. Brasil.

Marcelo Fernando Quiroga Obregón, Faculdades Integradas de Vitória (FDV). Brasil.

Juan José Díaz Guevara, Contraloría General de la República del Perú.

Antonio Sánchez-Bayón, Universidad Rey Juan Carlos. España.

Sergio Cámara Arroyo, Departamento de Derecho penal y Criminología (UNED). España.

Jorge Isaac Torres Manrique, Consultor jurídico (Perú). Miembro de la *International Association of Constitutional Law- IACL* (Serbia).

Félix Fernández Castaño, Universidad de Granada. España.

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, Poder Judicial. Perú

Teófilo Idrogo Delgado, UNT y Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Perú.

Omar Toledo Toribio, Poder Judicial. Perú.

Juan Carlos García Huayama, Ministerio Público. Perú.

Sergio García Magariño, Instituto para el Conocimiento, la Gobernanza y el Desarrollo Globales. España.

Sandra Verónica Manrique Urteaga, Universidad Nacional de Cajamarca – UNC. Perú.

Laura Guadalupe Zaragoza Contreras, Poder Judicial del Estado de México.

Margareth Vetis Zaganelli, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Brasil.

Gastón Jorge Quevedo Pereyra, *The Silicon Valley Law of School*, SFO, California, USA.

CONSEJO ASESOR

Alberto R. Coll, DePaul University College of Law, Chicago, USA.

Alejandro Augusto Bañol Betancur, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.

Alexandre Campaneli Aguiar Maia, Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Brasil.

Alfredo Abadías Selma, Universidad Internacional de La Rioja U.N.I.R. España.

Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria – UNIRC. Italia.

Carla Monroy Ojeda, Universidad de Ciencias de la Seguridad. México.

Carlos Enrique Polanco Gutiérrez, Poder Judicial. Perú.

Daniel Fernández Bermejo, Universidad a Distancia de Madrid – UDIMA. España.

Eduardo Gabriel Osorio Sánchez, Universidad Francisco de Paula Santander. Colombia.

Estrella Trincado Aznar, Universidad Complutense de Madrid. España.

Fernando Reviriego Picón, Universidad Nacional de Educación a Distancia -UNED. España.

Francisco Javier Moreno Oliver, Universitat Autònoma de Barcelona – UAB. España.

Jesús A. Valero Matas, Universidad de Valladolid. España.

Joaquín Ordóñez Sedeño, Universidad Autónoma del Estado de México.

Jorge Enrique Céspedes Ramírez, Estudio Céspedes Abogados Asociados, Huancayo. Perú.

José Adércio Leite Sampaio, Ministério Público Federal. Brasil.

José Bonet Navarro, Universitat de València. España.

Juan Alberto del Real Alcalá, Universidad de Jaén. España.

Luis Raúl Ortiz Ramírez, Universidad Autónoma del Estado de México.

Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Brasil.

Marcos González Sánchez, Universidad Autónoma de Madrid. España.

María Angélica Gutiérrez Gutiérrez, Soc. Española de Criminología y Ciencias Forenses. España.

Maria Célia da Silva Gonçalves, Faculdade Cidade de João Pinheiro – FCJP. Brasil.

María Jesús Santiago Segura, Universidad de Granada. España.

Mário Luiz Ramidoff, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Brasil.

Martha Fabiola García Álvarez, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México.

Martín Miguel Converset, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina.

Miguel León Untiveros, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Perú.

Nelson Ramírez Jiménez, Universidad Nacional Federico Villareal. Perú.

Oswaldo Raúl Burgos, Investigador independiente. Argentina.

Patrizia Borsellino, Università degli Studi di Milano-Bicocca. Italia.

Philipp Bagus, Universidad Rey Juan Carlos. España.

Silvia Saldari, Università degli Studi di Milano-Bicocca. Italia.

Virginia Zambrano, Università degli Studi di Salerno. Italia.

CONTENIDO

DERECHOS HUMANOS

Matrimonio Infantil: una violación de Derechos Humanos 11-33

Margareth Vetis Zaganelli

Julie Anna Morais

Larissa Peterle Mantuan

Laura de Amorim Ferreira

Análisis de la violación del derecho a vivir en familia en políticas migratorias restrictivas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana 34-48

Fernanda Leonardi Favalessa

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

DERECHO AMBIENTAL

La posibilidad de control social existente en las normas ambientales 50-67

Mateus Lopes da Silva

Vanessa Hernandez Caporlingua

DERECHO CIVIL

La inconstitucionalidad de la interpretación restrictiva a la previsión testamentaria para el hijo aún no concebido 69-87

Luana Senhor Soares

Daury Cesar Fabríz

Responsabilidad civil del *Instituto Nacional do Seguro Social-INSS* por la terminación de las prestaciones de pensión otorgadas judicialmente 88-99

Lory Brioschi Uhlig

Multipropiedad inmobiliaria y su naturaleza jurídica en Brasil: análisis de los fundamentos del Recurso Especial n.º 1.546.165/SP y Ley n.º 13.777/2018 100-120

Gilberto Fachetti Silvestre

João Victor Pereira Castello

Barbara Randow Santana Nascimento

La (in)eficacia jurídica del contrato de noviazgo y las consecuencias sucesorias del reconocimiento de la unión estable en la legislación brasileña 121-133

Larissa de Mello Estephanelle

Bruna Figueira Marchiori

Gilberto Fachetti Silvestre

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

DERECHO PENAL

La violencia filio-parental ante una precisa reforma legislativa en España 135-151

Rocío Leal Ruíz

DERECHO LABORAL

Inconstitucionalidades en la reforma laboral brasileña de 2017 - Ley Nº 13.467/2017 153-178

Lucas Andrade do Nascimento

Rafael Cândido da Silva

Valmir César Pozzetti

Notas conceptuales sobre la fuerza mayor desde la perspectiva del sistema jurídico laboral brasileño 179-193

Vitor Salino de Moura Eça

Suélen Ramos de Oliveira

Bruno Gomes Borges da Fonseca

El derecho universal al trabajo digno, el trabajo decente y las nuevas relaciones laborales 194-203

Larissa Paiva Furieri

Marcelo Fernando Quiroga Obregón

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Proceso Constitucional y la Covid 19 205-216

Cláudia Mansani Queda de Toledo

Lúcia Helena Polleti Bettini

VARIOS

Políticas públicas para la autocomposición de conflictos y la formación actual de profesionales del derecho en Brasil 218-229

Camila Silveira Stangherlin

Fabiana Marion Spengler

La herencia agraria en Cuba. Necesaria contextualización 230-242

Arlietys Núñez Rodríguez

Manuel Alejandro del Toro de la Cruz

Arlen Pérez Cristiá

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Cronología de una pandemia: ¿podrá tornarse la crisis en oportunidad? 244-247

De la autoría de Sergio García Magariño

Antonio Sánchez-Bayón

Ensayos de Economía Política 248-251

De la autoría de Jesús Huerta de Soto

Antonio Sánchez-Bayón

Introdução ao pensamento complexo 252-262

De la autoría de Edgar Morin

Adair Adams

Tiago Anderson Brutti

Claudia Almeida Adams

Luís Guilherme Nascimento de Araujo

Tra limite e fondamento. I migranti e l'Europa delle logiche incompatibili 263-265

De la autoría de Michele Saporiti

Margareth Vetis Zaganelli

DERECHOS HUMANOS

Matrimônio Infantil: uma violação de Direitos Humanos (*)

Child Marriage: a violation of Human Rights

Matrimonio Infantil: una violación de Derechos Humanos

Margareth Vetis Zaganelli¹

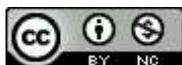
Julie Anna Morais²

Larissa Peterle Mantuan³

Laura de Amorim Ferreira⁴

Sumário: Introdução. **1.** Casamento infantil: breve contextualização. **2.** Casamento de menores na legislação brasileira. **3.** Tratamento legal comparado do casamento infantil. **4.** Fatores que levam ao casamento infantil. **5.** Consequências advindas do casamento infantil. – Considerações finais. – Referências.

(*) Recibido: 04/07/2020 | Aceptado: 27/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università de Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do grupo de estudos e pesquisas Bioethik (UFES). Professora investigadora do Projeto Jean Monnet Module “Emerging ‘moral’ technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities” do Erasmus Plus European Commission - cofinanciado pela União Europeia (School of Law). mvetis@terra.com.br
- ² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). julieannamorais@gmail.com
- ³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). larissamantuan.p@gmail.com
- ⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). lauramorim98@gmail.com

Resumo: O matrimônio infantil, prática comum à humanidade em séculos passados, ainda persiste em diversos países ao redor do globo como consequência da cultura patriarcal que subsiste nas sociedades contemporâneas. Tendo em vista o reconhecimento internacional do casamento precoce como ato violador de direitos humanos, o presente artigo visa descortinar as suas principais causas e apontar potenciais ataques a direitos fundamentais provocados pela união matrimonial em tenra idade. Com esse intento, inicialmente expõe-se os aspectos concernentes ao matrimônio infantil. Em seguida, apresenta-se o tratamento legal concernente ao tema no ordenamento jurídico brasileiro e em outros países. Sequencialmente, é feita a exposição de possíveis fatores que influenciam o casamento infantil. Por meio de pesquisa de natureza exploratória, à luz da legislação infraconstitucional e do direito comparado, o trabalho busca ressaltar as possíveis consequências infligidas mormente à menina submetida a união precoce, bem como a necessidade de alteração da problemática em comento.

Palavras-chave: casamento infantil; infância; UNICEF, direitos humanos; direito comparado.

Abstract: Child marriage, a practice common to humanity in centuries past, still persists in several countries around the globe as a consequence of the patriarchal culture that subsists in contemporary societies. In view of the international recognition of early marriage as an act that violates human rights, this article aims to uncover its main causes and point out potential attacks on fundamental rights caused by marital union at a young age. With this intent, initially it exposes aspects concerning child marriage. Then, it presents legal provisions concerning the marriage of minors in the Brazilian legal system and at other countries. Following, it is exposed possible factors that influence the practice of child marriage. Through exploratory research, in the light of infraconstitutional legislation and comparative law, the work seeks to highlight the possible consequences inflicted mainly on the girl submitted to early union, as well the need to change the problem in question.

Key words: child marriage; childhood; UNICEF, human rights; comparative law.

Resumen: El matrimonio infantil, una práctica común a la humanidad en siglos pasados, aún persiste en varios países del mundo como resultado de la cultura patriarcal y sexista que subsiste en las sociedades contemporâneas. En vista del reconocimiento internacional del matrimonio precoz como un acto que viola los derechos humanos, este artículo tiene como objetivo apuntar sus principales causas y señalar posibles ataques a los derechos fundamentales causados por la unión matrimonial a una edad temprana. Con esta intención, inicialmente expone aspectos relacionados con el matrimonio infantil. Luego, presenta disposiciones legales sobre el matrimonio de menores en el sistema legal brasileño y en otros países. Secuencialmente, se exponen posibles factores que influyen en el matrimonio infantil. A través de la investigación de carácter exploratorio, a la luz de la legislación infraconstitucional y el derecho comparado, el trabajo busca resaltar las posibles consecuencias infligidas a la niña sometida a una unión temprana, así como la necesidad de cambiar el problema en cuestión.

Palabras clave: matrimonio infantil, infancia, UNICEF, derechos humanos, derecho comparado.

Introdução

O casamento infantil é um fenômeno que persiste em diversos países do mundo, o que gera grandes discussões. No Brasil, a taxa desse fenômeno é a maior dentre os integrantes da América Latina, além de configurar o 4º lugar no índice global, em números absolutos, de acordo com uma pesquisa divulgada pela Organização das Nações Unidas (2018). Os dados disponibilizados resultam em uma preocupação a respeito das consequências levadas mormente às meninas que são direcionadas a essa prática.

Com o fito de compreender a prática do casamento infantil, suas principais causas, possíveis consequências e como isso se apresenta enquanto uma violação de Direitos Humanos, este estudo eleva duas premissas importantes como ponto de partida. A primeira, é considerar como interesse deste artigo, toda pessoa do gênero feminino que possua até 18 anos, devido a sua maior protagonização nas estatísticas sobre o assunto. E a segunda, a construção sócio-cultural brasileira, fundamentada no patriarcalismo que, ainda hoje, encontra suporte no meio social e desponta como um vetor do casamento infantil.

A partir disso, é necessária a apresentação do ato núbil infantil, por meio de análises estatísticas sobre os seus aspectos relevantes. Seguida de uma visão dogmático-jurídica acerca do casamento infantil no ordenamento jurídico brasileiro, abarcando dispositivos, definições e requisitos concernentes, bem como uma breve exposição do tratamento legal conferido ao matrimônio precoce em outros países. Para avanço da problemática faz-se necessário evidenciar suas raízes na sociedade brasileira. Em arremate, discutir-se-á os principais aspectos das consequências ocasionadas mormente na vida das meninas submetidas ao casamento precoce. Trata-se de uma pesquisa exploratória, cuja natureza da vertente metodológica é qualitativa, com procedimento técnico bibliográfico e análise da legislação infraconstitucional e comparada.

1. O casamento infantil

Internacionalmente considerado como uma violação de direitos humanos, o casamento infantil consiste na união de um menino e uma menina em que pelo menos um dos cônjuges possua idade inferior a 18 anos⁵, podendo o outro cônjuge ser muito mais velho ou da mesma idade. Mundialmente, essa prática pode ser realizada formalmente, constituída em conformidade com o ordenamento jurídico

⁵ Verifica-se que o termo infantil difere do estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que designa como criança até os 12 anos e adolescente dos 12 aos 18 anos. O parâmetro usado para este artigo advém da Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 1, Parte I, ratificado pelo Brasil em 1990.

pátrio, ou informalmente, visto que em diversos países há um distanciamento para o processo formal ou a vedação da prática.

Ademais, embora tanto meninas quanto meninos tenham a probabilidade de serem submetidos ao casamento em tenra idade, dados do relatório “Ending Child Marriage: Progress and Prospects” (UNICEF, 2018), a figura feminina está sujeita a esta união seis vezes mais do que a masculina. Isto decorre, principalmente, em virtude de questões culturais e de gênero, que serão expostas posteriormente. Nesse viés, tendo em vista este dado alarmante, apenas os aspectos relacionados ao casamento de crianças do sexo feminino serão abordados pelo presente artigo.

É imprescindível notar que, em perspectiva histórica, a prática é comum na humanidade, haja vista que com a baixa expectativa de vida nos períodos históricos mais antigos, as uniões aconteciam no início da puberdade para garantir a manutenção da prole. Contudo, ao longo dos períodos históricos, as mulheres começaram a casarem-se mais tarde devido ao aumento da expectativa de vida e da mudança de perspectivas, indo além de casar e ter filhos. Entretanto, nota-se que essa realidade é desconhecida por muitas jovens atualmente, que, sem autonomia, são forçadas a contrair matrimônio em tenra idade, inclusive com idades abaixo do mínimo legal ou em uniões informais ilegais, por diversos fatores que serão infra tratados.

Salienta-se, ainda, a possibilidade de encontrar esse tipo de união ao redor de todo o globo. A UNICEF (2020) estima que 650 milhões de mulheres vivas atualmente no mundo se casaram durante a infância e que mais de 150 milhões irão se casar antes de completarem dezoito anos até 2030. Na última década, em perspectiva mundial, o número de casamentos infantis reduziu significativamente, de 25% para 21% (UNICEF, 2020). Entretanto, a América Latina e o Caribe não demonstraram progresso no combate a prática, mantendo os mesmo índices há mais de duas décadas (UNICEF, 2018).

Nesta parte do globo, 1 em cada 4 mulheres se casaram antes de completar 18 anos, em geral, por meio de uniões informais, na qual a menina reside com o seu cônjuge. Estimativas indicam que se a região continuar apresentando o mesmo baixo desempenho no combate da prática, em 2030 terá o segundo maior índice de casamento infantil do mundo, estando abaixo apenas da África Subsaariana (UNICEF, 2019). Isso, devido tanto à inefetividade das atuais medidas adotadas, como também à expectativa de aumento populacional naquela região, que culminará em mais crianças expostas à probabilidade de sofrerem com esta prática.

Evidencia-se, ainda, que no Brasil, cerca de 3.034.000 milhões de mulheres entre 20 e 24 anos se casaram formalmente antes do 18 anos representando 36% do total de mulheres casadas nessa faixa etária no país (ONU, 2018). Isso, no ranking de países em que a prática ainda é recorrente, torna o país o 4º maior no mundo, e 1º na América Latina. Dados preocupantes, principalmente ao levar em consideração o desconhecimento do número de uniões informais, que a simples ocorrência nos leva a infelizes constatações para a sociedade brasileira, como

apresentaremos ao longo deste trabalho, tanto ao analisar as causas quanto a previsão das consequências.

2. O casamento de menores na legislação brasileira

O casamento é uma das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto (FARIAS; ROSENVALD, 2008). Estabelecendo, assim, comunhão plena de vida, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511, CC), no momento em que manifestam perante o juiz a vontade de estabelecer vínculo conjugal, e esse os declara casados (art. 1.514, CC). Assim, configura-se como uma união formal e solene, com o objetivo de estabelecer uma junção de vidas e afetos, não tendo finalidades específicas, como outrora alguns autores referenciavam a procriação. Também, requer alguns requisitos para que se reconheça como tal e não somente como um ato jurídico qualquer.

Como observado, trata-se de um negócio jurídico, não se confundindo com um contrato, como assevera Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008), que produz efeitos a partir do momento em que é atestada a sua validade, e, dissolvido apenas pelos requisitos dispostos no art. 1.571, CC, isto é, pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. Ainda, deverá analisar os critérios relacionados à capacidade para o ato núbil com vista na idade dos cônjuges, tema do presente artigo.

Na parte geral do Direito Civil, a incapacidade absoluta é atribuída aos menores de 16 anos, aos de 16 e menores de 18 anos é dada a capacidade relativa, ao passo em que aos 18 anos institui-se a maioridade, alcançando a plena capacidade de exercício de todos os atos da vida civil. Entretanto, a capacidade jurídica é diferente da capacidade para o casamento. Este exige uma capacidade específica, haja vista que a capacidade genérica pode não ser suficiente para o ato matrimonial. Faz-se necessária, portanto, a capacidade *ad hoc*, específica para o melhor enfeixe sob a noção de legitimidade (FARIAS; ROSENVALD, 2008).

Nesse sentido, ao analisar o aspecto etário como um dos fatores para o casamento, nota-se que a idade núbil legal ocorre aos 18 anos, contudo, com a figura jurídica da emancipação, a partir dos 16 anos considera-se a plena capacidade matrimonial, nos termos do art. 5º, inciso II, e do art. 1.517 do Código Civil. Recentemente, tornou-se vedada, em qualquer hipótese, a união daqueles que não atingiram a idade núbil, nos termos do art. 1.520, com redação dada pela Lei nº 13.811 de 2019, ainda que possuam os requisitos legais previstos anteriormente.

Portanto, apenas indivíduos maiores de 18 anos podem contrair o matrimônio. Assim, o primeiro documento exigido para os nubentes é a certidão de nascimento ou documento equivalente (art. 1.525, I, CC), para provar a idade mínima para o ato. Desse modo, os casamentos porventura celebrados em que pessoa que não possua este requisito terão como consequência a anulabilidade.

Na disposição revogada, os menores de 18 anos deveriam possuir o consentimento de ambos os pais, ou apenas um deles nos casos em que o outro

estivesse morto, ausente por declaração judicial ou destituído do poder familiar. Caso houvesse desaprovação dos pais, poderia haver supressão pelo juiz. O pedido poderia ser iniciado por ambos nubentes ou pelo Ministério Público, sendo que se a iniciativa partisse do incapaz, deveria ser assistido por advogado ou Defensoria Pública. Além disso, estes casamentos ficariam submetidos ao regime de separação de bens (art. 1.641, III, CC), em razão da proteção do patrimônio do incapaz, havendo posterior possibilidade de mudança, quando o menor atingisse a maioridade, mediante a anuência de seu cônjuge (art. 1.639, §2º, CC).

2.1 Casamento civil: aspectos trazidos pela lei nº 13.811/2019

Após vislumbrar os aspectos gerais concernentes ao casamento, é importante ressaltar algumas particularidades daquele celebrado com os absolutamente e relativamente incapazes, de acordo com a lei civil. Em que pese existir uniões matrimoniais com pessoas nesta idade que tenham a consciência e a vontade de assumir essa decisão para a vida, a realidade brasileira mostra um contexto diferente em grande parte dos casos, sendo está a problemática trazida por este trabalho.

Por isso, em 2019, foi sancionada a Lei nº 13.811, que edita o art. 1.520 do Código Civil, com o objetivo de proibir o casamento antes da idade núbil, isto é, 16 anos. Antes, era permitido na condição de gravidez e para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Este último, é a parte mais polêmica do artigo, por isso, é importante verificar o seu histórico na legislação brasileira para entender o debate que a envolve e a conclusão acertada que levou à exclusão desta hipótese do ordenamento.

O Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) previa como uma das hipóteses de extinção de punibilidade no art. 107, inciso VII, o casamento do acusado com a vítima de crimes contra os costumes, ou seja, aqueles dispostos nos capítulos dos crimes contra a liberdade sexual, dos crimes sexuais contra vulnerável e do rapto. Em uma visão pouco apurada já percebia-se a possibilidade da existência de uniões arranjadas para extinguir a punibilidade do criminoso em casos de estupro em indivíduos entre 14 e 18 anos, conforme a disposição original.

Contudo, essa prática foi contemplada pelo legislador como algo inconcebível, de modo que em 2005 a lei nº 11.106 foi sancionada a fim de revogar o art. 107, VII, do CP para evitar a impunibilidade do criminoso que usava o matrimônio para permanecer em liberdade. Por conseguinte, em 2009, foi sancionada a lei nº 12.015 que traz como defeso atos sexuais contra menores de 14 anos, passando a legislar sobre esta parcela da sociedade, outrora silente.

Ocorre que mesmo após todas essas medidas para evitar o matrimônio de crianças menores de 16 anos, o art. 1.520 do CC não foi alterado, sendo assim, permaneceu a possibilidade de casamento para evitar a punibilidade do agente criminoso em crimes cometidos contra menores de 16 anos, de forma mais específica, em casos de estupro de vulnerável - menores de 14 anos - se houvesse a

união pelo ato núbil. Embora muitos doutrinadores entenderem a revogação tácita deste dispositivo desde 2005.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 56/2018 (BRASIL, 2018) foi proposto na Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados, para alterar este dispositivo e elucidar o problema. O projeto passou em tempo razoável por todo processo legislativo e entrou imediatamente em vigor a partir de 12 de março de 2019. Um grande avanço legislativo que, entretanto, não se demonstra suficiente para acabar com o casamento infantil no Brasil, tendo em vista a permanência de uniões informais, isto é, quando não há celebração ou registro formal. E é nesse viés que o presente artigo pretende abordar o tema.

3. Tratamento legal comparado do casamento infantil

Como exposto, considera-se casamento infantil a união em que ao menos um dos cônjuges não tenha dezoito anos completos. Tal definição está em harmonia com diversos acordos, convenções e tratados internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse viés, diversos fatores explicam esta idade ser entendida como suficiente para encerrar a infância e tornar o ato núbil aceitável, dentre eles estão a preparação para vida sexual, a correspondência com o fim da vida escolar básica e o desenvolvimento da capacidade de escolha sobre o casamento (WODON et. al, 2017).

Nessa perspectiva, o Comitê da ONU sobre Direitos das Crianças recomenda expressamente que os Estados revisem e, se necessário, reformem a sua legislação pátria a fim de elevar para dezoito anos a idade mínima para o casamento, independentemente do consentimento parental (CRC, 2003). Todavia, em contramão aos direitos internacionalmente assegurados às crianças, o ordenamento jurídico de diversos países, inclusive daqueles considerados desenvolvidos, permite o casamento antes de ambos os cônjuges terem completado a maioridade, podendo ocorrer com ou sem o consentimento dos genitores em decorrência de uma situação específica ou da mera vontade dos envolvidos.

O Código Civil Francês (1804), por exemplo, estabelece no art. 144 que o casamento não pode ser contraído por menores de dezoito anos. Porém, em seguida, o art. 145 prevê que o Promotor de Justiça do local da celebração pode dispensar o requisito etário por motivos graves, não havendo uma especificação de uma idade mínima para que seja concedida essa exceção, bem como quais seriam os motivos considerados graves. Vale salientar que nessa hipótese faz-se também necessário o consentimento dos pais (art. 148).

Entretanto, ainda que haja a previsão, o art. 156 enuncia que se um oficial celebrar um casamento com cônjuges que ainda não tenham a idade mínima conferida pela lei, poderá ser condenado à multa proporcional à sua fortuna e caso ele já tenha falecido, a ação será movida sobre os herdeiros (art. 200). Derradeiramente, um casamento realizado em desconformidade com o citado art. 144 poderá ser nulo em até 30 anos após a sua celebração, com pedido realizado

pelos cônjuges, Ministério Público ou terceiros interessados (art. 184). Salienta-se, por fim, que inexistindo consentimento de um dos cônjuges, o ato poderá ser nulo em até 5 anos após a celebração matrimonial (arts. 180 e 181).

O Código Civil Italiano (1942), dispõe, no art. 84, que apenas os maiores de idade podem se casar, estes considerados a partir dos dezoito anos (art. 2). O mesmo dispositivo legal prevê o matrimônio daqueles que possuam dezesseis anos completos, desde que verificada a maturidade psicofísica, a validade dos motivos apresentados e depois de ouvido o Ministério Público e os pais ou o tutor, quando o Tribunal poderá admitir, por motivos sérios, o matrimônio. Assim, difere da legislação francesa por ao menos estabelecer um requisito etário mínimo para as hipóteses em que é permitido o casamento infantil.

A Alemanha, por outro lado, harmonizou a sua legislação pátria com os direitos humanos e vetou de forma absoluta o casamento infantil. Em 2017 o Bundestag, parlamento alemão, aprovou uma lei para o combatê-lo (Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen), elevando para os 18 anos a idade mínima para o ato, não cabendo nenhuma exceção. Assim, a lei aboliu a possibilidade antes prevista do casamento a partir dos dezesseis anos sob certas condições (BUNDESTAG, 2017). Além disso, estabeleceu que os matrimônios realizados antes da lei entrar em vigor ou celebrados no exterior com menores 16 anos são considerados automaticamente nulos e com crianças entre 16 ou 17 anos podem ser anulados no tribunal (BUNDESTAG, 2017).

Contudo, com relação a este último aspecto a realidade tem demonstrado que a norma restou infrutífera. Uma pesquisa realizada na Alemanha em 2019 pelo instituto Terres des Femmes apontou que os casamentos infantis não foram anulados como previsto. Foram relatados 813 casos em todo o país, todavia apenas 10 uniões foram anuladas. A diretora federal da instituição apontou que os números demonstram que a lei não foi implementada no país, além disso, indicou que o total de uniões relatadas provavelmente não reflete a realidade, tendo em vista a pouca informação disponibilizada para as meninas procurarem ajuda ou serem informadas de seus direitos, além das autoridades prestarem pouco a assistência adequada (TERRE DES FEMMES, 2019).

Outro aspecto interessante no que concerne a aplicação da lei de combate ao casamento infantil alemã é o que tange às uniões celebradas no exterior, principalmente referentes aos estrangeiros recém chegados na crise migratória de 2015. Caso emblemático é de um casal sírio, composto por uma menina de 14 anos casada com um homem de 21 anos. O Bundesgerichtshof, Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, em decisão publicada em 14 de novembro de 2018, suspendeu o processo para que o Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Alemão, decida se os casamentos celebrados de acordo com a lei estrangeira antes do menor ter completado dezesseis anos devem ser considerados nulos sem um exame caso a caso, conforme a nova lei, ou não (BUNDESGERICHTSHOF, 2018). A questão está prevista para ser decidida em 2020 (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT).

Desta feita, observa-se a necessidade dos países alterarem a sua legislação em uniformidade para que o matrimônio infantil seja totalmente vedado em garantia aos direitos humanos das crianças. Sendo, ainda, o exemplo da Alemanha imprescindível para demonstrar que não basta tão somente a alteração legislativa, sendo vital também a adoção de políticas públicas para que realmente haja a implementação do regramento.

4. Fatores que levam ao casamento infantil

É notório a influência que o ambiente familiar exerce na vida do ser humano, em especial naqueles que ainda não possuem discernimento, como as crianças. Para elas, as experiências advindas do relacionamento com os pais, irmãos e demais familiares influenciam na forma de sentir e enxergar o mundo (SALSINHA, 2011). Em um ambiente saudável, os aspectos positivos dessa interação contribuem para o crescimento pessoal e consciente. Ao contrário, em um ambiente de relações conturbadas, via de regra, o desenvolvimento da criança será afetado de modo negativo. Portanto, é evidente a importância dos pais no auxílio ao desenvolvimento dos filhos.

Nesse ínterim, conclui-se que pais detentores de condutas e discursos de cunho machista, procedentes do patriarcado, tendem a influenciar seus filhos em igual visão de mundo. É comum encontrar no seio das famílias brasileiras tais comportamentos, principalmente apresentados na criação diferente entre meninos e meninas. Muitas vezes, é dado a elas brinquedos que estimulam a percepção de mãe e cuidadora do lar, enquanto eles têm a instrução de independência e comando da ordem da casa, além do incentivo à sexualidade, às vezes, estimulando a objetificação da mulher, ainda que inconscientemente.

A construção machista do estereótipo do gênero feminino leva a família e, em alguns casos, a própria criança, a acreditarem que a união matrimonial é a melhor solução para algumas situações. Assim, “entende-se a disparidade de idade no casamento entre homens e mulheres, que está enraizada em países cujo estereótipo cultural reduz o papel das mulheres para mães, esposas e donas de casa enquanto os homens são os responsáveis pela unidade familiar” (BUNTING, 2005). Nesse viés, percebe-se as reações da sociedade em relação à diferença etária de um casal. Se o homem for mais velho que a mulher, a relação é considerada como algo comum, enquanto o contrário, por vezes, é visto com certa estranheza, por ser tido ainda como algo não natural para significativa parcela da sociedade.

O matrimônio é utilizado como forma de controlar a sexualidade das meninas. Ao perceber o início da vida sexual ativa das meninas, por volta dos 12 anos de idade, quando começam aparecer os sinais do início da puberdade, alguns pais pressionam a união como medida preventiva de uma possível gravidez (TAYLOR et al, 2015). Também é posto como maneira de evitar comportamentos entendidos como “de risco”, por exemplo, ter relações sexuais sem parceiro fixos e sua exposição à rua (ONU, 2019).

Também em casos que ocorre a gravidez indesejada, muitas vezes por falta de educação sexual ou de informação acerca dos meios para sua prevenção, a união é vista como o modo mais eficaz de proteger a reputação da menina e da família. O casamento é considerado meio para que a jovem não seja mãe solo, situação malvista perante a sociedade, e garantir que o pai assuma a responsabilidade pela criança que está sendo gerada (ONU, 2019). Sendo este um entendimento com raízes no mais puro machismo (SILVA, 2014, p. 16), que busca uma tentativa de manter incólume a honra da jovem e de sua família.

Não obstante, dizer que o machismo é o grande vilão não significa dizer que ele é o único responsável e que todos os casamentos são impostos pela própria família. É comum este ato ser da vontade da própria criança. Contudo, isso não quer dizer que não haja machismo influenciando a sua decisão. Afinal, é notório as raízes culturais dessa mentalidade, de modo que “a imposição cultural é tão profunda a ponto de esses valores serem incorporados no indivíduo, não restando outra maneira de ser feliz senão alcançando esses padrões” (MASSAD, 2019).

Um fator motivacional com grande relevância para as próprias garotas escolherem o matrimônio, é a busca por uma porção de liberdade. Ao saírem da casa dos pais e tornarem-se donas de seu próprio lar, as noivas mirins acreditam que serão mais independentes e respeitadas pela sociedade. Sendo esse fator ainda mais determinante em cenários que a criança sofre abusos em seu lar paternal (ONU, 2019). Todavia, na realidade, o que muitas vezes ocorre é a manutenção dessa falta de liberdade, havendo a mera transmissão da dependência, que antes era relacionada aos pais, para a figura do esposo.

Mister consignar a pobreza como outro vetor para o casamento infantil. Em sociedades em que os pais enfrentam dificuldades para prover as necessidades básicas de seus filhos, ele é visto como meio para garantir a segurança financeira das meninas (ONU, 2019). Ademais, na conjuntura de suas filhas estarem gerando uma criança, essa solução também parece viável devido à crença familiar de o pai assumir a responsabilidade pelo filho que está sendo gerado (GIRLS NOT BRIDES).

5. Consequências advindas do casamento para a criança

Os direitos humanos, inerentes a todos os seres humanos, visam proteger os indivíduos e os grupos de ataques às liberdades fundamentais e à dignidade humana. São garantidos a todos, independente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem social ou nacional ou condição econômica e incluem o direito à vida, liberdade, saúde, educação, trabalho, segurança pessoal, entre outros (ONU).

Contudo, o ato núbil infantil se demonstra um grande violador dos direitos humanos das crianças submetidas à prática. Estudos apontam que as consequências para as noivas mirins estão relacionadas à maior propensão de serem controladas por seus maridos, à tendência a desenvolverem problemas de saúde, abandono dos estudos e se tornarem hipossuficientes, propiciando um cenário de violência doméstica.

5.1. Impactos no direito à liberdade

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece que todo indivíduo possui direito à liberdade, que pode manifestar-se por meio da liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião e associação pacíficas, dentre outras formas. Em que pese a garantia de todos gozarem desses direitos, as meninas submetidas prematuramente ao matrimônio, por diversos momentos, se vêem cerceadas de sua liberdade.

A princípio, a maioria dos casamentos prematuros são forçados. Essa prática caracteriza-se pela transferência do poder paternal ao marital, advindo da família de origem para a família do marido. A semelhança deste ato remonta os tempos da Idade Antiga, em que a união matrimonial representava apenas uma mudança de casa, não interferindo na liberdade feminina, porém dando a quem essa liberdade era devida (COSTA, 2007).

Apesar de ser uma prática antiga e, como vista, atualmente condenável pela moralidade e pelas acertadas atualizações legislativas, que visam a expressão do direito fundamental à liberdade, ela ainda pode ser observada. Muitas vezes, as noivas crianças são submetidas ao casamento sem concordarem com a prática ou com o cônjuge escolhido pela família. Esse tipo de união é comparada à escravidão por especialistas em direitos humanos da ONU, tendo em vista as crianças experimentarem a servidão doméstica e a escravidão sexual (ONU, 2012), que além de serem consideradas formas de supressão da liberdade, também caracteriza-se como atos de violência, que não devem ser tolerados perante a sociedade.

Além disso, observa-se que o poder de reduzir a liberdade é um dos fatores que atraem adultos a se casarem com meninas em tenra idade. A pesquisa “Ela vai no meu barco”, realizada no Brasil, evidenciou que uma das motivações para homens adultos se relacionarem com meninas abaixo da maioridade, é o fato de serem mais “educáveis” e “maleáveis”, havendo, assim, a expectativa de que as esposas sigam as normas postas por eles dentro de casa e do casamento (TAYLOR et al., 2015).

A pesquisa mencionada indica, ainda, restrições à liberdade de ir e vir. Diversos casos apontam a mobilidade reduzida das esposas, que passam a maior parte do tempo em casa, com dificuldades no desenvolvimento de amizades, em razão da redução do contato com outras pessoas e a perda da vida social, ao mesmo tempo que o marido e as relações intrafamiliares tornam-se a sua única realidade. É evidente que as pessoas possuem momentos de isolamento voluntário, contudo, a estas meninas sequer há a possibilidade de escolha desta opção. Desse modo, a prática impõe uma solidão indevida durante a fase formativa de suas vidas, em que há maior valorização da socialização e o contato com seus pares (TAYLOR et al., 2015). Logo, a convivência social, tão corriqueira atualmente, para libertar das turbulências da vida e compartilhar momentos alegres é negada a essas meninas.

Destarte, é evidente que o matrimônio infantil aduz uma violação do direito de liberdade das noivas precoces em diversas perspectivas. Seja ao serem forçadas à sua prática, ao serem controladas pelos seus cônjuges, por terem a liberdade de ir e vir reduzida, ou na redução do contato com as demais pessoas da sociedade. Assim, evitá-la garante a diminuição do cerceamento da autonomia feminina, tão estimada na sociedade contemporânea.

5.2. Impactos na saúde

Meninas casadas apresentam estado de saúde pior em relação àquelas da mesma idade não casadas. Em uma pesquisa realizada nos Estados Unidos entre 2001 e 2002, as meninas nessas condições possuíam maiores níveis de depressão, ansiedade, isolamento, automutilação e suicídio, do que aquelas que casaram-se mais tarde (LE STRAT et. al., 2011). Nesse sentido, Parsons e McCleary-Sills (2015), nos afirmam que existe sim relação entre casamento e problemas de saúde mental entre as meninas pesquisadas. Isto nos confirma a urgência no combate a esta prática, para que as nossas meninas sejam salvas de atitudes arbitrárias daqueles que as representam até a maioridade.

Para mais, as meninas não conseguem conversar com seus maridos, precipuamente, em relação ao sexo e à prevenção inerente a ele, nesse viés, a literatura mostra que o casamento infantil está ligado à saúde sexual e reprodutiva precárias. Assim, aumentam-se os riscos de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), bem como a gravidez precoce, que pode vir acompanhada de complicações durante a gestação, em parte devido a falta de cuidados médicos adequados e estrutura física imatura (XU et al., 2003, UNICEF, 2014), resultando em maior taxa de mortalidade e desnutrição desses bebês (WODON et. al., 2015).

No primeiro caso, é importante ressaltar o aumento das chances de contrair HIV (UNFPA, 2013; WALKER et al., 2013). Uma pesquisa realizada em 2015, aponta que 7.500 garotas contraíram o vírus. O estudo intitulado “Ending Child Marriage and Stopping the Spread of HIV... Opportunities and challenges for action” (2016), destaca alguns fatores de risco para a infecção, principalmente na hipótese de casamento com um homem muito mais velho, pelo fato de no passado já ter se relacionado com outras parceiras. A relutância no uso de contraceptivos, a impossibilidade da conversa sobre as necessidades e a impossibilidade de aceder à serviços de saúde sexual também são fatores mencionados na pesquisa.

O segundo e terceiro casos elucidam os grandes riscos de uma gravidez, haja vista que o corpo de uma menina não é totalmente maduro para passar por uma gestação (WODON et al., 2015; UNICEF, 2014). Uma gravidez nessas circunstâncias, demanda mais cuidados que uma gravidez normal, quando a mulher possui o corpo plenamente formado e apto para receber um feto. Ainda, contrasta com cenário de escassez, ou até mesmo de ausência, de recursos para garantir assistência necessária durante o período gestacional em contexto normal. Nesse sentido, verifica-se que meninas que dão à luz antes dos 18 anos, são de 35% a 55% mais propensas a terem bebês prematuros ou com baixo peso ao nascer (NOUR, 2009;

UNFPA, 2012; WACHS, 2008), além de possuírem elevação na taxa de mortalidade, com maior propensão à debilitação da saúde (NOUR, 2009; WODON, 2015).

É imprescindível salientar os riscos para a mãe. As jovens adolescentes, em comparação com outras mulheres, enfrentam maior risco de complicações e morte na gravidez ou no parto (OPAS, 2018). Na faixa etária entre 15 e 19 anos, esta é a segunda principal causa de morte, sendo a taxa de mortalidade 28% mais elevada que para moças com idade entre 20 e 24 anos (UNFPA, 2013). Segundo OMS (1997), este tipo de óbito ocorre “durante a gestação ou dentro de um período de 42 dias após o término da gestação, independente da duração ou da localização da gravidez, devido a qualquer causa relacionada com ou agravada pela gravidez ou por medidas em relação à ela, porém não devido à causas acidentais ou incidentais”. Assim, há entendimentos de que poderia ser evitado com acompanhamento médico e obstétrico, no pré-natal, parto e puerpério (OPAS, 2018). Fatores escassos, como supracitado.

Diante do analisado, a melhor forma de manter a integridade física e psíquica das meninas expostas a esse tipo de situação é a prevenção do casamento precoce, visto que dos nascimentos advindos de mães jovens, 90% são de mães casadas (GIRLS NOT BRIDES). Para aquelas que já encontram-se nessa condição, o melhor a ser feito é o aumento de cuidados, com programas de saúde materna e planejamento familiar, adaptando-os às suas necessidades. Esses podem ser programas que ajudam na procura de serviços que deem oportunidade para mudança de vida.

5.3 Impactos na educação

Diversas literaturas evidenciam que os níveis mais baixos de escolarização estão relacionados à pouca idade no casamento. A educação é importante para moldar as aspirações das garotas para a própria vida, oferecendo habilidades que podem ser usadas dentro de suas comunidades, ampliando as possibilidades de atuação dentro do mercado de trabalho e aprimorando sua voz e a forma de se expressar (THE WORLD BANK, ICRW). Quando há o abandono escolar, principalmente em decorrência do matrimônio ou gravidez precoce, há um prejuízo em suas vidas e em seu aprendizado.

Em algumas situações, a menina abandona a escola por motivos como o baixo desempenho escolar e a falta de apoio parental. Assim, opta por permanecer em casa, para auxiliar nas atividades domésticas e nos cuidados com os irmãos, ou ainda, começa a trabalhar para ajudar financeiramente no sustento da casa. Desse modo, com tantas atribuições na casa e na família, muitas meninas creem que o casamento seja a única opção disponível para se tornarem independentes e eximirem-se de tamanha responsabilidade familiar.

Contudo, quando se casam, dificilmente retornam à escola, visto que, de modo geral, no contexto em que ocorre, a oferta de educação e emprego são pequenas, e elas passam a sofrer com barreiras significativas, como a responsabilidade pelas tarefas da casa e pelos filhos, quando existentes, contribuição ao sustento do lar e até o ciúme do marido. Além de, em certos casos, enfrentarem barreiras geográficas,

como nas localidades em que existem poucas unidades de ensino, que são distantes uma das outras.

Ademais, além da baixa escolarização limitar as oportunidades, as expectativas de emprego e a formação profissional, há afetação nos ganhos econômicos, de modo a tornar-se dependente financeiramente do marido. Todo o problema supracitado também traz dificuldade ao acesso às informações sobre saúde e bem-estar para si e para os filhos (ABU-GHAIDA, KLASSEN, 2004), além de acesso limitado aos conhecimentos de saúde reprodutiva, com mais vulnerabilidade a fatores de risco, como as DSTs. Ou seja, a educação também faz-se importante em aspectos como saúde e economia.

É importante frisar que as estimativas também sugerem que da mesma forma que o casamento aumenta a evasão escolar, o lado inverso, isto é, o aumento da educação escolar, é provavelmente uma das melhores maneiras de evitá-lo. Para isso, algumas intervenções concebidas para promover a educação, incluindo ajuda financeira, boa formação dos professores, uniformes gratuitos e boas instalações, podem ajudar a retardá-lo (THE WORLD BANK; ICRW), visto que esses fatores incentivam a participação, não só das meninas, como de toda comunidade ao ambiente escolar. Ademais, estando na escola, é importante ensinar tópicos como gravidez e casamento precoce, saúde reprodutiva, higiene pessoal, direito das crianças e alfabetização financeira, com o objetivo de capacitá-las a elevar a autoestima e as próprias aspirações para permanecerem na escola.

5.4 Impactos econômicos

Os aspectos das violações de direitos supramencionados possuem forte relação com a situação econômica na qual a menina está inserida. Isso faz parte da sua dependência perante o marido, que em geral, por sustentar a casa, acredita ser a pessoa que deve controlar tudo referente à ela, incluindo esposa e filhos, deixando, muitas vezes, o bem estar de seus dependentes como um ponto irrelevante, pensando apenas no próprio bem estar.

Nesse sentido, dados da organização Girls Not Brides, apontam que 50% das meninas das famílias mais pobres do mundo são casadas. Além disso, a pobreza a que estão acostumados tende a gerar um ciclo intergeracional de pobreza, com alta probabilidade de uma mãe que casou ainda criança, ter filhas que se casem durante a infância, sendo, essa chance, três vezes maior que em famílias ricas. Tudo isso, devido a história única de permanência nesta realidade e o desconhecimento de outras vivências que poderiam ter durante suas vidas (GIRLS NOT BRIDES).

Também verifica-se que nos locais em que as pessoas do sexo feminino são mais valorizadas, as taxas de casamento infantil são menores. Mantê-las na escola faz parte dessa valorização e aumenta a produtividade econômica, mesmo que se casem depois. Esta, é uma relação consequencial da intrínseca relação de a economia pautar-se no mercado de trabalho, que sempre procura pessoas com boa qualificação, que será aprendida pelos meios educacionais. Destarte, as mesmas

estratégias usadas para que haja aumento no nível de educação básica também pode ser usada para a economia.

Esses aspectos para serem melhorados devem contar com apoio do governo de cada Estado, visto que para ele também há vantagens. A diminuição do casamento infantil e da pobreza ajuda no desenvolvimento local e no crescimento do país como um todo. Isso, porque o impacto econômico, que inclui custos para o sistema de saúde, necessidade benefícios advindos de programas sociais, perda de potencial humano e continuação da pobreza (THE WORLD BANK; ICRW), irá diminuir, e a menina terá potencial para ser economicamente ativa, caso queira e veja necessidade, contribuindo para a geração de riquezas e conhecimento não só do país como, principalmente, no âmbito familiar.

5.5 Abuso sexual

Cabe destacar dentre todos os tipos de violência enfrentadas por essas meninas, a de caráter sexual. A violência sexual infantil é caracterizada como qualquer ato ou jogo sexual, entre um ou mais adultos e uma criança ou adolescente, que tenha por finalidade o estímulo sexual destes últimos ou sua utilização para fins de estimulação sexual própria ou de terceiros (AZEVEDO; GUERRA, 1998, p.33). Quando a utilização dessa violência possui fins econômicos há que se falar em exploração sexual, enquanto que, quando utilizada para satisfação de interesse pessoal do agente agressor, sem obtenção de vantagem econômica, está-se diante do abuso sexual (FLORENTINO, 2015).

O casamento infantil, já citado como uma das formas de violência infantil, pode ser um meio utilizado para outros tipos de violência, como a violência sexual, seja ela a exploração ou o abuso. Em sua maioria, o abuso é o fim mais comum e também o que pode levar às consequências mais danosas em curto ou longo prazo, sejam elas físicas, psíquicas, sexuais, sociais, dentre outras (FLORENTINO, 2015).

A situação se agrava quando ocorrida dentro do casamento envolvendo esses menores, pois, regra geral, foi a própria família quem levou essa criança ou a apoiou na realização da união. Nesses casos, levando-se em consideração o perfil até aqui traçado das noivas mirins, as próprias vítimas não entendem que estão sendo submetidas ao abuso sexual e acabam naturalizando-o, ou, quando não o fazem e possuem consciência da violação a seu corpo, veem-se desamparadas por não ter a quem recorrer.

A pesquisa intitulada “Out of the Shadows Index”, divulgada na revista britânica *The Economist*, avaliou as medidas adotadas nos países para o combate ao abuso infantil. O Brasil encontra-se em 11^o em um ranking com 40 países. O estudo realizado, que contou com o apoio das fundações *World Childhood Foundation* e *Oak Foundation*, levou em consideração aspectos como a legislação adotada no país, as ações envolvendo o setor privado, a sociedade civil e a atuação da mídia, tendo o Brasil conquistado pontuação de 62.4 em uma escala até 100 pontos.

Em aparente antagonismo, embora acima da média, a colocação do país na referida pesquisa pouco reflete o combate ao abuso sexual nos casos de casamento envolvendo crianças. Isso, porque pouco se discute sobre a violação sofrida por elas, sendo as medidas adotadas para sua erradicação tímidas e demasiado lentas, quando comparadas às medidas adotadas para dar fim ao abuso sexual em suas demais áreas de incidência e modalidades, como a prostituição infantil, pornografia e abuso sexual extra matrimônio.

5.6 Violência doméstica

O casamento infantil, como visto, apresenta grande incidência no Brasil, sendo assim, deve ser entendido como um ato de violência contra a menor. Ao delimitar a análise ao grupo específico de meninas que são submetidas à essa prática, a questão ultrapassa a violência infantil e se torna quadro de violência contra a mulher. Para melhor compreensão de como tal fato é configurado, é necessário a clara conceituação e apresentação das modalidades dessa violência.

A Organização Mundial de Saúde define violência como o uso de poder ou força física, em ameaça ou na prática contra si próprio, outra pessoa, outro grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação (WHO, 1996). Por conseguinte, fica claro que a violência vai além da lesão física ou estupro, quando se tem por enfoque a violência contra a mulher. Nesse contexto, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no art. 7º, classificou em cinco categorias as formas de abuso contra a mulher, sendo elas: patrimonial, sexual, física, moral e psicológica.

Nesse viés, o Serviço de Pesquisa DataSenado (2015) divulgou um relatório sobre um estudo realizado com 1.102 mulheres. Nele, apresenta dados relacionados à educação e economia, temas já abordados. Em primeiro plano, a renda é um quesito indiretamente proporcional a reincidência da violência, isto é, quanto menor a renda da mulher, maior a taxa de reincidência na violência. Das mulheres que já sofreram violência doméstica, 14% ainda sofrem, sendo que destas, a maior parte (34%) está no grupo daquelas que não possuem renda.

Além disso, observa-se que dos motivos que as levam a não denunciar uma agressão, a dependência financeira é a segunda maior causa, perdendo apenas para o medo do agressor, analisados pelos aspectos relacionados à idade, renda e ocupação profissional da mulher. Sendo que uma situação não exclui a outra, motivo pelo qual os dados somam mais de 100%. Ao serem perguntadas a idade da primeira agressão, 15% afirmaram que possuíam entre 0 e 15 anos, sendo que a maior parte das participantes deste quesito eram mulheres sem renda (20%), estudantes (46%) e que na época da pesquisa possuíam de 16 a 19 anos (74%). Destarte, entende-se que a hipossuficiência econômica, somada a pouca idade nas relações são potencializadoras da permanência nas agressões.

Ainda que a pesquisa não tenha feito a relação de estado civil, é perceptível que quanto maior o vínculo no relacionamento maior dificuldade existirá para sair

daquele *status quo*. Isso, em razão da valorização social do casamento ainda existir, embora paulatinamente venha perdendo sua importância, e também de fatores de dependência como a financeira e a afetiva, bem como o medo causado pelo ciclo de violência. Ante todos os dados, nota-se que as mulheres submetidas a ele durante a infância possuem maiores chances de sofrerem violência doméstica.

Considerações finais

Restou demonstrado a série de direitos humanos violados por meio da prática do casamento infantil. Sendo o reflexo de condutas de uma sociedade regida pela ótica machista, que diferencia a criação pautada no gênero, condicionando o comportamento da menina-mulher, bem como a visão que esta tem sobre si.

A partir desta ótica, fatores como a tentativa dos pais de controle da vida sexual da jovem, a gravidez precoce, a busca de liberdade pela noiva mirim e a falta de recursos da família para prover o sustento das crianças levam o casamento infantil ser visto tanto pela família, quanto pela menina, como o melhor opção.

Assim, frente a realidade de casada, o abandono escolar se torna o principal caminho percorrido, causando transtornos econômicos, visto ter menos qualificação que outras pessoas que conseguiram completar os anos básicos da escolaridade. Passam, ainda, a se sujeitarem ao domínio de seus maridos, sendo cerceadas de sua liberdade e aumentando a probabilidade de sofrerem violência doméstica.

Dessa forma, vê-se que a prática configura como uma verdadeira violação de direitos humanos, no sentido de prejudicar a liberdade, o desenvolvimento, o acesso à educação e a integridade física e psicossocial dessas meninas. Afeta, ainda, a dignidade humana, disposta na Constituição Federal como um dos fundamentos do atual Estado Democrático de Direito (Art 1º, III, CF/88).

Por derradeiro, conclui-se imprescindivelmente que a adoção de medidas para dar fim ao casamento infantil - como a Lei nº 13.811/2019 - é de suma importância para garantir o pleno desenvolvimento social das garotas e do país. Haja vista que a diminuição das consequências apresentadas ajudará na erradicação desse problema social, que será benéfico tanto às meninas, que não precisarão passar pelo risco de violação de seus direitos, quanto ao Estado, que terá maiores ganhos sociais e econômicos.

Referências

- ABU-GHAIDA, D., KLASSEN, S. The Costs of Missing the Millennium Development Goal on Gender Equity. **World Development**, Washington, DC, v. 32, n. 7, p. 1075-1107, may, 2004. Disponível em: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/872151468779427043/pdf/297100PAPER0Costs0of0missing0MDG.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- AFRICAN UNION COMMISSION. Ending Child Marriage and Stopping the Spread of HIV. Opportunities and challenges for action. **Girls Not Brides**, Londres, dez.

2016. Disponível em: <https://www.girlsnotbrides.org/wp-content/uploads/2017/01/Desk-Review-Ending-CM-and-Stopping-the-Spread-of-HIV.pdf>. Acesso em em: 04 jul. 2018.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DqUDH.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

AUSSETZUNG des Verfahrens zur Wirksamkeit von sogenannten Kinderehen und Vorlage der Sache an das Bundesverfassungsgericht. **Bundesgerichtshof**. Karlsruhe, n. 186/2018, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/2018186.html>. Acesso em: 03 abr. 2020.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane N. de Azevedo. **Pele de asno não é só história...** um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família. São Paulo: Rocca, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 56, de 2018**. Confere nova redação ao artigo 1.520 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133561>. Acesso em: 18 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicea_p/legis_armas/Legislacao_completa/Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. **Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019. **Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Transparência. Coordenação de Controle Social. **Serviço de Pesquisa DataSenado**. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/Relatorio_Violencia_Mulher_v9formatado.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

BUNTING, Annie. Stages of Development: Marriage of Girls and Teens as an International Human Rights Issue. **Social & Legal Studies**. Rochester, NY, v. 14, p. 17-38, 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2231681. Acesso em: 02 abr. 2020.

CASAMENTO infantil em todo o mundo: Brasil. **Girls Not Brides**. Londres. Disponível em: <https://www.girlsnotbrides.org/child-marriage/brazil/>. Acesso em: 24 jun. 2018.

COSTA, Gley P. **O Amor e Seus Labirintos**. Porto Alegre: Grupo A, 2007.

ECONOMIC Impacts of Child Marriage: Educational Attainment Brief. Education Global Practice. **The World Bank and the International Center for Research on Women (ICRW)**, Washington, DC. 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/295491498512413125/pdf/116831-BRI-P151842-PUBLIC-EICM-Brief-EducationalAttainment-PrintReady.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

ECONOMIC Impacts of Child Marriage: Women's Health Brief. Education Global Practice. **The World Bank and the International Center for Research on Women (ICRW)**, Washington, DC. 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/454581498512494655/pdf/116832-BRI-P151842-PUBLIC-EICM-Brief-GlobalSynthesis-PrintReady.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FLORENTINO, Bruno Ricardo Bérqamo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. **Fractal: Revista de Psicologia**, Niterói, RJ, v. 27, n. 2, p. 139-144, mai./ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/fractal/v27n2/1984-0292-fractal-27-2-0139.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FRANÇA. **Code Civil**. Version consolidée au 14 février 2020. Paris, 1804. Disponível em:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4A274609422EFF32E7DA82F46CD0220E.tplgfr27s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200402. Acesso em: 02 abr. 2020.

GENERAL comment n. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child. Office in the High Commissioner for Human Rights. UN Committee On The Rights Of The Child (CRC). **The United Nations High Commissioner for Refugees**, Genebra, 01 Jul. 2003.

Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4538834f0.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ITÁLIA. Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262. **Codice Civile**. Altalex, Milão, 2015.

Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 02 abr. 2020.

LE STRAT, Y., DUBERTRET, C., LE FOLL, B. Child Marriage in the United States and Its Association With Mental Health in Women. **Pediatrics**, v. 128, p. 524–530, Paris, 2011. Disponível em:

<http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/128/3/524.full.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

KINDEREHEN soll es künftig nicht mehr geben. **Deutscher Bundestag**. Berlim, 2017. Disponível em:

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw22-de-kinderehen-508468>. Acesso em: 02 abr. 2020.

MASSAD, Fernando Antônio Gerônimo. Casamento Infantil: O divórcio da Inocência. Percurso - **Anais do IV CONLUBRADEC** (Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania). Curitiba, 2019, v. 03, n. 30, p. 209-212. Disponível em:

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3655/371372030>. Acesso em: 02 abr. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. América Latina e Caribe: uma década perdida para acabar com o casamento infantil. **ONU BR**, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/america-latina-e-caribe-uma-decada-perdida-para-acabar-com-o-casamento-infantil/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Casamento infantil forçado é realidade análoga à escravidão em todo o mundo, alertam Especialistas em Direitos Humanos da ONU. **ONU BR**, Brasília, 11 out. 2012. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/casamento-infantil-forcado-e-realidade-analoga-a-escravidao-em-todo-o-mundo-alertam-especialistas-em-direitos-humanos-da-onu/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Casamento infantil - o que falta para erradicar essa prática? **ONU BR**, Brasília, 26 jul. 2019. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-infantil-o-que-falta-para-erradicar-essa-pratica/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. O que são os direitos humanos? **ONU BR**, Brasília.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 27 de mar. 2020.

- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Região da América Latina e do Caribe é a mais violenta do mundo para as mulheres, diz ONU. **ONU BR**, Brasília, 22 nov. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/regiao-da-america-latina-e-do-caribe-e-a-mais-violenta-do-mundo-para-as-mulheres-diz-onu/>. Acesso em: 05 jul. 2018.
- NOUR, N. W. Child Marriage: A Silent Health and Human Rights Issue. **Review of Obstetric Gynecology**, Rockville Pike, Bethesda MD, v. 2, p. 51-56, 2009. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2672998/#_ffn_sectitle. Acesso em: 04 jul. 2018.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CID-10**: Classificação e Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 2. ed. São Paulo: Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para Classificação de Doenças em Português. EDUSP, 1997.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE BRASIL. Folha Informativa: Mortalidade Materna. **OPAS e OMS Brasil**, Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5741:folha-informativa-mortalidade-materna&Itemid=820. Acesso em: 26 mai. 2020.
- PARSONS, J., MCCLEARY-SILLS, J. Preventing Child Marriage: Lessons from World Bank Group Gender Impact Evaluations. **The World Bank**, Washington, DC, 2014. Disponível em: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/enGENDER%20IMPACT%20-%20Research%20Brief%20Early%20Marriage%2008.07.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- QUAL é o impacto do Casamento Infantil: Saúde. **Girls Not Brides**, Londres. Disponível em: <https://www.girlsnotbrides.org/themes/health/>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- SALSINHA, Helena. A Influência do Contexto Familiar no Desenvolvimento Vocacional de Crianças e Adolescentes. *Psicologia.pt*. **O Portal dos Psicólogos**, Porto, dez. 2011. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0251.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- TAYLOR, A. Y., LAURO, G., SEGUNDO, M., Greene, M. E. “Ela vai no meu barco” Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto. **Instituto Promundo & Promundo-US**, Rio de Janeiro, RJ e Washington, DC. Set. 2015. Disponível em: https://promundoglobal.org/wp-content/uploads/2015/07/SheGoesWithMeInMyBoat_ChildAdolescentMarriageBrazil_PT_web.pdf. Acesso em: 02 jul. 2018.
- TERRE des Femmes warnt: Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen wird bundesweit unzureichend umgesetzt. **Terre des Femmes**, Berlin, 20 set. 2019. Disponível em: <https://www.frauenrechte.de/presse/aktuelle-pressemitteilungen/4034-terre-des-femmes-warnt-gesetz-zur->

bekaempfung-von-kinderehen-wird-bundesweit-unzureichend-umgesetzt.
Acesso em: 03 abr. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). A Profile of Child Marriage and Early Unions in Latin America and the Caribbean, **UNICEF**, New York, 2019. Disponível em: <https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2019/11/Child-Marriage-brochure-LAC-English-2019.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). Casamento Infantil: 10 factos que ilustram porque devemos por fim. **UNICEF**, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://www.unicef.pt/actualidade/noticias/factos-casamento-infantil/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). Child Marriage Around The World. **UNICEF**, New York, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/stories/child-marriage-around-world>. Acesso em: 24 mai. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). Child Marriage: latest trends and future prospects. **UNICEF**, New York, 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/protection/child-marriage>. Acesso em: 20 mar. 2020.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). Ending Child Marriage: progress and prospects. **UNICEF**, New York, 2014. Disponível em: https://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf. Acesso em: 04 jul. 2018.

ÜBERSICHT für das Jahr 2020. **Bundesverfassungsgericht**. Karlsruhe. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2020/vorausschau_2020.html. Acesso em: 04 abr. 2020.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). Marrying Too Young: end child marriage. **UNFPA**, New York, 2012. Disponível em: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MarryingTooYoung.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). State of the World Population 2013: Motherhood in Childhood: facing the challenge of adolescent pregnancy. **UNFPA**, New York, 2013. Disponível em: http://kyrgyzstan.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/motherhood-in-childhood_en.pdf. Acesso em: 04 jul. 2018.

WACHS, T. D. Mechanisms Linking Parental Education and Stunting. **The Lancet**, London, v. 371, p. 280-281, jan. 2008. Disponível em: [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(08\)60144-0/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(08)60144-0/abstract). Acesso em: 04 jul. 2018.

WALKER, J. A., MUKISA, S., HASHIM, Y., ISMAIL, H. Mapping Early Marriage in West Africa. **Ford Foundation**, New York, set. 2013. Disponível em: http://www.girlsnotbrides.org/wp-content/uploads/2013/10/Ford-Foundation-CMWest-Africa-2013_09.pdf. Acesso em: 04 jul. 2018.

- WODON, Q., PETRONI, S., MALE, C., ONAGORUWA, A., SAVADOGO, A., EDMEADES, J., KES, A., JOHN, N. Economic Impacts of Child Marriage: preliminary findings from analysis of existing data. **ICRW**, Washington, DC, nov. 2015. Disponível em: <http://www.costsofchildmarriage.org/publication/economic-impactschild-marriage-preliminary-findings-analyses-existing-data>. Acesso em: 04 jul. 2018.
- WODON, Q., PETRONI, S., MALE, C., ONAGORUWA, A., SAVADOGO, A., EDMEADES, J., KES, A., JOHN, N., TAVARES, P., FIALA, O., LE NESTOUR, A., WISE, L. 2017. Ending Child Marriage: Child marriage laws and their limitations. **Girls Not Brides**. London and Washington, DC, out. 2017. Disponível em: <https://www.girlsnotbrides.org/wp-content/uploads/2017/11/2017-10-ending-child-marriage.compressed.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. Global Consultation on Violence and Health. Violence a public health priority. **WHO**, Geneva, 2002. Disponível em: https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_en.pdf?ua. Acesso em: 01 jul. 2018.
- XU, K., EVANS, D. B., KAWABATA, K., ZERAMDINI, R., KLAVUS, J., MURRAY, C. J. Household Catastrophic Health Expenditure: a multicountry analysis. **The Lancet**, London, v. 362, p. 111-117, jul. 2003. Disponível em: http://www.who.int/health_financing/documents/lancetcatastrophic_expenditure.pdf. Acesso em: 04 jul. 2018.

Análise da violação do direito de viver em família nas políticas migratórias restritivas à luz da jurisprudência da Corte Interamericana (*)

Analysis of the violation of the right to live with the family in restrictive migration policies in the light of Inter-American Court jurisprudence

Análisis de la violación del derecho a vivir en familia en políticas migratorias restrictivas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Fernanda Leonardi Favalessa ¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón ²

Sumário: Introdução. **1.** Política migratória e imigração. **2.** O direito de viver em família. **3.** Análise da jurisprudência da Corte Interamericana: O caso das Crianças Yean & Bosico VS República Dominicana e o Parecer Consultivo OC-21/14. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: O presente estudo busca realizar reflexões acerca do direito de viver em família tendo em vista as políticas migratórias restritivas, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(*) Recibido: 19/09/2020 | Aceptado: 26/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória FDV-ES. Bolsista do Programa de Educação Tutorial.
fernanda.leonardi@hotmail.com

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória FDV-ES, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC-MG, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo UFES, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

Buscou-se aqui solucionar o seguinte questionamento: À luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as políticas migratórias restritivas violam o direito de viver em família? Inicialmente, o trabalho irá tratar acerca das políticas migratórias e imigração. Será analisado como que as políticas migratórias atuam no interesse do Estado, utilizando-se dos estudos de Mármora e Ortega. Após, será abordado o direito de união familiar, destacando-se desde já algumas jurisprudências da CtIDH. Por fim, analisa-se o caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana e o Parecer Consultivo OC-21/14, para a discussão do direito de viver em família em face das políticas migratórias. Compreendeu-se no presente estudo que as políticas restritivas violam o direito de viver em família dos migrantes quando atuam indiscriminadamente sem ponderar a situação familiar.

Palavras-chave: Políticas migratórias, direito de viver em família, migração, Corte Interamericana.

Abstract: This study seeks to reflect on the right to live with the family in view of restrictive migration policies, based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. We sought to resolve the following question: In the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, do restrictive migration policies violate the right to live with the family? Initially, the work will deal with immigration and immigration policies. It will be analyzed how the immigration policies act in the interest of the State, using the studies of Mármora and Ortega. Afterwards, the right to family unity will be addressed, highlighting already some jurisprudence of the CtIDH. Finally, we analyze the case of the Yean and Bosico Vs. Dominican Republic and Advisory Opinion OC-21/14, to discuss the right to live with the family in the face of migration policies. It was understood in the present study that restrictive policies violate migrants' right to live with their families when act indiscriminately without considering the family situation.

Key words: Migration policies, right to live with the family, migration, Inter-American Court.

Resumen: Este estudio busca reflexionar sobre el derecho a vivir con la familia ante las políticas migratorias restrictivas, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Buscamos resolver la siguiente pregunta: a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿las políticas migratorias restrictivas violan el derecho a vivir con la familia? Inicialmente, el trabajo se ocupará de la inmigración y las políticas de inmigración. Se analizará cómo las políticas migratorias actúan en interés del Estado, utilizando los estudios de Mármora y Ortega. Posteriormente, se abordará el derecho a la unión familiar, destacando ya alguna jurisprudencia de la CtIDH. Finalmente, analizamos el caso de los niños Yean y Bosico Vs. República Dominicana y la Opinión Consultiva OC-21/14, para discutir el derecho a vivir con la familia frente a las políticas migratorias. En el presente estudio se entendió que las políticas restrictivas violan el derecho de los migrantes a vivir en familia cuando actúan de manera indiscriminada sin considerar la situación familiar.

Palabras-clave: Políticas migratorias, derecho a vivir con la familia, migración, Corte Interamericana.

Introdução

O fluxo de pessoas entre nações, nas últimas décadas, vem aumentando consideravelmente, como relata o Relatório de Migração Internacional (ONU, 2015). A migração pode ser desencadeada por motivos econômicos, culturais, pessoais e ambientais. Vale ressaltar que é possível conceber tal crescimento como um desdobramento do próprio fenômeno de globalização, o qual, ao enfraquecer a ideia de fronteiras rígidas do Estado Moderno, cria a possibilidade de um maior intercâmbio de pessoas.

Vê-se atualmente uma tendência a restrição do fluxo de imigrantes nas políticas migratórias ao redor do mundo. A Europa e os Estados Unidos apresentam tais discursos de maneira mais palpável, como se observa na última corrida presidencial americana. No entanto, na América Latina, continente concebido como mais aberto as correntes migratórias, o controle, por exemplo, já é tema central do debate presidencial chileno e pauta do governo Argentino.

A obstrução da entrada de imigrantes não necessariamente reduz o fluxo migratório, mas, ao contrário, cria uma legião de imigrantes em situação de ilegalidade. Além disso, o maior controle migratório dificulta até mesmo o acesso de certos direitos a aqueles imigrantes regularizados. Isso é posto observando a vulnerabilidade própria da situação de imigração, que aumenta à medida que existe uma maior rigidez fronteiriça.

No entanto, deve-se delimitar qual direito fundamental será posto em foco para a análise se tornar exequível. Assim, a seguinte pesquisa trata sobre o direito à família dos imigrantes, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Convenção), bem como as manifestações consultivas e contenciosas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH ou Corte). É válido destacar que no Direito Internacional, assim como na common law, os precedentes são essenciais para a compreensão do Direito, de forma que se busca manter o mesmo padrão de decisão.

No que tange ao direito escolhido, evidencia-se que a família, conforme a CADH em seu artigo 17.1, “é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. A família para o imigrante ganha um papel ainda mais relevante, visto sua vulnerabilidade, já que contribui para a estabilidade do próprio imigrante. A Corte, dentre seus diversos julgados, fez uma análise na qual inicia a discussão do direito a família e a política migratória no caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Além disso, no Parecer Consultivo OC-21/14 também explora a questão a partir da visão do direito dos filhos de pais migrantes. Dessa forma, busca-se responder a seguinte questão por meio da presente pesquisa: À luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as políticas migratórias restritivas violam o direito de viver em família?

O presente trabalho se utiliza do método dialético. Tal metodologia se funda na análise das coisas não como objeto invariável, mas em movimento e num

contínuo processo de transformação a partir da oposição com a sua antítese. O método dialético se utiliza da contradição presente na natureza e na sociedade que leva a mudança do objeto e fenômeno em algo totalmente diferente do inicial.

1. Política migratória e imigração

De acordo com Moraes (2016), a política migratória caracteriza-se como um conjunto de medidas adotadas pelo Estado para controle da imigração, seja o controle do fluxo de pessoas através de suas fronteiras ou da permanência dos estrangeiros no território. Siciliano (2013), por sua vez, indica que a política migratória também dispõe sobre os nacionais que estejam sob a jurisdição de outro Estado.

A política migratória, como pode se deduzir por sua nomenclatura, é um fenômeno essencialmente político, já que é uma resposta aos mecanismos internacionais e também “a pressão da opinião pública, a exigência de segurança, a crença da concorrência no mercado de trabalho, o desejo de atrair as elites” (MORAES, 2016, p. 34). Porém observa-se que também possui um cunho jurídico e assim o que a define são os textos normativos.

As leis migratórias podem ser definidas, de acordo com Mármora (1987), como abertas, seletivas ou restritivas. Enquanto nas políticas abertas há uma liberdade de circulação e garantia de direitos para as pessoas estrangeiras, nas legislações restritivas há uma limitação quase total de entrada e saída no país. As políticas migratórias seletivas, então, estão no meio-termo, em que a restrição de entrada de pessoas se dá a partir dos interesses e necessidades estatais.

Deve-se observar que as políticas migratórias são complexas e sofrem diversas variações conforme o Estado na qual é observada, como exemplifica Siciliano

Vale reiterar que a Política Migratória de cada país contém elementos e diretrizes sobre a imigração (política migratória) e a emigração (política emigratória), mas a ênfase é dada à uma ou à outra conforme a situação e a necessidade de cada país (SICILIANO, 2013, p. 10)

Todavia, existe um ponto em comum entre as políticas migratórias, que é a ótica na qual o migrante não é concebido como agente, mas elemento quantitativo. Vale destacar ainda que as políticas migratórias de diversos países se comunicam com as tendências mundiais. Enquanto em seu surgimento, tais regulações eram simples, influenciadas principalmente pelas noções culturais e de inferioridade racial, com o final da Primeira Guerra Mundial, as políticas migratórias passaram a exercer um papel importante no conceito de nacionalidade. A partir desse momento, passa a ser definido os imigrantes que seriam indesejados, com a criação de procedimentos de deportação (ORTEGA, 2014, p. 645).

Isso porque, conforme Martiniello (1998) apresenta, os conflitos passaram de serem definidos em função da classe social para o serem por meio da identidade cultural. A construção dos discursos, então, colocava o imigrante como um dos principais problemas da sociedade contemporânea. Com as diversas guerras e crises econômicas, as leis migratórias passaram a tomar cada vez mais contornos

paternalistas (ORTEGA, 2013, p. 648). As políticas foram então se desenvolvendo a nível internacional, sendo que nos anos noventa se caracterizariam por serem:

[...] Restritiva, deixando cada vez mais canais de migração legal e incentivando a migração irregular; Ineficaz, para produzir os efeitos desejados em termos de implementação de processos de pedido e renovação de licenças; Demagógico, com o intuito de mostrar à sociedade e à elite política que os governos são capazes de controlar uma questão na qual não investem os esforços necessários; e Padronizado, por tentar impor políticas em um nível geral que nem sempre estão adaptadas aos fenômenos que se materializam em todos os países. (DEVIA-GARZON; BAUTISTA-SAFAR, 2017, p. 145, tradução nossa)³

Essas características, em que pese serem de políticas de 30 anos atrás, ainda conseguem definir as políticas migratórias de vários países, principalmente quando se fala sobre a ineficácia e padronização de tais leis. Isso pode ser visto pela constante crise migratória que os países continuam a enfrentar pela contínua chegada de imigrantes, fruto, em parte, da globalização.

Em verdade, a globalização impõe um novo desafio a noção de soberania estatal e de identidade pessoal. Isso porque, as mudanças sociais, econômicas e pessoais advindas da globalização são resultado de uma transformação nas dimensões do tempo e do espaço entre pessoas e lugares (ELLIOT; URRY, 2010, p. 87). Os fluxos realizados entre as diversas comunidade ou países são encorajados pela globalização, mas ao mesmo tempo exigem a criação de uma identidade cultural.

Isso cria uma tensão entre a globalização das sociedades e o ressurgimento das identidades locais, seja nas dimensões nacional, étnica e cultural. O ódio e a hostilidade para com o estrangeiro são baseados em crenças sobre sua inferioridade (Aymerich, 2002). Geralmente, os migrantes recebem tratamento discriminatório no país de acolhimento (Malgensiniy Giménez, 1997). Esses comportamentos podem estar enraizados nos membros da sociedade, bem como estar embutidos em suas estruturas institucionais, como sugere Wieviorka (1994), portanto, esse tipo de racismo justifica políticas restritivas de entrada no país e de acesso aos direitos civis. e política para migrantes. (PAVEZ-SOTO; COLOMES, 2018, p. 116, tradução nossa)⁴

Nesse sentido, resgata-se aqui outra classificação de Mármora (1987) em relação às políticas migratórias: as explícitas e implícitas. As políticas migratórias

³ No original: [...] Restrictivas, dejando cada vez más reducidos los canales de migración legal y fomentando la irregular; Ineficaces, para producir los efectos deseados en temas de implementación de procesos de solicitud y renovación de permisos; Demagógicas, con la intención de mostrarle a la sociedad y a la élite política que los gobiernos son capaces de controlar un tema al cual no le invierten los esfuerzos necesarios; y Estandarizadas, por tratar de imponer políticas a nivel general que no siempre se adecuan a los fenómenos que se materializan en todos los países. (DEVIA-GARZON; BAUTISTA-SAFAR, 2017, p. 145)

⁴ No original: Esto, genera una tensión entre la globalización de las sociedades y el resurgimiento de las identidades locales, ya sea desde las dimensiones nacionales, étnicas y culturales. El odio y la hostilidad hacia la persona extranjera está basada en creencias sobre su inferioridad (Aymerich, 2002). Generalmente, las personas migrantes reciben tratos discriminatorios en el país de acogida (Malgensiniy Giménez, 1997). Estas conductas pueden estar arraigadas en los miembros de la sociedad, así como también estar insertos en sus estructuras institucionales, como plantea Wieviorka (1994), por lo que este tipo de racismo justifica políticas restrictivas de ingreso al país y de acceso a los derechos civiles y políticos para las personas migrantes. (PAVEZ-SOTO; COLOMES, 2018, p. 116)

explícitas são justamente as institucionalizadas pelos Estados e pela comunidade internacional, enquanto as implícitas derivam da própria prática social.

Atualmente, se percebe o crescimento das políticas implícitas que, inclusive, passam a ser utilizadas como justificativas para impor o controle mais restritivo pelos Estados. Nesse sentido, destaca-se que

[...] hoje assistimos ao surgimento de ideologias, gramáticas, práticas e regimes de segurança e controle que desprezam abertamente o “outro”, que naturalizam a exclusão e usam o medo como pretexto para estigmatizar os migrantes, promover a sua expulsão, impedir a sua chegada e aumentar a sua rejeição. (GALLEGOS, 2018, p.20, tradução nossa)⁵

O presente estudo apesar de tratar da política migratória em um contexto geral, se concentrará nas diretrizes imigratórias. Isso posto vez que o imigrante é aquele que, sob a ótica do Estado-Nação, é tratado como um estrangeiro. Nesse sentido, observa-se que a “condição de estrangeiro é contraposta à de cidadão e, portanto, representa a exclusão, ou, em determinados momentos, o inimigo externo, como membro de uma nação estrangeira” (MORAES, 2016, p. 42, grifo do autor).

Em relação aos migrantes, cabe salientar que a migração tem causas econômicas, culturais, pessoais e ambientais. Dentre essas causas, algumas, como a apatridia, guerra civil e perseguição política, tradicionalmente dão a imigração um caráter de involuntariedade⁶, que nos Estados receptores garante a proteção do grupo de migrantes a elas submetido. Em verdade,

[...] os fluxos migratórios nunca são explicados apenas pelas motivações dos indivíduos (agentes) ou pelas políticas migratórias (condições estruturais), mas resultam antes da interação dos dois e da interferência de uma variedade de outros fatores explicativos associados à ação de atores intermediários envolvidos nos processos de migração (empregadores, traficantes, organizações da sociedade civil, autoridades de acolhimento, comunidades imigrantes). (OLIVEIRA *et. al*, 2017, p. 76)

Nesse artigo não será explorado a fundo as diversas formas que os fluxos de migração podem se expressar. Porém, deve-se apontar que o crescimento de políticas restritivas não necessariamente acaba com a migração, mas, ao contrário, cria uma legião de imigrantes em situação de ilegalidade. Como aponta McLeigh (2013, p.1061, tradução nossa), “migrantes cada vez mais excedem a permanência dos vistos temporários, utilizam rotas perigosas, pagam contrabandistas e permanecem escondidos mesmo quando são considerados refugiados”

Por este motivo, prudente ainda detalhar também o imigrante qualificado como indocumentado. Nesse sentido, o imigrante indocumentado é aquele que é ausente no que tange a documentação obrigatória, comumente chamado de ilegal ou clandestino. Moraes destaca que tais imigrantes

⁵ No original: [...] hoy vemos el aparecimiento de ideologías, gramáticas, prácticas y regímenes de seguridad y control que desprecian abiertamente al “otro”, que naturalizan la exclusión y utilizan el miedo como pretexto para estigmatizar a los migrantes, impulsar su expulsión, impedir su llegada e incrementar su rechazo. (GALLEGOS, 2018, p.20)

⁶ Tal concepção é discutível na doutrina, visto que alguns autores, dentre eles Moraes, defende que a migração por desastres ambientais também é forçada, logo involuntária. Porém, os Estados Membros costumam ser restritos no que tange a esse entendimento, como é possível observar na própria Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, quando trata-se de concedimento de refúgio.

sofrem dupla discriminação: de uma parte, seus poderes jurídicos são muito escassos; de outra, sua vulnerabilidade social faz quase impossível a luta pela efetividade de seus direitos, e é comum a impunidade das violações a esses direitos. (MORAES, 2016, p. 40)

A vulnerabilidade dos imigrantes, principalmente daqueles indocumentados, no que tange a violações de seus direitos fundamentais, pode ser avaliada por diversas perspectivas. Nesse sentido, a CtIDH, por exemplo, já elaborou dois pareceres sobre o direito dos imigrantes, o Parecer Consultivo OC-18/03 sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados e o Parecer Consultivo OC-21/14 que trata dos direitos e garantias de crianças em contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

Submetendo-se ao liame de ilegalidade das políticas migratórias, a violação dos direitos fundamentais dos imigrantes indocumentados é mais visível. No entanto, cabe destacar que o presente estudo observará a violação do direito de viver em família sob a ótica geral dos imigrantes, e não somente daqueles nomeados indocumentados.

2. O direito de viver em família

O direito de viver em família é deduzido de vários instrumentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo 16 e a CADH em seu artigo 17. Ambos dispositivos tratam da necessidade da proteção do âmbito familiar pela sociedade e Estado. Cabe destacar que a proteção da família prevista pelos tratados de direitos humanos são complementares às leis internas. Inclusive, existem países como o Brasil nos quais a proteção à família recebe tratamento constitucional – no art. 226 da Carta Magna de 1988.

Dessa maneira, cada Estado pode legislar sobre esse direito, sendo ainda que deve estar de acordo com as Convenções e Tratados que tenha se comprometido. Portanto, os Estados que assinaram a CADH devem executar medidas de proteção e desenvolvimento do núcleo familiar, rejeitando-se quaisquer ingerências arbitrárias a mesma, e suas legislações não podem permitir distinções, restrições ou exclusões a proteção da família.

Nota-se que o entendimento de família está atualmente se expandindo para além dos arranjos “tradicionais”. A Corte, no caso *Atala Riffo e meninas VS Chile*⁷, já observou o entendimento progressivo da ideia de família. Nesse sentido, a CtIDH também se manifestou na OC-21/14:

Portanto, a definição de família não deve ser restringida pela noção tradicional de casal e seus filhos, uma vez que outros parentes, como tios, primos e avós, também podem ser titulares do direito à vida familiar, para listar apenas alguns possíveis membros da família. família alargada, desde que tenham laços pessoais estreitos. Além disso, em muitas famílias, a (s) pessoa (s) encarregada (s) do cuidado, cuidado e desenvolvimento de uma criança de forma legal ou habitual não são os pais biológicos. Além disso, no

⁷ Em tal caso, o Estado do Chile violou o direito de proteção a família de Sra. Atala, por ela estar alegadamente inabilitada para o exercício parental por conta de sua opção sexual (homossexualismo). A Corte entendeu que os tratados de direitos humanos são “instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais” (AZEVEDO, 2015, p.255).

contexto migratório, os “laços de família” podem ter sido estabelecidos entre pessoas que não têm necessariamente parentesco jurídico, especialmente quando, no que diz respeito aos filhos, estes não tiveram ou viveram com os pais nesses processos. (CORTE IDH, 2014, párr. 272, tradução nossa)⁸

Além disso, a família como elemento natural e fundamental da sociedade é quem propicia os “aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes” (GOMES; PEREIRA, 2005, p.358). Devido a ser indispensável no desenvolvimento das pessoas, pode-se perceber a importância do direito de viver em família.

A proteção à família pelo Estado engloba tanto deveres positivos quanto negativos. Ou seja, enquanto o Estado deve se abster de interferir na vida familiar de forma arbitrária e discriminatória, também deve agir para garantir a proteção da família. Nesse sentido, a CtIDH no Parecer Consultivo OC-17/02

[...] das normas contidas na Convenção sobre os Direitos da Criança, os direitos das crianças exigem não só que o Estado abstenha-se de interferir indevidamente nos relacionamentos particulares ou familiares da criança, mas também que, dependendo circunstâncias, dê passos positivos para assegurar o pleno exercício e gozo dos seus direitos. Isso exige que o Estado, como responsável pelo bem comum, deve salvaguardar o papel preponderante da família na proteção da criança; e fornecer assistência do poder público à família, por meio da adoção de medidas que promovem a unidade familiar (CORTE IDH, 2002, párr. 88, tradução nossa)⁹

Da proteção à família, decorrem inúmeros outros direitos, não apenas relacionados às crianças, mas também em relação à igualdade de responsabilidades entre os pais, o direito a autonomia reprodutiva e o direito à informação sobre planejamento familiar (BADILLA, 2008, p.114). Além disso, o direito a constituição da família também se relaciona diretamente com outros direitos protegidos pela CADH, como o direito ao nome e o direito a nacionalidade. Inclusive, a CtIDH já manifestou que constitui uma violação ao direito de proteção à família e ao de igualdade a estipulação de condições preferenciais para a naturalização por causa de matrimônio em favor de somente um dos cônjuges, no Parecer Consultivo 4/84.

⁸ No original: Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. (CORTE IDH, 2014, párr. 272)

⁹ No original: [...] de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación⁹³. Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar. (CORTE IDH, 2002, párr. 88)

A proteção à família toma especial relevância quando se trata de famílias em situação de vulnerabilidade, como ocorre com a migração. Isso porque as vulnerabilidades decorrem de restrições à realização de seus direitos, de forma que “especialmente estas famílias requerem o apoio do Estado para possibilitar o exercício dos direitos humanos de quem as integram.” (BADILLA, 2008, p. 117, tradução nossa)¹⁰. Inclusive, alguns países com políticas migratórias seletivas concebem a importância da reunião familiar para o migrante, prevendo visto ou autorização de residência para cônjuges, companheiros, filhos e familiares – como por exemplo a Lei brasileira nº 13.445/2017.

Conforme Guerraoui (2001) a migração, como uma ruptura com o país de origem, importa fragilização das referências habituais do sujeito. Nesse sentido, “As perdas ou afastamento das referências fundadoras, do quadro ou ‘envelope’ cultural e a ruptura dos laços significativos podem fragilizar a identidade e comprometer o planejamento futuro dos imigrantes” (MARTINS-BORGES; POCREAU, 2009, apud BECKER; BORGES, 2015, p.134).

A migração significa um rearranjo familiar que passa a se organizar em função desse fenômeno e do novo contexto sociocultural encontrado.

Salientam-se algumas dimensões psicossociais que norteiam o âmbito relacional familiar, a partir do fenômeno migratório, como: Inversão dos papéis familiares, especialmente quando os filhos mantêm-se na função de apresentar uma nova cultura aos pais, uma vez que repetidas vezes, detêm maior facilidade com o novo idioma; bem como, a manutenção da conjugalidade à distância quando a imigração de um dos cônjuges não se torna possível; o processo de aculturação de retorno, padrões de repetição familiar, conflitos com a família estendida; redes sociais que os migrantes dispõem quando chegam a um novo contexto sociocultural e estado de vulnerabilidade entre os membros (BECKER; BORGES, 2015, p.128).

A partir desse trecho, é possível perceber o quanto a migração por si só afeta o âmbito familiar, justamente por causa da mudança de contexto social. No entanto, justamente pelo mesmo motivo, a família se torna um local ainda mais importante para o migrante, uma vez que constitui parte da identidade deste. Cabe então, analisar a jurisprudência da Corte Interamericana em relação a políticas migratórias restritivas e a proteção a família.

3. Análise da jurisprudência da Corte Interamericana: o caso das Crianças Yean & Bosico VS República Dominicana e o Parecer Consultivo OC-21/14

O presente estudo utiliza o caso das Crianças Yean & Bosico VS República Dominicana sentenciado pela CtIDH em 2005. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em tal procedimento demandou a condenação da República Dominicana pela violação dos artigos 3º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 8º (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade), 24 (Igualdade Perante a Lei) e 25 (Proteção Judicial) da CADH em prejuízo das crianças Dylcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi. Além desses

¹⁰ No original: especialmente estas familias requieren de apoyo del Estado para posibilitar el ejercicio de los derechos humanos de quienes las integran. (BADILLA, 2008, p. 117)

artigos, os representantes das vítimas alegaram violação aos artigos 17 (Proteção a Família), 18 (Direito ao Nome) e 26 (Desenvolvimento Progressivo).

Tal violação é fruto do Estado Dominicano, concebido através de suas autoridades do Registro Civil, negar às crianças Dylcia Yean e Violeta Bosico, a emissão de suas certidões de nascimento. Isso posto, pois o cartório rejeitou fazer o registro das crianças baseado na situação de ilegalidade dos pais, ambos eram haitianos e estavam em trânsito no país. No entanto, ambas mães eram dominicanas e a própria Constituição dominicana estabelece o princípio do *ius soli*¹¹.

O não registro das crianças gerou a elas a situação de vulnerabilidade social, Violeta, por exemplo, foi impedida de estudar nas escolas públicas da província, no período diurno. Vale destacar que as famílias viveram na insegurança fundada no temor constante de expulsão das crianças, pois não tinham identidade nem “pátria”, principalmente pela política migratória da República Dominicana de expulsão de haitianos em trânsito.

A Corte, por sua vez, decidiu que o Estado Dominicano violou os direitos à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, bem como os direitos ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica das crianças e à integridade pessoal das crianças, violação que foi estendida às mães e irmã das vítimas - senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena.

Observa-se que a CtIDH não condena a República Dominicana pela violação ao artigo 17 (Proteção a Família), o qual é basilar do presente estudo. Nesse sentido, a Corte não julgou seu mérito, já que entendeu como já examinado quando se ressalta a condição de vulnerabilidade das crianças (párr. 197 do caso). Isso porque, a proteção a família engloba o direito ao nome, à personalidade jurídica e à nacionalidade das crianças, direitos os quais foram considerados violados pela CtIDH. Mesmo que não tenha condenado o Estado Dominicano, tal precedente é de suma importância por ser o primeiro que alia a política migratória com a violação do direito de viver em família e de outros direitos humanos a ele relacionado.

Para além do precedente contencioso, a Corte também exerceu sua competência consultiva em relação às políticas migratórias e o direito de viver em família de crianças no contexto da imigração. O Parecer Consultivo OC-21/14 foi fruto do requerimento da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai para que a Corte determine as obrigações dos Estados-Membros em relação às crianças e seus pais em condição de migração.

Dentre os diversos questionamentos apontados pelos Estados-Membros, deve-se destacar a parte em que a CtIDH se detém sobre o direito à vida familiar das crianças no marco de procedimentos de expulsão ou deportação de seus progenitores por motivos migratórios (CORTE IDH, 2002, p. 99-106). Nessa situação, a CtIDH compreende que há um conflito de interesses entre a faculdade dos Estados na aplicação de sua política migratória e o direito da criança à proteção à família.

¹¹ O princípio *ius soli* é um critério para a atribuição de cidadania no qual os nascidos no território de determinado Estado, nele são concebidos como nacionais.

A Corte compreende então que o interesse superior da criança deve ser uma consideração essencial, de forma que, em abstrato, dificilmente a expulsão de algum dos pais atenderia o direito de proteção à família. Exsurge então a responsabilidade do Estado em ponderar no caso concreto entre o direito de viver em família e os legítimos interesses estatais, para evitar que a expulsão acarrete em uma ingerência arbitrária na vida familiar. Assim expõe

279. Para tanto, o Estado deverá posteriormente avaliar as circunstâncias particulares das pessoas envolvidas, entre as quais se destacam: (a) o histórico de imigração, o período de permanência e a extensão dos laços dos pais e / ou dos sua família com o país anfitrião; (b) consideração da nacionalidade, custódia e residência dos filhos da pessoa a ser expulsa; (c) a extensão do impacto que gera a ruptura familiar devido à expulsão, incluindo as pessoas com quem a menina ou menino vive, bem como o tempo que permaneceram nesta unidade familiar, e (d) a extensão da perturbação na vida quotidiana da menina ou menino, caso a sua situação familiar se altere devido a uma medida de expulsão de um responsável pela menina ou menino, de forma a ponderar estritamente essas circunstâncias à luz do interesse superior do menina ou menino em relação ao imperativo interesse público a ser protegido. (CORTE IDH, 2014, párr.279, tradução nossa)¹²

Portanto, a expulsão de progenitores deve ser avaliada para além da mera condição de ingresso ou permanência no país, até mesmo porque seria irrazoável restringir o direito a vida familiar por apenas infrações de caráter administrativo. Esse Parecer então relaciona diretamente a política migratória com o direito de viver em família, ressaltando a necessidade de ponderação das circunstâncias concretas para que não haja a violação do referido direito.

Considerações finais

O presente artigo relaciona as políticas migratórias restritivas com a violação do direito de viver em família, previsto no art. 17.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para tanto, utilizou-se de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto em sua competência contenciosa quanto consultiva, para analisar o conflito entre o interesse estatal e o direito fundamental à vida familiar.

Inicialmente, há um aprofundamento no estudo da política migratória e a imigração para compreender como que os Estados buscam regular os fluxos migracionais de acordo com o seu interesse, podendo ser de forma aberta, restritivas ou seletivas. Além disso, também é demonstrada a vulnerabilidade dos

¹² No original: 279. A tal fin, el Estado tendrá subsiguientemente que evaluar las circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger. (CORTE IDH, 2014, párr. 279)

imigrantes em relação a violações de seus direitos humanos, tendo a Corte Interamericana já elaborado dois pareceres consultivos sobre o direito dos imigrantes e julgado diversos casos em que os Estados violaram sistematicamente os direitos dos migrantes.

Em um segundo momento, aborda-se o direito de viver em família, protegido tanto pela CADH quanto pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Nesse sentido, os Estados devem impedir ingerências arbitrárias ao núcleo familiar, atuando tanto positiva quanto negativamente. Percebe-se que o entendimento adotado de família se faz além dos arranjos tradicionais de casal e seus filhos, abarcando aqueles que tem laços pessoais estreitos entre si.

O direito à proteção familiar toma importância extrema em situação de vulnerabilidade, como na migração. Nesse caso, há uma ruptura entre o sujeito e seus laços de origem, interferindo na própria identidade do sujeito e impondo um rearranjo familiar em função desse fenômeno.

A Corte, dentre seus diversos julgados, fez uma análise na qual inicia a discussão do direito a família e a política migratória no caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Além disso, no Parecer Consultivo OC-21/14 também explora a questão a partir da visão do direito dos filhos de pais migrantes. No primeiro caso, a CtIDH explora transversalmente a proteção à família por meio da discussão do direito ao nome, à personalidade jurídica e à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, questionando até que ponto a política migratória dos Estados pode restringir tais direitos.

No Parecer Consultivo OC-21/14, a CtIDH aprofunda essa discussão ao analisar o direito à vida familiar das crianças no marco de procedimentos de expulsão ou deportação de seus progenitores por motivos migratórios. Para a Corte, a expulsão dos pais impõe violação do direito à proteção da vida familiar da criança na medida em que não observar o seu interesse superior. Portanto, a faculdade Estatal de determinar as políticas migratórias deve ser realizada de forma a considerar, caso a caso, as condições familiares para evitar a violação do direito à vida familiar.

Após a análise de tais jurisprudências, é possível compreender que para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as políticas migratórias restritivas violam o direito de viver em família. Isso porque, as legislações migratórias restritivas funcionam de forma a limitar quase totalmente a entrada e saída no país e atuam de forma a não observar as particularidades de cada caso. Inclusive, em tal situação, é comum a expulsão de pessoas apenas por sua condição de ingresso ou permanência, resultando em uma violação do direito familiar por mera infração administrativa. Acrescenta-se ainda que mesmo as políticas seletivas podem violar tal direito ao atuarem apenas em abstrato, sem ponderar a proteção familiar dos migrantes.

Referências

AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão. Família e homossexualismo: Análise hermenêutica do conceito de família no caso Atala Riffo e meninas VS Chile,

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, à luz da teoria hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Minas Gerais, vol. 1, n.2, p. 244-275, jul/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/801/pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- BADILLA, Ana Elena. El derecho a la constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. **Boletim da Corte Interamericana de Direitos Humano**. San José: IIDH, 2008. P.107-128. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2020.
- BECKER, Ana Paula Sesti; BORGES, Lucienne Martins. Dimensões psicossociais da imigração no contexto familiar. **Bol. Acad. Paulista de Psicologia**, São Paulo, vol. 35, n. 88, p. 126-144, 2015. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v35n88/v35n88a09.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BERNAL GUZMAN, Ángela Patricia. la familia como derecho humano de la comunidad LGBTI en Colombia. **Prolegómenos** [online]. 2015, vol.18, n.36, p.15-28. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18359/dere.932>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- BURITICÁ, María M.E. PEDONE, Claudia. ARÁUJO, Sandra G. “Entre la estigmatización y la restricción” Políticas migratorias y discursos políticos sobre familia, migración, género y generación en países de inmigración y emigración: España y Colombia. **Palobra**, n.13, p. 84-107. 2013.
- Corte IDH. **Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Migração, Refúgio e Apátridas**. 2005. Serie C n. 130. p.181-240.
- Corte IDH. Parecer Consultivo OC-17/02. **A Condição Jurídica e os Direitos Humanos da Criança**. 2002. Serie A n. 17. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.
- Corte IDH. Parecer Consultivo OC-21/14. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional**. Serie A n. 21. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.
- DEVIA-GARZON, Camilo Andrés; BAUTISTA-SAFAR, Tatiana. La realidad de la crisis migratoria europea. **Entramado**, Cali, v. 13, n. 2, p. 144-156, dez. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032017000200144&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- FRAGA, Vitor Galvão. **O sistema do Common Law**. Jus Navigandi. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22816/o-sistema-do-common-law/1#amph=1>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

- GALDAMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. **Rev. chil. derecho** [online]. 2007, vol.34, n.3, p.439-455. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300005>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- GALLEGOS, Jacques Ramirez. De la era de la migración al siglo de la seguridad: el surgimiento de “políticas de control con rostro (in)humano”. **URVIO**, Quito, n. 23, p. 10-28, dez. 2018. Disponível em: <http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1390-42992018000200010&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- GOMES, M. A., PEREIRA, M. L. D. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2005, vol. 10, n.2, p.357-363. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- GUERRAUI, Z. Situation interculturelle et dynamique identitaire. **Les Cahiers de L'Actif**, 250/251, 103-114. 2001.
- MARTINIELLO, M. **Salir de los guetos culturales**. Barcelona: Bellaterra, 1998.
- MCLEIGH, Jill D. Protecting children in the context of International Migration. **Child Abuse & Neglect**, vol. 37, p. 1056-1068. 2013.
- MOSCOSO, María Fernanda. La expulsión de los niños: políticas migratorias, Estado y fronteras em Alemania. **Etnográfica**, vol. 20, n.1, p. 33-55. 2016. Disponível em: <<http://etnografica.revues.org/4169>>. Acesso em: 8 abr. 2017.
- PAVEZ-SOTO, Iskra; COLOMES, Soffia. Derechos humanos y política migratoria. Discriminación arbitraria en el control de fronteras en Chile. **Polis**, Santiago, v. 17, n. 51, p.113-136, dez. 2018. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682018000300113&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- OLIVEIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GOIS, Pedro. A nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. **Rev. bras. estud. popul.**, São Paulo v. 34, n. 1, p. 73-98, Abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100073&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- ONU. **Relatório de Migração Internacional**. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/empirical2/migrationflows.shtml>>. Acesso em: 8 abr. 2017
- ORTEGA, Elisa. La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas. En: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. 2014. Vol. 14. Disponível em:

<<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v14/v14a18.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SICILIANO, André Luiz. **A Política Migratória Brasileira: Limites e desafios**. 2013. 59 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. Disponível em: <http://www.iri.usp.br/documentos/defesa_12-04-19_Andre_Luiz_Siciliano.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017.

DERECHO AMBIENTAL

A possibilidade do controle social existente nas normas ambientais (*)

The possibility of existing social control in environmental standards

La posibilidad de control social existente en las normas ambientales

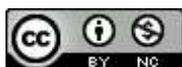
Mateus Lopes da Silva¹

Vanessa Hernandez Caporlingua²

Sumário Introdução. 1. A perspectiva histórica do controle social. 2. A participação social. 3. A possibilidade de controle social por meio das normas ambientais. – Considerações Finais. – Referências.

Resumo: Este artigo objetiva analisar e refletir a respeito do controle social no Estado brasileiro, com ênfase em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais ambientais e traz contribuições na medida em que evidencia que os direitos à informação e à participação nos assuntos do Estado brasileiro relacionam-se com a gestão pública ambiental preconizada na Constituição Federal. Trata-se de trabalho científico de abordagem metodológica qualitativa de cunho bibliográfico e documental, que resultou na compreensão de que o Estado brasileiro, por meio das suas normas ambientais, tem como regra o livre acesso às informações ambientais, com vistas a permitir ampla participação da sociedade civil de modo a concretizar o controle social sobre os atos ambientais do Estado brasileiro.

(*) Recibido: 14/08/2020 | Aceptado: 28/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Doutor em Educação Ambiental. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Pelotas – UFPEL/RS/Brasil.
srmateus@bol.com.br
- ² Doutora em Educação Ambiental. Professora de Direito Processual Civil e de Educação Ambiental na Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS/Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Educação Ambiental – GPDEA/CNPQ.
vcaporlingua@gmail.com

Palavras-chave: Controle social, Direito Ambiental, informação.

Abstract: This article aims to analyze and reflect on social control in the Brazilian State, with emphasis on constitutional and infraconstitutional environmental devices and brings contributions to the extent that it shows that the rights to information and participation in the affairs of the Brazilian State are related to the management Environmental public opinion advocated in the Federal Constitution. It is a scientific work with qualitative methodological approach of bibliographical and documentary nature, which resulted in the understanding that the Brazilian State, through its environmental norms, has as its rule the free access to environmental information, in order to allow a broad participation of the Civil society in order to concretize social control over the environmental acts of the Brazilian State.

Key words: Social control, Environmental Law, information.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar y reflexionar sobre el control social en el Estado brasileño, con énfasis en las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales ambientales y aportar contribuciones, puesto que evidencia que los derechos a la información y a la participación en los asuntos del Estado brasileño se relacionan con la gestión pública ambiental recomendada en la Constitución Federal. Una investigación científica de enfoque metodológico cualitativo de naturaleza bibliográfica y documental, que resultó en la comprensión de que el Estado brasileño, a través de sus normas ambientales, tiene como regla el libre acceso a las informaciones ambientales, a fin de permitir una amplia participación de la sociedad civil para lograr el control social sobre los actos ambiental del Estado brasileño.

Palabras clave: Control social, Derecho Ambiental, Información.

Introdução

Em razão da extensão da dimensão das violações às regras ambientais, mostra-se inadequado um modelo de gestão ambiental puramente estatal, em que o Estado entenda que somente com seus servidores e recurso possa dar conta de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sem apoio da coletividade. Assim, torna-se necessário analisar as possibilidades de realização do controle social sobre o Estado brasileiro por meio da participação da sociedade civil e o dever de informação do Estado.

Este artigo se propõe a compreender como ocorre o controle social no Estado brasileiro, com ênfase em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais ambientais, bem como promover a reflexão sobre os direitos à informação e à participação nos assuntos do Estado brasileiro e sua íntima relação com a gestão pública ambiental.

Para tanto, inicialmente, se analisa historicamente o controle social, a fim de compreender a sua origem e evolução. Na Grécia e em Roma na antiguidade clássica que observou-se a exclusão do povo no exercício do poder do Estado, sendo que a possibilidade de influenciar suas decisões, em regra, estava reservada à elite econômica. Do feudalismo até o surgimento dos Estados absolutistas, teve-se um período em que o povo igualmente ficou impossibilitado de influenciar o exercício do poder estatal. Já no Brasil, apenas no final do século XX, foi que se reconheceu formalmente a possibilidade do povo obter informações e participar nos assuntos do Estado, sobretudo aqueles ligados à seara ambiental. Antes disso materializou-se uma realidade de exclusão, inclusive no plano jurídico, sendo que negros, mulheres, índios e crianças permaneceram à margem dos assuntos do Estado brasileiro com apoio das instituições religiosas.

No que tange à possibilidade de participação popular e controle social durante a formação do Estado brasileiro passou-se por diversas fases, sendo que na primeira república (1889/1930) a participação popular resumia-se ao exercício do voto em eleições fortemente marcadas pela corrupção. De 1930 até 1964 os cidadãos brasileiros que protestavam por espaços de participação eram rotulados de baderneiros e criminalizados pelo Estado. Durante o período militar (1964 até 1988) ocorreu a repressão mais contundente. Ao contrário do que o senso comum possa acreditar, durante esse período histórico, o espaço político e o próprio Estado, não foi aberto à participação do povo, sendo que, no Brasil, apenas a partir da década de 80 é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer a possibilidade de maior participação da sociedade civil promovendo o controle social sobre o Estado e não somente o inverso como vinha acontecendo até este momento. Diante deste quadro questiona-se: as leis que versam sobre matéria ambiental expressamente permitem participação e controle social sobre os atos ambientais do Estado brasileiro?

1. A perspectiva histórica do controle social

O controle social dos atos do Estado pela participação da sociedade civil, para ser bem compreendido, depende de ser analisado relacionando os contextos histórico, jurídico, político e econômico, porque estes campos que formam o contexto acabam por determinar os limites e as possibilidades da participação no controle social das tarefas públicas, inclusive de promoção do equilíbrio ecológico nos Estados democráticos capitalistas. Neste passo, o modelo de governo do Estado, as exigências da economia, a organização do trabalho e outras questões relacionadas acabam por determinar o quanto os membros da sociedade participam ou não das decisões públicas.

Importante definir que por sociedade civil consideram-se os diversos segmentos sociais não governamentais que possuem força política, incluindo-se nesta definição o cidadão, os coletivos, movimentos sociais e outros, que podem exercer controle social dos atos do Estado, ou seja, o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações. Convém ainda definir controle social, o qual, para Bobbio, Matteucci e Pasquino, pode ser compreendido como “meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os

próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular comportamentos contrários às mencionadas normas”³. O controle social pode ser realizado tanto pelo Estado controlando a sociedade civil, como também pela sociedade civil controlando o Estado.

Entretanto, a fim de aprofundar a compreensão sobre participação e controle social da sociedade civil sobre o Estado é necessário analisar os modelos de Estado, ao longo da história ocidental, que influenciaram o Estado brasileiro, e conhecer como a participação social ocorreu nestes Estados e como ocorre no Brasil contemporâneo.

No Estado Grego se observa a criação da Cidade-Estado, também conhecida como *polis*, que representou a sociedade política grega marcada pela autossuficiência política, com caráter democrático, que, contudo, não permitia o exercício do poder pelo povo, ao contrário da acepção semântica do termo democracia: *demo*-povo, *cracia*-poder, ou seja, governo do povo. Como pontua Machado:

A classe política nesse modelo é representada por uma elite que tem influência nas decisões do Estado. Os demais cidadãos, destituídos de poder econômico, são também destituídos de poder político, o que possibilita a manutenção e o fortalecimento do controle do Estado por um pequeno grupo dominante⁴.

Já os fundamentos de formação do Estado Romano repousaram na compreensão de que o ser humano necessita de outros seres humanos e não humanos para sobreviver e se desenvolver. Este Estado Romano formou-se por agrupamentos humanos, que se organizaram politicamente ao longo do tempo concretizando uma sociedade política com aspiração de tornar-se um poderoso Estado, com forte base familiar de organização:

Nesse modelo a participação do “povo” no governo acontecia de forma restrita, ou seja, era exercida por um pequeno grupo da sociedade, detentor de poder econômico e reconhecimento político. Aos demais, restava apenas a subordinação. Os governos eram exercidos pelos magistrados, originados de famílias patrícias, que eram famílias nobres detentoras de privilégios⁵.

Do feudalismo até o Estado Moderno, teve-se um período marcado pelo absolutismo em que o poder estava concentrado na pessoa do monarca, sem qualquer participação popular no controle social do poder. No século XVIII, a partir das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, teve início a idade contemporânea, onde surgiram os Estados Democráticos Constitucionais trazendo a ideia de governo do povo mediante a participação do povo na condução do Estado, com vistas a concretizar o respeito aos direitos naturais da pessoa humana como tarefa mínima do Estado.

No caso do Brasil, a compreensão do processo de formação sociocultural do país evidencia que a sociedade brasileira contemporânea nasceu a partir de uma

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 1. ed. Brasília: UNB, 1998, p.285.

⁴ MACHADO, Loiva Mara de Oliveira. **Controle social da política de assistência social: caminhos e descaminhos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 24.

⁵ MACHADO, Loiva Mara de Oliveira. **Controle social da política de assistência social: caminhos e descaminhos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 25.

sociedade colonialista; sendo que este fato histórico gerou efeitos políticos e jurídicos muito relevantes com reflexos até os dias atuais no que se refere ao controle social dos atos do Estado por meio da participação da sociedade civil. Quando o Estado brasileiro se constitucionaliza em 1824, ele mantém a exclusão no plano social, político e institucionaliza-a no plano jurídico porque mantém a escravidão. Note-se que no plano internacional ocidental, como decorrência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já havia a cultura político-jurídica de que o fundamento da cidadania era a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos do homem, independentemente de sua raça ou cor, sobretudo porque a Declaração no seu artigo 16 previa que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição”⁶.

Após sessenta e quatro anos da pseudoconstitucionalização brasileira, é que o Estado brasileiro sanciona a Lei Imperial nº.3353, conhecida como Lei Áurea, preenchendo então os requisitos previstos na Declaração de 1789, de garantia dos direitos do homem, tornando-se a partir de então um Estado materialmente constitucional. Até a edição desta lei o Estado brasileiro não reconhecia a condição humana do escravo, razão pela qual seu destino era regulado pelo Direito das Coisas do Direito Civil à época vigente, podendo, por conseguinte, ser comprado e vendido por pessoas físicas com personalidade jurídica.

Nesse sentido:

Analisaremos agora alguns aspectos atinentes ao negro enquanto propriedade de outrem, via de regra, cidadão. O artigo 71 da Constituição de 1824 aborda a questão de maneira genérica: A Constituição reconhece e garante o direito de intervir todo o Cidadão nos negócios da sua Província, e que são imediatamente relativos a seus interesses peculiares. Ora, em sendo o escravo parte do patrimônio de seu proprietário, necessariamente está incluído na esfera imediata de seus interesses; por decorrência, verifica-se que os protestos contra quaisquer medidas tendentes a afetar esses interesses encontram guarida na Constituição⁷.

Neste contexto o ‘homem de bem’ era aquele de cor branca com patrimônio positivo e, tendo posse, podia exercer os direitos da cidadania, sendo que a condição de participação em sentido amplo nos assuntos do Estado e, sobretudo, de exercício dos direitos políticos se dava porque a pessoa tinha renda. O eleitor de paróquia tinha que ter uma renda anual de cem mil réis, o eleitor de província uma renda de duzentos mil réis, o eleitor de deputados uma renda de quatrocentos mil réis e o eleitor de senador uma renda de oitocentos mil réis. Assim, se pode afirmar que a participação nos assuntos do Estado era censitária e que uma enorme parcela da sociedade não podia participar no governo, o que se mantém em menor número, materialmente, até os dias de hoje no aspecto da participação na gestão pública; onde aqueles que não possuem condições financeiras não conseguem participar porque se exaurem na busca do sustento da sobrevivência. Veja-se a condição do pobre e do negro nessa época:

⁶BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em <http://www.pfdc.pgr.mpf.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

⁷ CABRAL, Paulo Eduardo. **O negro**. Revista de informação legislativa. Janeiro a Março 1974. p.73.

A possibilidade de participação social dos escravos e pobres na sociedade era nula [...] A participação dos pobres, dos escravos e das mulheres na definição dos rumos do país era inexistente. Essa participação cabia a uma classe privilegiada: proprietários de terras, clérigos, bacharéis, militares, entre outros, o que reforça uma cultura de subalternidade, herança do colonialismo⁸.

Naquele contexto, além do negro, a exclusão atingia as mulheres, os índios e outras minorias. Cabe referir que a bula papal católica vigente à época, colocava estes em melhores condições do que o negro, porque determinava que eram humanos, tinham alma e em razão disso podiam ter bens. Tudo isso revela que o processo de constitucionalização do Estado brasileiro, sob a ótica ocidental, iniciou-se com a edição de uma pseudoconstituição com forte caráter patrimonialista, machista, preconceituosa, elitista e racista que visava proteger o homem branco proprietário, excluindo todos os demais do acesso a direitos.

Após esta Constituição de 1824, o Brasil editou outras sete Constituições, merecendo destaque aquelas que decorreram de processos legislativos democráticos, com convocação de Assembleias Nacionais Constituintes, a saber: a Constituição de 1891 decorrente da Proclamação da República de 1889, a Constituição de 1934 decorrente da Revolução de 1930, a Constituição de 1946 decorrente da redemocratização de 1945 e a Constituição de 1988 vigente até os dias atuais.

Durante o período da primeira república que vai de 1889 até 1930 os processos de participação popular estavam restritos ao voto, numa realidade marcada pela corrupção eleitoral e pelo voto a cabresto, assim a participação da maioria da população nos assuntos do Estado ainda continuava quase que inexistente.

No período do governo Vargas, a questão da participação popular foi inicialmente tratada como caso de polícia, pois aqueles que protestavam por direitos ou procuravam espaço para participação eram reprimidos e criminalizados, pois eram tratados como vagabundos ou baderneiros. No regime militar iniciado em 1964, houve forte repressão à participação, utilização de censura e negação extrema de direitos civis e políticos.

Segundo Correia:

Durante o período da ditadura militar, o controle social da classe dominante foi exercido através do Estado autoritário sobre o conjunto da sociedade, por meio de decretos secretos, atos institucionais e repressão. Nesse período, a ausência de interlocução com os setores organizados da sociedade, ou mesmo a proibição da organização ou expressão dos mesmos foi a forma que a classe dominante encontrou para exercer o seu domínio promovendo o fortalecimento do capitalismo na sua forma monopolista⁹.

Este período foi marcado por um vigoroso controle do Estado sobre a sociedade, realizado com o uso de força militar e violência estatal, bem diferente do

⁸ MACHADO, Loiva Mara de Oliveira. **Controle social da política de assistência social: caminhos e descaminhos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 35.

⁹ CORREIA, Maria Valéria Costa. Controle Social. In: PEREIRA, Isabel Brasil. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. 2ª Ed. ver. Ampl. –Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. ISBN:978-85-987-36-6.p.106.

controle antes realizado que ocorria de forma sutil e até mesmo por meio da concessão de alguns direitos.

2. A participação social

A gradativa redemocratização havida na década de 80 permitiu que as forças políticas brasileiras iniciassem um debate acerca das possibilidades constitucionais de maior participação popular para controle social das ações do Estado brasileiro especialmente no tocante às políticas públicas. No que se refere às políticas públicas nacionais ambientais, a Lei 6938 de 31 de agosto de 1981 no seu artigo 2º, inciso X, revela que a própria lei já objetivava capacitar a população em todos os níveis de ensino, inclusive nas comunidades, para a participação ativa na defesa do meio ambiente:

Art 2º - A política nacional do meio ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente¹⁰.

O reconhecimento em lei, portanto, público e formal da possibilidade de controle social da questão ambiental nacional, pela participação ativa da pessoa, rompe com o modelo de submissão e clientelismo político vigente até este momento, que negava a possibilidade de participação do cidadão; caracterizando-se como um processo inovador de condução do Estado. Disso, fica nítido que o sentido da lei foi favorecer o surgimento de uma nova cultura política no país, fundada na participação democrática para concretização das políticas públicas ambientais. As garantias e os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, nessa mesma linha, conduziram o intérprete a perceber que a participação social foi deixando de ser questão de polícia ou privilégio de poucos para se tornar um direito subjetivo do cidadão e um dever do Estado brasileiro.

Diante do examinado é possível afirmar que até a promulgação da Carta Magna de 1988 a participação social nos assuntos do Estado ficou formalmente assegurada apenas a uma pequena parte da sociedade e que a questão da participação social, hoje chancelada pela Constituição Federal, é produto de um processo histórico permeado por contradições, conflitos, lutas e também por conquistas.

Ao examinar o texto constitucional vigente no seu Título I, quando trata dos princípios fundamentais, percebe-se a existência de comando expresso no parágrafo único do artigo 1º assegurando o exercício direto do poder do Estado pelo povo, bem como, mais adiante, no capítulo IV ao tratar dos Direitos Políticos, observa-se a presença de inúmeras formas e instrumentos para a ocorrência de controle social do Estado por meio da participação do povo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por

¹⁰ BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular¹¹.

A partir deste marco legal, o Estado Democrático anunciado no preâmbulo da Constituição Federal e instituído por ela vai se concretizando no plano normativo brasileiro, abrindo a oportunidade política para que a sociedade possa controlar as tarefas do Estado pela participação de forma ativa e incontestável como verdadeiro protagonista. Esta oportunidade permite que qualquer um do povo possa ser, ao menos em termos formais, o construtor e o concretizador das políticas públicas de forma geral, ou seja, que possa auxiliar o Estado na execução de suas tarefas constitucionais. Aderente à proposta democrática, que implica na anuência estatal para ocorrência do controle social pela participação, ao tratar do Meio Ambiente no capítulo VI, a Constituição Federal declarou a existência de um Direito fundamental ao meio ambiente e impôs, pois não facultou, a obrigação constitucional da coletividade ao lado do Estado, em igualdade, de defenderem e preservarem o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, veja-se: “Artigo. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”¹². Em verdade o *caput* deste artigo e todo o texto constitucional pretendeu organizar o Estado de modo a fortalecer e ampliar os espaços para a participação social no exercício do poder.

Esta democratização do Estado brasileiro pretendeu descentralizar os espaços onde ocorrem as decisões públicas (políticas e jurídicas), para com isso extrapolar a forma solipsista de gestão da coisa pública e, poder introduzir nos processos decisórios sujeitos antes excluídos destes espaços. Esta forma de participação é direta e não fica resumida a vetusta democracia representativa, onde o cidadão apenas pode exercer seu direito de voto para escolher representantes para cuidar dos seus interesses. Como dito acima, o ideal preconizado pela Constituição cidadã é de que a pessoa participe ativamente no exercício do poder estatal colaborando e controlando como protagonista e não mais como mero coadjuvante. Esta nova perspectiva de participação constitui um desafio para o país, sobretudo para os pobres, haja vista que desde o ‘descobrimento’ do Brasil deles foi exigida, em maior medida, uma conduta submissa e subordinada: onde os trabalhadores não tinham direito a manifestar suas vontades, nem de exercer pretensões ou contribuir politicamente na condução do Estado.

A ideia de controle social da sociedade civil sobre o Estado surge no Brasil com a redemocratização, haja vista que até este momento existia controle apenas do Estado sobre a sociedade, aproveitando da cultura de subalternidade do brasileiro. O controle social pela sociedade civil pode trazer em si a possibilidade de mudança social, haja vista que pessoas individuais ou coletivas podem atuar no campo político

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

com outras pessoas individuais ou coletivas para ver seus interesses atendidos pelo Estado, sobretudo em nível local (municipal). Lutam neste campo político classes dominantes economicamente e classes subalternas, sendo que as primeiras, em razão do poder econômico, levam vantagem na disputa política e, por isso esta luta é, na maioria das vezes desigual. Por vezes, em razão da correlação de forças do momento, esta disputa se equilibra, momento em que as classes subalternas conseguem obter algum êxito tendo algum dos seus interesses atendidos pelo Estado.

Assim, após a Constituição de 1988 foi possível o controle social ser realizado também pelo povo e não somente pelo Estado. A sociedade civil pode atuar concretamente fazendo o controle social pela participação esteada pela Carta Magna e pelo ordenamento jurídico e não mais como uma ação ilegal ou como ato tolerado pelo governo (zona gris). Por isso os governos comprometidos com a democracia devem estimular a transparência, o controle social, instrumentalizar, promover e valorizar a participação social. Neste passo, participar nos assuntos do Estado pode ser compreendido como um direito-dever do cidadão, para colaborar na fiscalização, monitoramento, controle, também contestar e principalmente influenciar nas ações e decisões do Estado. Com esta participação se pode tentar inibir a corrupção, haja vista que as instituições de controle estatal parecem não conseguir cuidar de todo o Estado em razão do seu tamanho. Logo, homens, mulheres, jovens e adultos são pessoas legítimas para participar sozinhos ou reunidos em associações ou formando outras pessoas coletivas.

O controle social pela participação da sociedade nos assuntos do Estado não está livre de problemas, porque não raro os espaços destinados à participação republicana são preenchidos por pessoas reduzidas a objetos de manobra ou moedas de troca, tornando-se representantes dos interesses da classe dominante economicamente e não dos seus interesses ou dos interesses da República. Este tipo de ação é resquício do velho modelo e tende a favorecer a perpetuação do estado das coisas porque mantêm os espaços de participação cidadã permeados pelos interesses de apenas uma classe. Note-se que a participação desejada para a saúde da República não é deste tipo, mas uma participação social orientada para a concretização dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, marcada pela igualdade de direitos, liberdade material de expressão e pluralismo. Em verdade o controle social adequado à Constituição é aquele capaz de contribuir para a democracia, para o republicanismo e capaz de fortalecer a participação cidadã:

Controle social não é sinônimo de democracia, embora contribua para seu alcance. Em regimes autoritários e também em regimes democráticos, embora com menos evidência, o controle social desenvolveu-se enquanto mecanismo de coerção do Estado sobre a sociedade civil. Se a democracia corresponde ao governo do povo, soberania popular, democratismo; o controle social numa perspectiva democrática aconteceria mediante a participação efetiva do povo nos espaços de decisão sobre a coisa pública, ou seja, sobre questões que dizem respeito aos interesses de todas as pessoas. Nessa perspectiva, a democracia é concebida enquanto processo de construção de um novo projeto hegemônico das classes subalternas, capaz de incidir em mudanças sociais necessárias à construção de um novo projeto societário. Considerando que essa participação não se dá de forma automática, o controle social é processo em construção, orientado por um projeto de sociedade, que envolve sujeitos individuais e coletivos e

materializa-se através da participação e compartilhamento de poder nos processos decisórios¹³.

Ao se perquirir sobre a gênese do controle social no Brasil percebe-se que ele é uma conquista decorrente de lutas sociais das classes mais pobres em face das elites dominantes que controlavam um Estado autoritário. Assim, a conquista da possibilidade jurídica do controle social do Estado pela sociedade, contemplado na Constituição Federal vigente, é uma conquista decorrente de árduos conflitos e de muita resistência. De um lado existem aqueles que querem manter a ordem social vigente e de outro, aqueles (os excluídos) sedentos por políticas socioambientais que contemplem seus interesses e melhorem suas vidas, por meio da prestação de serviços básicos (saúde, educação e segurança) e oferta de infraestrutura (transporte, saneamento, moradia, meio ambiente e lazer). Neste passo, o controle social pela participação parece ser fundamental para conquista, formulação, deliberação, acompanhamento da execução e fiscalização de políticas públicas socioambientais para as classes mais pobres. Isso decorre do fato de que a sociedade brasileira é desigual e plural e, por isso, contém em sua composição múltiplos interesses que muitas vezes são antagônicos, porém, historicamente, têm prevalecido os interesses daqueles socialmente em melhores condições.

3. A possibilidade de controle social por meio das normas ambientais

O controle social das políticas públicas ambientais ficou previsto, conforme já exposto, no artigo 225 da Constituição Federal, pois o constituinte originário impôs à coletividade, ao lado do Estado (Poder Público) o dever de defender e preservar o meio ambiente. Assim, se pode compreender que em todas as tarefas previstas no parágrafo único do mesmo artigo, está a coletividade convocada a participar. Ao examinarem-se algumas leis que regulamentam os incisos do parágrafo primeiro deste artigo, nota-se que a coletividade (sociedade civil) deve participar, sobretudo as populações locais, na criação, implantação e gestão das unidades de conservação, veja-se o Capítulo II do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC previsto na Lei 9.985 de 18 de julho de 2000:

Art. 5º. o SNUC será regido por diretrizes que: III - assegurem a participação efetiva das populações locais na criação, implantação e gestão das unidades de conservação; Art. 27. As unidades de conservação devem dispor de um plano de manejo. § 2º Na elaboração, atualização e implementação do plano de manejo das reservas extrativistas, das reservas de desenvolvimento sustentável, das áreas de proteção ambiental e, quando couber, das florestas nacionais e das áreas de relevante interesse ecológico, será assegurada a ampla participação da população residente. Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo poder público, em local e condições acordados entre as partes. § 2º Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações. Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista

¹³ MACHADO, Loiva Mara de Oliveira. **Controle social da política de assistência social: caminhos e descaminhos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p.163. ISBN 978-85-397-0199-5. p.54.

deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação. Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas¹⁴.

Do mesmo modo a coletividade está convocada a participar na elaboração das decisões sobre os rumos da preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do Brasil, bem como, querendo, auxiliar o Estado na fiscalização das entidades destinadas à pesquisa e manipulação de material genético. Diante da complexidade desse tema, o ordenamento jurídico pátrio, adequou a possibilidade de participação, determinando que especialistas eleitos em listas tríplexes formassem a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança garantindo a realização de audiências públicas com a participação da sociedade civil, observe-se o Capítulo III sobre a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança previsto na Lei 11.105 de 24 de março de 2005:

Art. 11. A CTNBio, composta de membros titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, será constituída por 27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente, sendo: I – 12 (doze) especialistas de notório saber científico e técnico, em efetivo exercício profissional, sendo: a) 3 (três) da área de saúde humana; b) 3 (três) da área animal; c) 3 (três) da área vegetal; d) 3 (três) da área de meio ambiente; § 1º Os especialistas de que trata o inciso I do *caput* deste artigo serão escolhidos a partir de lista tríplex, elaborada com a participação das sociedades científicas, conforme disposto em regulamento.

Art. 15. A CTNBio poderá realizar audiências públicas, garantida participação da sociedade civil, na forma do regulamento. Parágrafo único. Em casos de liberação comercial, audiência pública poderá ser requerida por partes interessadas, incluindo-se entre estas organizações da sociedade civil que comprovem interesse relacionado à matéria, na forma do regulamento¹⁵.

No que se refere à instalação para operação de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, o texto constitucional determinou que o Poder Público exija do empreendedor prévio Estudo de Impacto Ambiental e o consequente Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), e ainda a publicidade do EIA/RIMA para que a sociedade civil tome conhecimento para contribuir com controle social da política nacional ambiental. Quanto à instalação para operação de atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental não significativa, o ordenamento pátrio determinou que o Poder Público deve exigir outros estudos ambientais menos complexos como relatório ambiental, plano de recuperação de área degradada, projeto de controle ambiental e outros na forma do artigo 1º, inciso III da Resolução Conama nº. 237 de 19 de dezembro de 1997.

É mister referir que os autos que contém o processamento do licenciamento ambiental das atividades potencialmente poluidoras são públicos, razão pela qual

¹⁴ BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de junho de 2000**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

¹⁵ BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

pode qualquer conselheiro ou qualquer um do povo; desde que regularmente identificado, tomar conhecimento do conteúdo destes, salvo casos de segredo solicitado para defesa da propriedade intelectual, tanto é assim que a própria resolução em comento prevê como condição para que o município possa exercer competências licenciatórias ter Conselho de Meio Ambiente com participação social: “Art. 20 - Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados”¹⁶.

Já referentemente à Educação Ambiental, entende-se que ela é a base de todas as outras políticas nacionais ambientais. A Política Nacional de Meio Ambiente que “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”¹⁷; expressamente, afirma que tem por princípio a realização de Educação Ambiental em todos os níveis do ensino e na comunidade para capacitar a coletividade para o cumprimento da convocação constitucional de participação social para defesa e preservação do equilíbrio ecológico. Corroborando com esta concepção a doutrina especializada reconhece que a legislação consagrou a Educação Ambiental como possibilidade de conscientização da população:

A sustentabilidade do Planeta está, sem dúvida alguma, nas mãos do homem, o único ser capaz de, com suas ações, romper o equilíbrio dinâmico produzido espontaneamente pela interdependência das forças da natureza e modificar os mecanismos reguladores que, em condições normais, mantêm ou renovam os recursos naturais e a vida na Terra. Não se trata de ser contra o progresso, mas de promover e compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com os requisitos ambientais mínimos, utilizando e conservando de modo racional os recursos naturais, e solidarizando-se sincronicamente (nos tempos presentes) e diacronicamente (através dos sucessivos tempos) com toda a humanidade. O destino das gerações futuras encontra-se, assim, nas mãos das presentes gerações. Foi por certo tendo em mente esse cenário – no qual o homem paulatinamente redescobre que é parte integrante do mundo natural – que o legislador brasileiro consagrou na Constituição de 1988 o princípio e a determinação de que a educação ambiental permeie os currículos de todos os níveis de ensino, e que a população em geral seja conscientizada acerca da necessidade de preservar o meio ambiente¹⁸.

A Lei 9.795 de 27 de abril de 1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental, por sua vez, definiu como princípio básico o enfoque participativo e como objetivo fundamental o incentivo à participação individual e coletiva na preservação do meio ambiente, reconhecendo a defesa da qualidade ambiental como valor inseparável da cidadania. No que se refere à Educação Ambiental Não-Formal esta Lei pautou-a pela obrigatoriedade do Estado incentivar a participação das instituições de ensino e organizações não governamentais na formulação e execução de programas e atividades relacionadas à Educação

¹⁶ BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237/1997**. Disponível em Ministério do Meio Ambiente – MMA: <http://www.mma.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

¹⁷ BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

¹⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. Editora: Revista dos Tribunais. 5ª Edição, 2007. p.163.

Ambiental para concretização do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como as sociedades empresárias e empresas públicas no desenvolvimento de programas ligados ao esclarecimento da comunidade com mesmo intuito. Veja-se os dispositivos legais que relacionam Educação Ambiental com participação na referida Lei:

Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental: I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; Art. 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental:

II - a garantia de democratização das informações ambientais; IV - o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania; Art. 13. Entendem-se por educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente. Parágrafo único. O Poder Público, em níveis federal, estadual e municipal, incentivará: II - a ampla participação da escola, da universidade e de organizações não-governamentais na formulação e execução de programas e atividades vinculadas à educação ambiental não-formal; III - a participação de empresas públicas e privadas no desenvolvimento de programas de educação ambiental em parceria com a escola, a universidade e as organizações não-governamentais¹⁹.

A Política Nacional de Saneamento Básico, prevista na Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007, tem por base os princípios fundamentais como a universalização do acesso, integralidade, controle social e transparência das ações entre outras. Tal diploma legal, na forma de seu artigo 3º, inciso IV, considera controle social como o “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico”²⁰. Nesta senda, no artigo 47, além de assegurar o controle social da política pública ambiental pela participação da sociedade, também facultou a participação aos órgãos colegiados de caráter consultivo.

Na mesma linha, a Lei 12.305 de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), definiu o controle social como “conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos”²¹. Nota-se que nas duas últimas Leis mencionadas há o reconhecimento no conteúdo do termo controle social a participação nos processos para formulação, planejamento e avaliação dos serviços públicos. Porém, a PNRS vai além ao definir o funcionamento da gestão integrada dos resíduos sólidos, porque expressamente determina a consideração do controle social desta gestão a ser realizada pelo Estado; de forma expressa no artigo 6º, inciso X, define o controle social como sendo princípio da Política Nacional dos Resíduos Sólidos; elenca como seu instrumento os órgãos colegiados municipais de resíduos

¹⁹ BRASIL. **Lei 9.795, de 27 de abril de 1999**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²⁰ BRASIL. **Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²¹ BRASIL. **Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

sólidos urbanos. No tocante aos famigerados Planos de Resíduos Sólidos, foi assegurada ampla publicidade do conteúdo dos planos para que haja controle social em sua formulação, implementação e operacionalização:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por: VI - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos; XI - gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável; Art. 6º. São princípios da Política Nacional de resíduos sólidos: X - o direito da sociedade à informação e ao controle social; Art. 8º. São instrumentos da política nacional de resíduos sólidos, entre outros: XIV - Os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos; Art. 14. São planos de resíduos sólidos: Parágrafo único. É assegurada ampla publicidade ao conteúdo dos planos de resíduos sólidos, bem como controle social em sua formulação, implementação e operacionalização [...]. Art. 15. A união elaborará, sob a coordenação do ministério do meio ambiente, o plano nacional de resíduos sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo: XI - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito nacional, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social. Parágrafo único. O Plano Nacional de Resíduos Sólidos será elaborado mediante processo de mobilização e participação social, incluindo a realização de audiências e consultas públicas. Art. 17. O plano estadual de resíduos sólidos será elaborado para vigência por prazo indeterminado, abrangendo todo o território do estado, com horizonte de atuação de 20 (vinte) anos e revisões a cada 4 (quatro) anos, e tendo como conteúdo mínimo: XII - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito estadual, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social²².

O acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidade integrantes do SISNAMA foi expressamente reconhecido como direito público subjetivo individual pela promulgação da Lei 10.650 de 16 de abril de 2003. Por força desta Lei todos os órgãos da administração pública ambiental ficam expressamente obrigados a prestar quaisquer informações sob seu poder e guarda sob quaisquer meios (escrito, eletrônico e outros) a toda pessoa que às solicite, desde que requeira por escrito e se comprometa a não utilizar tais informações para fins comerciais, industriais e respeitar as regras de propriedade intelectual. Note-se que esta mesma Lei, que assegura amplo e irrestrito acesso à informação ambiental como regra, também assegura, como exceção, o sigilo legal de ordem comercial, industrial e financeiro; bem como comunicações internas dos órgãos do SISNAMA.

Diante de requerimento escrito deverá o Poder Público, sem deixar passar trinta dias, ofertar a informação buscada para que a pessoa solicitante possa receber, como regra, as informações que solicite; inclusive fazer pedido de vista de autos de processos de licenciamento ambiental, autorizações, procedimentos infracionais e outros relacionados à seara administrativa ambiental. A consulta aos autos deverá ser realizada no próprio órgão durante o expediente sob os cuidados daquele servidor responsável pela guarda dos autos. Com este entendimento Milaré pontua que a Lei 10.650 de 16 de abril de 2003 confirmou a regra do livre acesso:

²² BRASIL. **Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

Por força deste novo diploma legal, ratificou-se o livre acesso da coletividade aos documentos, expedientes e processos administrativos que versem sobre matéria ambiental, obrigando os órgãos competentes a fornecerem as informações que estejam sob sua guarda em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a: qualidade ambiental; políticas, planos e programas potencialmente impactantes; resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; acidentes, situações ambientais de risco ou emergência; emissões de efluentes líquidos e gasosos e geração de resíduos sólidos, substâncias tóxicas perigosas; diversidade biológicas; organismos geneticamente modificados²³.

Com intuito de facilitar o acesso à informação ambiental e também o controle social do meio ambiente pela sociedade civil, esta Lei obriga que seja publicado em diário oficial e também seja disponibilizado em local de fácil acesso nos órgãos do SISNAMA listagens informando os pedidos de licença ambiental, de supressão de vegetação, penalidades impostas decorrentes de infrações ambientais, termos de compromisso e ajustes de condutas, recursos, decisões, estudos ambientais e outros relacionados. Percebe-se, deste modo, que ela visa a implementar o disposto no artigo 5º, inciso XIV combinado com o artigo 225 *caput* ambos da Constituição Federal de 1988, sendo que todos devem ter acesso facilitado às informações ambientais, pois é imposto à coletividade o dever de, ao lado do Poder Público, fazer a proteção do equilíbrio ambiental. A garantia deste direito à informação ocorre para que se consolide uma República Democrática, porque o meio ambiente é de todos e por isso devem ao menos ter a possibilidade de participar nos processos de licenciamento, autorizações e outros:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional²⁴.

É somente com a informação ambiental que a sociedade civil poderá realizar o controle social do meio ambiente e assim, com maior efetividade, contribuir para a estratégia ambiental preconizada pelas Políticas Ambientais brasileiras. A pessoa informada poderá colaborar com o Poder Público na construção e na execução da decisão ambiental. A doutrina reconhece que a informação é uma valiosa contribuição para a efetivação do controle social dos atos praticados pelo Estado:

De fato, o cidadão bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do poder. Isso porque, ao se deparar com a informação e compreender o real significado da questão ambiental, o ser humano é resgatado de sua condição de alienação e passividade. E, assim, conquista sua cidadania, tornando-se apto para envolver-se ativamente na condução de processos decisórios que não de decidir o futuro da humanidade sobre a Terra. A informação conduz, desse modo, à atuação consciente da comunidade, contribuindo para diminuir e fazer cessar as frequentes situações de abusos, que decorrem da irresponsabilidade muitas vezes amparada por uma legislação fragmentada e falha²⁵.

²³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. Editora: Revista dos Tribunais. 5ª Edição, 2007. p. 190.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

²⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. Editora: Revista dos Tribunais. 5ª Edição, 2007. p. 188.

Com isso compreende-se que o acesso público à informação ambiental não é uma faculdade da autoridade administrativa ambiental, mas um dever público que corresponde a um direito subjetivo das pessoas. Tal direito assegurado pela lei da informação ambiental tem fundamento constitucional, porque é essencial para o sucesso das políticas públicas ambientais no Brasil, haja vista que o sucesso delas depende do controle social a ser realizado pela comunidade. Sensível a isso é a Declaração do Rio:

Princípio 10. A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos²⁶.

O direito à informação prescrito pela legislação brasileira e também reconhecido na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento encontra esteio ainda em diversos diplomas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos que põe a salvo o direito de toda a pessoa procurar receber informações e na Declaração de Estocolmo que enaltece a importância da educação e da divulgação de informações.

Na esteira dessa compreensão a Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011 regulou outros procedimentos para o acesso à informação a serem observados pela União, Estados e Municípios, preconizando que a publicidade é a regra e o sigilo, a exceção; que as informações de interesse público devem ser divulgadas independentemente de requerimento, através de todos os meios de comunicação para desenvolvimento de uma cultura de transparência na administração pública visando o controle social da administração pública.

Logo, após a análise da legislação colacionada, sempre em obediência à Constituição Federal, pode-se compreender que os documentos legais asseguram a participação e a informação para que se exerça o controle social. No entanto, é necessário sair do abstrato ou positivado para o concreto ou real, cuidando para que a cidadania seja exercida fortemente diante de interesses e conflitos contraditórios que ordenam o estabelecimento e a efetividade de políticas públicas ambientais.

Considerações finais

Afirma-se que, historicamente, as sociedades ocidentais que influenciaram na formação do Estado brasileiro, desde a antiguidade clássica até o início do século XIX, conviveram com a exclusão no plano político. O Brasil, da mesma forma, excluiu a maioria da população dos assuntos do Estado, sendo que a possibilidade de controle social sobre o Estado brasileiro por meio da participação da sociedade civil é algo recente; haja vista que o povo brasileiro se manteve com atitude subalterna

²⁶ BRASIL. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de junho de 1992.** Disponível em <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

em relação ao Estado. Asseverou-se que a participação nos assuntos do Estado era reservada exclusivamente para as classes que detinham bens sociais e culturais.

Foi somente com a democratização formal do país, iniciada na década de 80, que o controle social sobre o Estado por meio da participação da sociedade civil pôde ocorrer, sendo que hoje o país ostenta um ordenamento legal ambiental que possibilita o controle social dos atos do Estado pela sociedade civil por meio da participação por qualquer um do povo, sobretudo nos órgãos ambientais nos três entes da federação.

O exame das normas ambientais não deixa dúvidas de que o Estado brasileiro pretendeu socorrer-se no controle social e na participação do povo para conceber, implementar, operacionalizar, aprimorar e fiscalizar as políticas públicas ambientais. Para isso põe a salvo a concretização de mecanismos e procedimentos para informação e participação social, num ambiente de publicidade das informações necessárias para realização destas tarefas.

Deste exame também é possível pensar que as pessoas singulares ou a sociedade civil organizada, ao serem convocadas pelo Estado por meio da Lei a intervirem na gestão pública, acabam por formar um Estado mais participativo; sendo que mesmo historicamente comprometido em viabilizar os interesses das classes dominantes, acaba por incorporar, por meio das políticas públicas socioambientais, também alguns interesses das classes subalternas.

Nesta perspectiva o controle social deve materializar-se nos espaços públicos, onde os conflitos e as contradições ocorrem, como forma de impedir ou desfazer situações de desigualdade e injustiças socioambientais concretas. Estes espaços públicos destinados ao controle social e participação pública serão ambientes híbridos povoados por pessoas representantes dos interesses do Estado (interesse estatal) e da Sociedade (interesse da coletividade), com centralidade na igualdade e na liberdade, ou seja, com paridade; sendo que se destacam neste tipo de organização os Conselhos gestores de políticas públicas.

No tocante às políticas públicas ambientais estabelecidas nas Leis examinadas, tem-se que a possibilidade formal de controle social sobre os atos do Estado por meio da participação da sociedade civil é a regra. Percebe-se, então, que o acesso público à informação ambiental não é uma faculdade da autoridade administrativa ambiental, mas um dever público que corresponde a um direito subjetivo das pessoas. Assim, qualquer um do povo passa a ser, ao menos em termos formais, o construtor e concretizador das políticas públicas ambientais, ou seja, um desejado colaborador e fiscalizador do Estado na execução de suas tarefas constitucionais ambientais.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.

- BRASIL. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de junho de 1992.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.mp.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 9.795, de 27 de abril de 1999.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de junho de 2000.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Disponível em Planalto: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Resolução CONAMA nº 237/1997.** Disponível em: <http://www.mma.gov.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2020.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 1. ed. Brasília: UnB, 1998.
- CABRAL, Paulo Eduardo. O negro. **Revista de informação legislativa.** Jan/mar, 1974.
- CORREIA, Maria Valéria Costa. Controle Social. *In*: PEREIRA, Isabel Brasil. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde.** 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008.
- MACHADO, Loiva Mara de Oliveira. **Controle social da política de assistência social: caminhos e descaminhos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SANTOS, Jair Lima. TCU e os controles estatal e social da administração pública. **R. TCU,** Brasília, v. 33, n. 94, out/dez 2002.

DERECHO CIVIL

A inconstitucionalidade da interpretação restritiva à previsão testamentária para filho ainda não concebido (*)

The unconstitutionality of the restrictive interpretation to testamentary prevision for child still not designed

La inconstitucionalidad de la interpretación restrictiva a la previsión testamentaria para el hijo aún no concebido

Luana Senhor Soares¹

Daury Cesar Fabríz²

Sumário: Introdução. 1. A autonomia do testador: reflexo legal, jurisprudencial e doutrinário. 2. Entre a autonomia do testador, a igualdade e a liberdade familiar. 3. Força normativa dos princípios constitucionais: o neoconstitucionalismo no direito infraconstitucional. – Considerações Finais. – Referências bibliográficas.

Resumo: O art. 1799, inc. I, do CC/2002 traz uma exceção à regra sucessória, uma vez que faculta ao autor do testamento incluir como herdeiro testamentário pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão. Na tentativa de pacificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro quanto à interpretação de o que poderia se interpretar por “filho ainda não concebido”, foi aprovado o Enunciado nº 268 do CJF na III Jornada de Direito Civil, do qual se depreende que o autor

(*) Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 04/12/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Pós-graduanda em Direito Processual Civil na Damásio-IBEMEC. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). RG 3166469/ES. CPF 134.391.057-92.
luanasrsoares@gmail.com
- ² Orientador do presente trabalho. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela FD/UFMG. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do PPGDIR/FDV. Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha (UVV). Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos.
daury@terra.com.br

do testamento pode distinguir a origem do filho da pessoa indicada e que a interpretação da cláusula específica de deixa para herdeiro ainda não concebido deve ser interpretada restritamente. Ocorre que, com o advento da CRFB/1988, princípios como o da igualdade entre os filhos e da autonomia familiar foram inseridos, de modo que deve ser feita uma ponderação destes com o princípio da autonomia da vontade do testador. Nesse sentido, assim como todos os demais ramos do Direito, também o Direito Sucessório deve ser aplicado a partir das lentes constitucionais, sendo indevido e incoerente o texto do enunciado 268 do CJP, uma vez que permite a discriminação entre filhos a partir de sua origem, o que não respeita os princípios da isonomia dos filhos e da autonomia familiar.

Palavras-chave: Filho ainda não concebido, Enunciado 268 do CJP, Neoconstitucionalismo, Autonomia da vontade, Igualdade entre filhos, Autonomia familiar.

Abstract: The article 1799, item I, of the Civil Code of 2002 makes an exception to the rule of succession, since it allows the author of the will to include as a testamentary heir a person not yet conceived at the time of the opening of the succession. In an attempt to pacify the Brazilian doctrinal and jurisprudential understanding of the interpretation of the term "child not yet conceived" of the above device, the CJP Statement n. 268 was approved at the Third Meeting of Civil Law, which shows that the author of the will distinguish the origin of the child from the person indicated and that the interpretation of the specific clause from leaves to heir not yet conceived should be interpreted strictly. However, with the advent of the Constitution of 1988, principles such as equality between children and family autonomy have been inserted, so that they should be weighed against the principle of the will of the testator. In this sense, just like all other branches of law, inheritance law must also be applied from constitutional lenses, since the text of sentence 268 is undue and incoherent, since it allows for discrimination between children from their origin, which does not respect the principles of the isonomy of children and family autonomy.

Keywords: Child not yet conceived, Statement n. 268 of CJP, Neoconstitucionalism, Autonomy of the will, Isonomy of children, Family autonomy.

Resumen: El art. 1799, inc. I del CC/2002 introduce una excepción a la regla de la sucesión, ya que permite al autor del testamento incluir como heredero testamentario a una persona no concebida aún en el momento de la apertura de la sucesión. En un intento de pacificar el entendimiento doctrinario y jurisprudencial brasileño en cuanto a la interpretación de lo que podría entenderse como "niño aún no concebido", se aprobó en la III Jornada de Derecho Civil el Enunciado n. 268 de la CJP, del cual se infiere que el autor del testamento puede distinguir el origen del niño de la persona indicada y que la interpretación de la cláusula específica de dejar para el heredero aún no concebido debe ser interpretada restrictivamente. Ocorre que con el advenimiento del CRFB/1988, se han insertado principios como la igualdad entre los hijos y la autonomía familiar, por lo que deben sopesarse con el principio de autonomía de la voluntad del testador. En este sentido, al igual que en todas las demás ramas del Derecho, la Ley de Sucesiones también debe aplicarse desde los lentes constitucionales, siendo indebido e incoherente el texto del enunciado 268 del CJP, ya que permite la discriminación entre los hijos

desde su origen, lo que no respeta los principios de la isonomía de los hijos y la autonomía familiar.

Palabras clave: Hijo aún no concebido, Enunciado 268 del CJF, Neoconstitucionalismo, Autonomía de la voluntad, Igualdad entre hijos, Autonomía familiar.

Introdução

O presente estudo traz três importantes princípios constitucionais para o direito de família e também para a seara sucessória: o da autonomia da vontade, o da igualdade entre os filhos e o da liberdade e autonomia da comunhão familiar, com o objetivo de abordar tema derivado do enunciado 268 do Conselho da Justiça Federal (CJF). Esse enunciado prescreve a possibilidade do testador distinguir filho ainda não concebido de determinada pessoa de acordo com sua origem, sendo proibida a interpretação extensiva de cláusula testamentária.

Propaga-se, assim, noção ainda existente da legislação civil de 1916, que, anterior à Constituição Cidadã de 1988 e conceitualmente patriarcal, machista e canônica, discriminava os filhos de acordo com a sua origem, estabelecendo diferentes efeitos jurídicos familiares e sucessórios entre eles.

Por meio da análise dos princípios supramencionados, busca-se demonstrar que o texto e a interpretação apresentada pelo enunciado do CJF não são cabíveis no atual contexto jurídico brasileiro, o qual não procura acentuar as diferenças e sim promover a maior igualdade possível.

1. A autonomia do testador: reflexo legal, jurisprudencial e doutrinário

Tem-se como herdeiro testamentário aquela pessoa indicada pelo falecido em testamento. Nada obsta que os herdeiros legais também sejam testamentários, porém, além das pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798 do CC/02 – regra geral), também podem ser chamados a suceder aquelas indicadas no art. 1799 do mesmo *códex*: os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador (desde que vivas essas no momento de abertura da sucessão) e as pessoas jurídicas. Tem-se, então, na sucessão testamentária, uma ampliação do rol de legitimados a suceder.³

Trata o inciso I do art. 1799 de uma exceção, uma vez que, *a priori*, requer-se que “o herdeiro sucessível exista no momento da abertura da sucessão, para que

³ SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1411

alguém assuma a posição jurídico-econômica do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava”⁴.

No que concerne aos filhos ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, durante a vigência do diploma civilista de 1916, discutia-se qual seria “a titularidade do direito enquanto não nascido o herdeiro contemplado, e o prazo de eficácia do testamento”⁵. O Código Civil de 2002 solucionou ambas preocupações ao dispor no artigo 1800 que “no caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”, ou seja, diz o *caput* que competirá a curador, nomeado pelo juiz da vara de sucessões onde tramita do inventário, a administração da herança deixada ao sucessor esperado. Nos parágrafos, traz diretrizes sobre quem pode exercer a curatela (§1º), bem como os poderes, deveres e responsabilidades do curador (§2º).

Cabe ressaltar que se trata de um direito em expectativa, visto que a transmissão dos bens ao herdeiro (além dos frutos e rendimentos) depende do seu nascimento com vida, conforme §3º do art. 1800 do CC/02.

Nessa esteira, prevenido é o legislador ao fixar limite temporal para a concepção desse herdeiro: dois anos contados da abertura da sucessão (§4º). Cabe frisar aqui que a exigência é a concepção do referido filho dentro desse lapso temporal, porém, mesmo concebido dentro do prazo de dois anos da abertura da sucessão, o herdeiro tem que nascer com vida, caso contrário, os bens que lhe foram reservados passarão para outro herdeiro: à outra pessoa indicada pelo autor do testamento em caráter subsidiário, ou aos herdeiros necessários.⁶

É digna de nota, para o presente estudo, a observação de que, tendo o legislador privilegiado prole eventual de certa pessoa, mas se quando da abertura da sucessão essa pessoa indicada já tiver morrido, a disposição testamentária caduca.⁷ Com a morte da pessoa indicada, a eventual concepção, por certo, se frustra.

Nesses termos, assim como já mencionado logo acima, não havendo o testador disposto substituição, a quota destinada ao concepturo passará a integrar a massa da herança que é devida aos herdeiros legítimos. Assim, “quando a prole eventual [leia-se filho ainda não concebido] não for mais possível, a verba testamentária é ineficaz, *ex tunc*”⁸.

⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15ª ed. rev. e atual. (por Mario Roberto Carvalho de Faria). Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 60, nota 28.

⁵ SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1412.

⁶ SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1413

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 105.

⁸ VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993. P. 422

Outro destaque é sobre a utilização da expressão “filho ainda não concebido” no atual *códex*. No anterior diploma civil de 1916, no artigo 1718⁹, o termo utilizado era “prole eventual”. Referida mudança se deve ao fato de que ao se falar em “prole” a interpretação legislativa seria no sentido de abranger filho, neto, bisneto etc. – em outras palavras, aqueles que descendem de um indivíduo ou de um casal. Por outro lado, “filho” é apenas a prole direta indicada a suceder da pessoa especificada pelo autor do testamento.¹⁰ Percebe-se, portanto uma opção legislativa pela restrição normativa.

Apresentada a previsão normativa no diploma civilista, problemas práticos surgem de sua aplicação, como a possibilidade de o filho indicado pelo autor do testamento poder ser concebido por apenas uma das pessoas indicadas (em caso de o *de cuius* ter indicado filho não concebido de certas duas pessoas), ou por inseminação artificial *post mortem*, ou possibilidade de referido sucessor ser gerado em “barriga de aluguel”.

Da mesma forma, foi ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial o questionamento sobre a possibilidade de ser feita pelo autor do testamento uma distinção quanto à origem dos filhos não concebidos indicados a suceder: concebidos e adotivos.

Seria possível o *de cuius* especificar a origem do filho da pessoa indicada? Segundo o enunciado nº 268 do Conselho da Justiça Federal (CJF), sim: “nos termos do inc. I do art. 1799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva”.

Mencionado enunciado, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil, que aconteceu em Brasília, nos dias 1º a 03 de dezembro de 2004, e tratou por restringir ainda mais a interpretação da cláusula testamentária que indicar como herdeiro filho ainda não concebido/prole eventual de pessoa viva quando da abertura da sucessão.

De acordo com tal enunciado, seria possível o testador determinar a origem do filho: concebido ou adotado. Pela leitura da justificativa do enunciado, é possível observar o grande vínculo ainda existente no direito atual com as disposições e diferenciações existentes no diploma de 1916. Concluiu-se que a vontade do testador especificada na cláusula testamentária deve ser respeitada: não havendo menção à origem da filiação, interpretar-se-á abrangentemente, contemplando todo e qualquer filho, conforme o disposto constitucional; entretanto, especificando o *de cuius* que sua deixa irá para filho de determinada origem, sua vontade deve ser respeitada, não sendo cabível interpretação extensiva da cláusula, de forma que se beneficiarão apenas os filhos consanguíneos e não serão contemplados os adotivos.¹¹

⁹ Art. 1718 do Código Civil de 1916: “São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.”

¹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 404, nota de rodapé n. 2.

¹¹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 408.

Essa posição do enunciado é uma posição intermediária da doutrina sustentada por Silvio Venosa, o qual entende que, se o testador não fizer referência à origem do filho ainda não concebido da pessoa indicada, a interpretação a ser feita é a de que não será possível a distinção quanto à filiação, recebendo o quinhão testamentário o sucessor independentemente se natural ou civil. Nessa linha de raciocínio, compreende que caberia ao *de cujus* ter especificado no testamento a exclusão de maneira expressa se sua intenção era não incluí-los.¹²

Na oportunidade, cabe mencionar as demais posições. Apoiando-se na construção doutrinária à luz do art. 1718 do CC/16, Maria Helena Diniz, que defende que o conceito de “prole eventual” (atualmente, conforme CC/02, “filhos ainda não concebidos”) não abrange filhos adotivos dos indicados pelo testador. O fundamento utilizado é o de que se deve evitar que pessoas adotem para obter o benefício testamentário: “o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender às finalidades econômicas”¹³.

Por outro lado, há os que defendam que o filho adotivo só poderia ser contemplado se o testador o indicasse como herdeiro, de forma que, não havendo menção expressa no testamento, a origem de adoção desse filho o impediria de lograr a deixa testamentária. Essa é a corrente de menor adesão, em virtude dos novos parâmetros constitucionais de igualdade entre os filhos, bem como o caráter irrevogável conferido à adoção pelo ECriAd.

Como mencionado, Silvio Salvo Venosa, em posição intermediária, sustenta ser possível a exclusão dos filhos adotivos se houver disposição do autor da herança nesse sentido: se o autor da herança não fizer referência, deixando de distinguir a filiação, o filho da pessoa designada herda independentemente de sua origem. Contudo, como a autonomia da vontade do testador sobre seu patrimônio impera ainda após sua morte, conclui possível que o filho adotivo não seja contemplado na cláusula, se a não inclusão for vontade expressa do testador.¹⁴

Essa foi a posição adotada no Enunciado 268 do CJF, que dispõe ser vedada interpretação extensiva à cláusula testamentária específica que beneficia filho de determinada origem. Justificam a partir do princípio da autonomia da vontade do testador, pois o testamento é um negócio jurídico em que se manifesta a última vontade do falecido.

Como visto, o escopo do enunciado foi proteger a autonomia da vontade do autor do testamento, vedando qualquer interpretação extensiva. Buscou-se

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol 7. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 156-157.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 172

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.156-157.

interpretar o inciso I do artigo 1799 do CC/02 “em consonância com o princípio que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1899 c/c art. 112)”¹⁵.

Privilegia-se, assim, o princípio da autonomia da vontade do autor da herança. Por esse princípio, “o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”¹⁶. Essa mesma esfera de liberdade é conferida ao autor do testamento, o qual tem liberdade de dispor de metade do seu patrimônio (eis que a legítima deve ser respeitada, conforme o artigo 1789 do CC/02) para quem desejar.

O vocábulo “autonomia” tem origem grega e significa independência, possibilidade de se reger por leis próprias, em que se vigora o regime de liberdade, fundada na faculdade de determinar seus próprios ditames de conduta, sem imposições alheias. Noutra giro, etimologicamente, “autonomia” idealiza o poder de modelar por si as regras da própria conduta, sob um prisma do interno para o externo.¹⁷

Destaca-se que autonomia da vontade é distinta de autonomia privada. Autonomia da vontade se liga à subjetividade do indivíduo, a intenção afetiva e psicológica. Por outro lado, a autonomia privada diz respeito ao caráter objetivo que resulta na criação, modificação ou extinção de determinado(s) efeito(s) jurídico(s).¹⁸ A autonomia da vontade se liga, dessa forma, à liberdade de autodeterminação, ao passo que a autonomia privada à autorregulação.¹⁹

Diz-se que a autonomia da vontade é um poder conferido a pessoa de estabelecer determinado negócio jurídico com outrem, de modo a criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica privada.²⁰

Apesar da distinção, a autonomia da vontade e a autonomia privada devem ser consideradas conjuntamente no que toca o direito sucessório, uma vez que o testamento (negócio jurídico) se constitui a partir da manifestação dos dois princípios conjuntamente, eis que subjacentes a todo o direito privado.²¹

A autonomia do indivíduo ganhou grande relevância com a promulgação da Constituição Cidadã, que representou ruptura com o antigo modo de governo (ditadura) que restringia a liberdade individual para que a pública prevalecesse, sob

¹⁵ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. p. 404

¹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁷ CABRAL, Érico de Pina. *A “autonomia” no direito privado*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jul/set 2004. P. 84

¹⁸ CARMINATE, Raphael Furtado. *O direito à legítima e a autonomia privada do testador*. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. Vol 2 (mar/abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 43

¹⁹ CABRAL, Érico de Pina. *A “autonomia” no direito privado*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jul/set 2004. P. 84

²⁰ RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: *Revista de Direito Brasileira RDB* ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. p. 172.

²¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. P. 102

a justificativa de manter a ordem para haver progresso. Fala-se em uma inauguração de um novo momento não só na história política brasileira (transição de um Estado caracterizado pelo autoritarismo do Regime Militar, para um Estado Democrático de Direito), mas também para o ordenamento jurídico, colocando o indivíduo como sujeito também de direitos além dos deveres, com reflexão direta no direito privado²².

Assim, não é de se espantar que a autonomia da vontade do autor da herança ganha especial importância no direito sucessório. O *de cuius*, quando em vida, formou patrimônio e tem a liberdade de dispor dele da forma que melhor achar devida, desde que respeitados os limites impostos pela legislação. Dessa forma, nos termos do enunciado aprovado (268, CJF) é compreensível o privilegiar da sua vontade quando opta por deixar em testamento herança para filho ainda não concebido, especificando a sua origem, uma vez que foi uma faculdade do testador incluir como sucessor o concepturo, o que, como faculdade, não tinha a obrigação de fazer. Vê-se aqui mais uma vez que o testamento é feito para satisfazer ao autor da herança.

2. Entre a autonomia do testador, a igualdade e a liberdade familiar

Os princípios são caracterizados por possuírem maior abstratividade (se comparados com as regras e as normas), característica essa essencial para o fim a que se prestam, qual seja, manejo das normas e regras do sistema, conseguindo expandir seu comando de acordo com as situações postas.²³

Para Alexy, os princípios são normas que prescrevem “mandamento de otimização”, pois “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, cuja satisfação pode variar em graus diferentes, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.²⁴

Dessa forma, diz-se que os princípios possuem sistematicidade, na medida em que estão justapostos entre si, sendo corretamente interpretados apenas se considerados em um grande sistema; e limitabilidade, posto que não podem ser considerados absolutos, podendo ser relativizados, restringidos, limitados e afastados por outro princípio em face de uma situação específica.²⁵

²² RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Brasileira RDB ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. p. 175.

²³ TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 37

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Ediora Malheiros, 2015. p. 90.

²⁵ TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 38

É nesse contexto que se fala em ponderação como método de decisão jurídica²⁶.

Embora persista no Direito a fórmula de subsunção para aplicação do ordenamento ao caso analisado, a mais recente dogmática jurídica se deu conta de que a subsunção não é a única técnica, sendo insuficiente para lidar com as mais variadas situações concretas,²⁷ de forma que se recorre cada vez mais aos princípios em virtude de sua expansibilidade e integratividade sistêmica. Porém, exatamente em virtude de sua amplitude, os princípios podem se colidir, sendo necessária a ponderação para a melhor aplicação do Direito.

A operacionalização da ponderação é feita a partir da análise da adequação (se é adequado o exercício de um direito para preservar outro direito ou um bem protegido constitucionalmente), da necessidade (se o sacrifício imposto será necessário, se existe outro meio menos lesivo) e da proporcionalidade em sentido estrito (fazer uma menor afetação possível do exercício do direito, com uma maior satisfação do outro).²⁸

Para subsidiar a análise da proporcionalidade em sentido estrito, apresenta-se como contra-argumento ao princípio da autonomia da vontade outros valores constitucionais, como o da igualdade entre os filhos e o da independência familiar, para avaliar a disposição do enunciado 268 do CJF. Outra importante imersão é na análise dos efeitos da adoção, bem como das novas composições familiares na conjuntura jurídica brasileira.

Primeiramente, é *mister* entender o vocábulo “filho”.

Para o Direito, filiação é um fato jurídico resultante do nascimento. E, “sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos”²⁹.

Nos termos da legislação civil de 1916, nomeava-se a filiação de acordo com a sua origem (legítima, ilegítima e adotiva), com efeitos sucessórios. Os filhos legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento válido entre os pais do filho ao tempo da concepção. Já os ilegítimos, aqueles oriundos de uma relação extramatrimonial. Por fim, os adotados, seriam aqueles que concebidos por pessoas

²⁶ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La ponderacion de bienes e intereses em el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000. *Apud* LORA, Pablo de. *Tras el rastro de la ponderación*. Disponível em: <file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-TrasElRastroDeLaPonderacion-1996862.pdf>. (Acesso em 17 jun 2018).

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 115

²⁸ MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista de Direito GV, Vol 2, nº 2, jul/dez 2006. P. 20. Tradução livre. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf>. (Acesso em 17 jun 2018).

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 265

diversas da relação conjugal, porém, que ingressaram no seio familiar por meio da adoção, momento a partir do qual o status de filho lhes era concedido.

Nas últimas décadas, os tribunais brasileiros embarcaram na tendência mundial de reconhecer direitos familiares e sucessórios aos filhos “ilegítimos”.³⁰ Buscou-se, por meio da aplicação do princípio da isonomia eliminar as diferenças existentes entre os filhos concebidos na constância da sociedade conjugal e os extraconjugais, principalmente no que toca o reconhecimento da paternidade por homem casado.³¹

A diferenciação caiu por terra com o advento da Constituição da República de 1988, uma vez que em seu artigo 227, §6º, veda qualquer qualificação à filiação. No entanto, as terminologias de legítimo, ilegítimo e adotivo continuam a ser utilizadas até os dias atuais com caráter didático. Trata-se de uma infelicidade, uma vez que expressa o forte ranço de outrora e acaba por dar abertura a interpretações discriminatórias como a de que trata este artigo.

Dispõe o art. 227 da CF/88 em seu §6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. No mesmo sentido, o texto do art. 1596 do Código Civil de 2002.

Desses dispositivos extrai-se o princípio da isonomia ou da igualdade entre os filhos, que “constitui o último patamar da longa e tormentosa evolução legislativa [...], pondo fim ao tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos”³². Nota-se que referido princípio possui dois desdobramentos: do aspecto positivo, objetiva garantir a igualdade de qualificações entre os filhos, conferindo-lhes iguais direitos; ao passo que sob o aspecto negativo, introduz uma proibição, eis que proíbe qualquer designação discriminatória.³³

Trata-se da isonomia constitucional, que “abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro)”³⁴.

É nessa toada que cabe falar em adoção. Enquanto a filiação natural é caracterizada pelo vínculo de sangue, genético ou biológico, a adoção é uma filiação que se repousa na permissibilidade jurídica de considerar o afeto vínculo suficiente para formar a *status familiae*.

O processo de adoção é longo e complexo. Atualmente, é regulamentado pela Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), a partir do artigo 41. Toda criança ou adolescente poderá ser adotada por pessoa maior de dezoito

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 266.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro: direito pós-moderno?*. Revista da Faculdade de Direito da UFRS, Vol 16, 1999. P. 29

³² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P.392

³³ GAMA, Daniel Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P. 91.

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. (Acesso em 10 jun 2018).

anos, desde que: (i) o adotado não possua mais de dezoito anos à data do requerimento, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante; (ii) existam dezesseis anos de diferença entre o adotante e o adotado; e (iii) existam reais vantagens ao adotando.

Realizada judicialmente, após adoção constituída por sentença, a nova relação de parentesco deve ser inscrita no Registro Civil (art. 1603 do CC/02) e dota de irrevogabilidade. É atribuída condição de filho ao adotando, o qual gozará dos mesmos direitos e deveres do filhos consanguíneos, inclusive sucessórios já que a morte do(s) adotante(s) não anula a adoção.³⁵

Apesar do exposto supra, de que o princípio de isonomia entre os filhos seria o último patamar legislativo a por fim no tratamento diferenciado, infere-se que o verdadeiro último patamar não é criar impedimentos à discriminação e, sim, ratificar a ideia de que essa discriminação não é possível no contexto atual, impondo limites às forças que tentam driblar esse princípio isonômico.

É o que se observa no texto do enunciado 268 do CJF aqui já abordado: vale-se da autonomia da vontade do testador para afastar um preceito isonômico, atribuindo a este preceito subsidiariedade em relação àquela vontade, apesar de o inverso ser o correto: incidir a autonomia da vontade nos limites do que é permitido pelo ordenamento.

Também há o princípio constitucional que preconiza a independência familiar, o princípio de constituir livremente uma comunhão de vida familiar. Tal princípio é observado a partir da leitura do artigo 226, §7º, da CF/1988, bem como do artigo 1513 do CC/02.

Seja pelo casamento, seja pela união estável, à comunhão familiar não podem ser opostos obstáculos ou restrições que repercutam na tomada de decisões da família em relação ao planejamento familiar (art. 1565 do CC/02). Não pode o Estado, pessoa jurídica de direito público ou privado, ou mesmo terceiro à relação familiar realizar qualquer imposição ou restrição ao exercício da liberdade de comunhão da família.

A opção por conceber (em suas diversas formas), adotar um filho, ou mesmo por não ter filho algum, é uma decisão tomada no seio familiar de acordo com os anseios próprios existentes ali. Assim, é certo e de fácil compreensão que não pode o testador impor para uma família que se conceba um filho para que este suceda.

Destaca-se aqui que não se esquece que a disposição testamentária possui natureza eventual, podendo ou não a pessoa indicada ter o filho. Contudo, esse mesmo raciocínio não se aplica à especificação da origem dessa filiação pelo testador, muito embora se possa atribuir o caráter eventual à cláusula. Isso porque, apesar de a disposição testamentária não obrigar a constituir laço de parentalidade, pode influenciar decisivamente ou impeditivamente na decisão familiar.

Decisivamente porque, a título de exemplo, é possível uma pessoa optar por não gerar filho algum e sim adotar – a exclusão do filho adotivo no testamento pode

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 833-836.

influenciar decisivamente a pessoa indicada. Impeditivamente na medida em que a pessoa indicada é estéril, ou mesmo possuir uma relação homoafetiva, hipóteses que dificultam ou até impedem a concepção natural.

Como se vê, o presente tema não se restringe à transmissão da herança, atingindo intimamente a composição e liberdade familiar. Frisa-se que não se diz aqui que a cláusula testamentária impõe certa conduta à pessoa indicada, mas sim que pode ser forte interferência externa naquela relação.

3. Força normativa dos Princípios Constitucionais: O Neoconstitucionalismo no Direito Infraconstitucional

De tradição *civil law*, o direito brasileiro foi fortemente marcado pelo positivismo jurídico e pela codificação normativa. Fruto do rompimento do Estado Absolutista a partir da Revolução Francesa, o positivismo jurídico foi substrato do Estado de Direito, embasado no constitucionalismo hierárquico em que a Constituição ocupa o cume normativo, tendo a função única de organizar as estruturas e os poderes do Estado.

Nesse sistema, não há supremacia constitucional³⁶, uma vez que a força legislativa era analisada sob o prisma de validade formal segundo o procedimento prescrito na Carta Constitucional: interpretação jurídica objetiva, compreendendo apenas juízos de validade e não juízos de valor.³⁷

No positivismo, há o que se chama de processo binário³⁸: a norma é válida ou inválida e aplicável ou não ao caso concreto (subsunção). Há a proeminência da lei, característica do pensamento clássico, visto que as normas deveriam ser positivas a fim de regular os atos estatais, de modo que houvesse o mínimo de intervenção do Estado nas liberdades individuais. “A ideia de constitucionalismo [moderno e positivista] ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos”³⁹.

Com o pós-Segunda Guerra Mundial e o surgimento do chamado Estado Constitucional Social, a hermenêutica jurídica dá um passo além, buscando não apenas regular o arbítrio do Poder Público, mas também a efetivação dos direitos fundamentais. Nessa toada, surge o constitucionalismo contemporâneo – o neoconstitucionalismo, que consagra ideias pós-positivistas, cujo resultado foi o desenvolvimento de um constitucionalismo principialista.⁴⁰

Na oportunidade, faz-se importante destacar que a diferença entre os constitucionalismos moderno (positivismo) e contemporâneo (pós-positivista, neoconstitucionalista) não está na previsão ou na ausência de disposições

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. P.95-96.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. P.135.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 41.

³⁹ BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 71.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 76.

princípios ou de direitos fundamentais. A diferença está na operacionalização dessas normas, pois como no positivismo havia o padrão da legalidade (binário validade e subsunção), tais direitos eram apenas previsões que necessitavam de lei para instrumentalizá-las;⁴¹ ao passo que o escopo do neoconstitucionalismo é efetivar os direitos fundamentais de cada indivíduo – necessidade que se observou após barbáries ocorridas na Segunda Grande Guerra, isto é, dar à Constituição real status de instrumento que prescreve e concretiza direitos, independentemente da existência de lei. Busca-se a garantia, a promoção e a preservação/manutenção de tais direitos, de modo que a limitação do poder estatal é consequência. Tem-se o Estado Democrático de Direito.

Destaca-se também que “o pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além delas”⁴². O neoconstitucionalismo se caracteriza pela decodificação do Direito, pela supremacia do texto constitucional, pela força normativa dos princípios constitucionais e pela garantia, promoção e preservação dos direitos fundamentais e humanos, bem como pela ampliação da jurisdição constitucional.

É com essa tônica que por vezes se fala em pensar o direito calçado dos óculos constitucionais ou ver o ordenamento jurídico como sistema cujo Sol é a Constituição. “Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições [...] dotadas de imperatividade”⁴³.

A força normativa do texto constitucional (regras e princípios) é o que confere efetividade e eficácia social.⁴⁴ Dessa forma, qualquer interpretação jurídica realizada deve se atentar para a chamada *vontade de constituição* (*wille zur verfassung*), elemento subjetivo pelo qual a força normativa constitucional se concretiza formal e materialmente, exortando-se o dever de obediência à supremacia constitucional porque todos possuem o dever de seguir as disposições constitucionais, sendo que os destinatários primordiais dessa exortação são os agentes públicos integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.⁴⁵

Importante, portanto, é a jurisdição constitucional. “Hoje, é possível falar em momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. P. 263.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. In: constitucionalismo em perspectiva. Viçosa, MG: editora UFV, 2014. P.39

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em <<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>> Acesso em 20/05/2019.P.21

⁴⁴ BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 132.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 133 e 136.

do Parlamento”⁴⁶ em virtude dos mecanismos constitucionais de controle de constitucionalidade e do papel desempenhado pelo juiz.

Ao juiz não cabe mais apenas a função de revelar a solução contida no enunciado normativo. Todos os operadores tornam-se co-participantes do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador ao valorar o sentido das cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.⁴⁷

Na prática judiciária brasileira, diante das lides formadas, tem sido cada vez mais comum as chamadas Jornadas de Direito, como as promovidas pela ENFAM (Escola Nacional de formação e aperfeiçoamento dos magistrados), pelo CJF (Conselho da Justiça Federal), pelo FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) e pelo FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civiis) etc.: encontros realizados por profissionais da área jurídica em que se discute a interpretação e a aplicação de disposições normativas a partir de demandas que surgem das relações sociais.

Dessas discussões, são apresentados enunciados que traduzem entendimento daqueles que se reuniram. Os enunciados aprovados firmam entendimento de natureza doutrinária, que podem ser arguidos pelas partes e aplicados pelos magistrados. Nesse sentido, é claro o art. 34 da Portaria 169 de 2016 do CJF: “Os enunciados aprovados na Jornada são meramente doutrinários e têm força persuasiva de caráter técnico jurídico”.

Contudo, mesmo de natureza meramente doutrinária, trata-se de um entendimento acerca de alguma matéria e, assim como toda interpretação, é possível que haja incompatibilidade com as prescrições constitucionais, sendo esse o caso do enunciado nº 268 do CJF. Isso porque referido enunciado, ao pretexto de resguardar a autonomia da vontade do testador, relega ao esquecimento princípios e direitos constitucionais neste trabalho abordados como o da liberdade e autonomia familiar e da igualdade entre filhos.

Como já explicado, as normas constitucionais são dotadas de supremacia, de modo que as normas do ordenamento jurídico devem receber leitura constitucionalizada, independentemente de serem de Direito Privado ou de Direito Público.⁴⁸

No texto do enunciado 268 do CJF, vale-se da autonomia da vontade do testador para afastar um preceito isonômico, atribuindo a este preceito subsidiariedade em relação àquela vontade. Contudo, o inverso é o correto: a autonomia da vontade pode incidir nos limites do que é permitido pelo ordenamento, cujo ápice é a Constituição Federal.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 53.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em <<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>> Acesso em 20/05/2019. P.26.

⁴⁸ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14 ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 118.

Considerações Finais

A discussão acerca da origem do filho ainda não concebido de determinada pessoa indicada no testamento possui contornos teóricos e práticos que não podem ser desconsiderados.

A partir de uma análise doutrinária, verificou-se que a doutrina se divide, havendo quem defenda que a autonomia da vontade do testador deve ser respeitada independentemente de suas especificações, pois cumpri-las garante uma benesse ao terceiro e não uma configura imposição, bem como porque cabe ao testador estipular como e para quem seu patrimônio será deixado. Por outro lado, em vista da nova ordem constitucional, há a contraposição dos princípios da igualdade entre os filhos e da liberdade familiar.

Apoiando-se na construção doutrinária à luz do art. 1718 do CC/16, Maria Helena Diniz, que defende que o conceito de “prole eventual” (atualmente, conforme CC/02, “filhos ainda não concebidos”) não abrange filhos adotivos das pessoas indicadas pelo testador, tendo em vista que “a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender às finalidades econômicas”⁴⁹.

Por outro lado, há os que defendam que o filho adotivo só poderia ser contemplado se o testador o indicasse como herdeiro, de forma que, não havendo menção expressa no testamento, a origem de adoção desse filho o impediria de lograr a deixa testamentária. Essa é a corrente de menor adesão, em virtude dos novos parâmetros constitucionais de igualdade entre os filhos, bem como o caráter irrevogável conferido à adoção pelo ECriAd.

Adotando uma posição intermediária, Silvio Salvo Venosa sustenta ser possível a exclusão dos filhos adotivos se houver disposição do autor da herança nesse sentido: se o autor da herança não fizer referência, deixando de distinguir a filiação, o filho da pessoa designada herda independentemente de sua origem. Contudo, como a autonomia da vontade do testador sobre seu patrimônio impera ainda após sua morte, conclui possível que o filho adotivo não seja contemplado na cláusula, se a não inclusão for vontade expressa do testador.⁵⁰

Essa foi a posição adotada no Enunciado 268 do CJF, que dispõe ser vedada interpretação extensiva à cláusula testamentária específica que beneficia filho de determinada origem. Justificam a partir do princípio da autonomia da vontade do testador, pois o testamento é um negócio jurídico em que se manifesta a última vontade do falecido.

Apesar de todo o esforço teórico na defesa da supremacia da vontade do testador, não se pode relegar ao esquecimento importantes princípios

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 172

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.156-157.

constitucionais que influem de maneira exponencial no direito civil, mais especificamente no direito de família e no sucessório: isonomia dos filhos e autonomia familiar.

Fala-se em autonomia da vontade do testador naquilo que lhe compete dispor e interferir. Não é facultado ao autor da herança fazer distinção entre filhos de outrem em virtude da origem, tampouco interferir na comunhão familiar com a cláusula testamentária. Se a vontade do *de cuius* era beneficiar filiação de pessoa a qual tinha apreço, assim o faz sem distinguir de onde os filhos desta virão, uma vez que para essa pessoa e para o ordenamento jurídico, independentemente da origem, aquele será seu filho.

Dessa forma, conforme o exposto, devem a legislação infraconstitucional e os atos emanados dos Poderes calçar os óculos constitucionais e ter a Carta Magna como ponto de partida, seja no permitir/autorizar, seja no limitar/impedir, os atos de vontade.

Acreditamos que a melhor posição é pela interpretação da disposição testamentária no sentido de englobar filho em seu sentido lato, afastando quaisquer discriminações impostas.

Por fim, um melhor enunciado a ser aprovado seria o proposto por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, também na III Jornada de Direito Civil, abrangendo “os filhos resultantes da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho, não se restringindo aos filhos relativos ao parentesco natural”, de modo que a expressão contida do inciso I, art. 1799, seja interpretada à luz da Constituição de 1988, que estabelece a paridade de tratamento e qualificação entre os irmãos, “devendo-se ler o texto da seguinte maneira: *filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida* às pessoas determinadas pelo testador e existentes à época da abertura da sucessão”.⁵¹

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 101-135
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 402

<<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>. (Acesso em 20/05/2019).

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. In: *Constitucionalismo em perspectiva*. Viçosa, MG: editora UFV, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. (Acesso em 17 jun. 2018).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. (Acesso em 17 jun. 2018).

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Brasília, DF, jun. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. (Acesso em 17 jun. 2018).

BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARMINATE, Raphael Furtado. *O direito à legítima e a autonomia privada do testador*. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. Vol 2 (mar/abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 33-63

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14 ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 402-403.

GAMA, Daniel Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada a luz da Lei 11.698: família, criança, adolescente e idoso*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P. 91. [biblioteca central da ufes!]

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15ª ed. rev. e atual. (por Mario Roberto Carvalho de Faria). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, José Heleno de. *Prole eventual – Uma herança certa para uma pessoa incerta: aspectos controvertidos no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.dimitresoes.com.br/2012/03/artigo-prole-eventual-uma-heranca-certa.html>>. (Acesso em 15 jun. 2018).
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LORA, Pablo de. *Tras el rastro de la ponderación*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-TrasElRastroDeLaPonderacion-1996862.pdf>>. (Acesso em 17 jun 2018).
- MARQUES, Cláudia Lima. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro: direito pós-moderno?*. Revista da Faculdade de Direito da UFRS, Vol. 16, 1999. P. 21-40
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista de Direito GV, Vol 2, nº 2, jul/dez 2006. P. 13-30. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf>. (Acesso em 17 jun 2018).
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
- RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Brasileira RDB ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. P. 161-177
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 404-408
- SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/pri-ncfam.pdf>>. (Acesso em 10 jun 2018).
- TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 21-51
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol 7. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS por cessação de benefícios previdenciários concedidos judicialmente (*)

Civil liability of the *Instituto Nacional do Seguro Social-INSS* for termination of pension benefits granted judicially

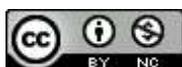
Responsabilidad civil del *Instituto Nacional do Seguro Social-INSS* por la terminación de las prestaciones de pensión otorgadas judicialmente

Lory Brioschi Uhlig¹

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade civil: definição e elementos. 2. Perícia administrativa que cessa benefício concedido por decisão judicial, Lei 13.457/17 e Lei 13.846/19, Lei do “pente fino”. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo analisará se é possível a responsabilização civil do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS pela cessação de benefícios previdenciários concedidos judicialmente. Será analisada a lei 13.846/19, antiga Medida Provisória 871, e Medidas Provisórias anteriores que, além de mudarem diversas regras de concessão de benefícios previdenciários, também criaram mecanismos para combater fraudes e concessões indevidas de benefícios, o que ficou conhecido como “pente fino”. A partir do “pente fino”, dezenas de segurados foram convocados para nova perícia na autarquia sendo que, muito deles, acabaram tendo os benefícios cessados. Considerando isso, será verificado se a cessação dos benefícios, concedidos por medida judicial, podem acarretar ofensa à coisa julgada e posterior responsabilidade civil do INSS por causar prejuízos aos segurados.

(*) Recibido: 20/04/2020 | Aceptado: 20/08/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Advogada formada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória-FDV, pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários-IEPREV, com atuação nas áreas de Direito Previdenciário e Trabalhista.
lory.uhlig.adv@gmail.com

Palavras-chave: INSS, Previdência Social, Responsabilidade Civil.

Abstract: This article will analyze whether the National Institute of Social Security-INSS can be held civilly liable for the termination of social security benefits granted judicially. Law 13.846/19, former Provisional Measure 871, and previous Provisional Measures, which, besides changing several rules for granting social security benefits, also created mechanisms to combat fraud and undue granting of benefits, will be analyzed. From the "fine-toothed comb", dozens of insured members were summoned for new expertise in the municipality, and many of them ended up having their benefits terminated. Considering this, it will be verified if the cessation of benefits, granted by judicial measure, may cause offense to the thing judged and subsequent civil liability of the INSS for causing damage to the insured.

Keywords: INSS. Social Security. Civil responsibility.

Resumen: Este artículo analizará si el *Instituto Nacional do Seguro Social-INSS* puede ser considerado civilmente responsable por la terminación de los beneficios de seguridad social otorgados judicialmente. Se analizará la Ley 13.846/19, la antigua Medida Provisoria 871 y las anteriores Medidas Provisorias que, además de modificar varias normas para la concesión de prestaciones de la seguridad social, también crearon mecanismos para combatir el fraude y la concesión indebida de prestaciones, lo que se conoció como "*pente fino*". De "*pente fino*", se convocó a decenas de asegurados para nuevos peritajes en el municipio y muchos de ellos terminaron por ver cesados sus beneficios. Considerando esto, se verificará si la cesación de los beneficios, otorgados por medida judicial, puede causar ofensa a la cosa juzgada y la consiguiente responsabilidad civil del INSS por causar daños al asegurado.

Palabras clave: INSS, Seguridad Social, Responsabilidad civil.

Introdução

Recentemente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS começou a convocar segurados que recebem benefícios previdenciários precários (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) para passarem por nova avaliação na autarquia federal, com objetivo de identificar possíveis fraudes na concessão dos benefícios, alguns concedidos judicialmente, ou em casos de pessoas que não necessitam mais desse benefício. Essa convocação foi chamada de "pente fino".

No caso de benefícios concedidos judicialmente, a lei autoriza que o INSS convoque o segurado para nova perícia. O problema surge quando há coisa julgada na ação judicial que concede o benefício que é, por vezes, cessado indevidamente. Nesses casos, temos que recordar da proteção à coisa julgada e à segurança jurídica. A autarquia pode cancelar o benefício, afinal, benefícios como auxílio-doença e aposentadoria por invalidez são precários, e é comum que uma pessoa incapacitada

para o trabalho possa melhorar com o tempo, ou, que com a evolução da medicina surja uma cura ou tratamento eficaz contra uma doença que hoje pode ser motivo de incapacidade.

Todavia, o que vem acontecendo é o cancelamento de benefícios judiciais sem a devida análise dos fundamentos da decisão que concedeu. Nesse ponto, há de se apreciar se esse cancelamento feito pela autarquia poderia ser considerado uma ofensa à coisa julgada e segurança jurídica, lembrando que a lei previdenciária prevê que deve ser aplicada a lei da época em que o benefício foi concedido e não a lei atual, caso tenha ocorrido alguma mudança.

Considerando isso, deve ser verificado se é possível alguma responsabilidade civil do INSS em virtude da cessação de benefício previdenciário concedido judicialmente. A responsabilidade civil está prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Assim, também deve ser observado se a conduta do INSS ao cancelar o benefício pode ou não gerar o dever de indenizar ante ao prejuízo causado ao segurado.

1. Responsabilidade civil: definição e elementos

A responsabilidade civil está prevista nos artigos 186 e 927, que afirmam que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nas palavras de Rui Stoco

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2007, p.114).

Assim, todo aquele que causa prejuízo a outro tem o dever legal de ressarcir. Nesse contexto, devemos analisar quais são os pressupostos da responsabilidade civil. Conforme o artigo 186 citado anteriormente, os elementos que ensejam a responsabilidade civil são a conduta do agente, nexos causal, dano e culpa.

A conduta, que pode ser por ação ou omissão, é uma conduta humana.

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2005, p. 43).

O nexo de causalidade é o vínculo que une a conduta humana e o dano sofrido. É a causa e o efeito. Para Cavalieri (2015), “o conceito de nexo causal não é jurídico;

decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Para que responsabilidade civil é necessário que haja o dano.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. (STOCO, 2007, p. 128).

Ou seja, sem a comprovação do dano não há responsabilidade.

O dano pode ser material ou moral. Tartucce afirma que,

[...]não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012.

Já o dano material pode ser por danos emergentes ou lucros cessantes. Dano emergente é aquilo que a pessoa efetivamente deixou de ganhar, é no sentido de perda financeira. Lucros cessantes podem ser entendidos como “a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado” (GONÇALVES, 2014, p. 362.). Conforme Cavalieri,

o lucro cessante [...] pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação de rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.72)

Por último, a culpa pode ser *lato sensu* ou *stricto sensu*. Na primeira hipótese, há o dolo, a intenção de causar prejuízo a alguém. Na segunda, o dano ocorre por imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade Civil pode ser Objetiva ou Subjetiva. Na subjetiva, há a necessidade de comprovar a culpa do agente, a intenção. Sem essa comprovação não há como o agente responder por algum dano causado a outrem. Na objetiva, não é preciso comprovar a culpa. A caracterização da responsabilidade independe de o agente ter agido com dolo ou culpa. Haverá responsabilização pelos danos sofridos.

No caso da responsabilidade civil do Estado, há previsão Constitucional da responsabilidade objetiva no artigo 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para Meirelles (2001), o artigo 37, § 6º, fez uma clara distinção, "O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima e a; o agente indeniza o Estado, regressivamente".

Assim, sendo a responsabilidade do estado objetiva, este responderá independente de culpa, sendo autorizado propor ação regressiva contra quem tenha causado o prejuízo à terceiro.

2. Perícia administrativa que cessa benefício concedido por decisão judicial, Lei 13.457/17 e Lei 13.846/19, Lei do “pente fino”

Em 07 de julho de 2016 entrou em vigor a Medida Provisória (MP) 739, conhecida como “pente fino”. Essa MP trouxe diversas mudanças para o segurado do INSS, sendo uma delas o caso de refiliação após perda da qualidade de segurado. O segurado, quando perdia a qualidade, deveria preencher, para fins de carência, 1/3 dos prazos previstos para o benefício requerido. A MP alterou esse prazo para cumprimento integral dos prazos de carência para requerimento de benefício de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez e de salário-maternidade.

Também houve a regra da “alta programada”. A partir de então, o ato de concessão ou reativação do benefício, judicial ou administrativo, deve ter um prazo de duração fixado e, caso não haja, será de 120 dias, devendo o próprio segurado requerer a prorrogação do benefício. Além disso, foi instituído o “Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade - BESP-PMBI”, que deverá ser realizada em relação a benefícios por incapacidade mantidos sem perícia pelo INSS há mais de dois anos. (Art. 3º, I, MP 739)

Essa MP não foi convertida em lei e teve prazo de vigência de 07 de julho de 2016 a 04 de novembro de 2016. Após esse prazo, as regras anteriores voltaram a valer.

Pouco tempo depois, foi editada a MP 767/17, convertida em lei 13.457/17. Em relação ao cumprimento de carência em caso de refiliação após perda da qualidade de segurado, a MP seguiu o mesmo entendimento da anterior, cumprimento integral dos prazos para requerimento do benefício de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez e de salário-maternidade (vigente de 06 de janeiro de 2017 a 26 de junho de 2017). No entanto, quando convertida em lei, a MP 767/17 alterou esse prazo para a metade das contribuições exigidas.

Em 2019, mais uma Medida Provisória foi editada, a MP 871/19, trazendo mais uma série de mudanças na concessão de benefícios previdenciários. Houve a criação do “Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade”, visando combater fraudes na concessão de benefícios previdenciários; e o “Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade”, com o objetivo de revisar:

- a) os benefícios por incapacidade mantidos sem perícia pelo INSS, por **período superior a seis meses**, e que não possuam data de cessação estipulada ou indicação de reabilitação profissional; e
- b) outros benefícios de natureza previdenciária, assistencial, trabalhista ou tributária.

Para executar esse programa foi criado o “Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios” e o “Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade”

Ambos os programas terão duração até 31 de dezembro de 2020, podendo ser prorrogados até 31 de dezembro de 2022.

Além desses programas, a MP 871/19 mudou regras de união estável, para fins de concessão de pensão por morte, comprovação de tempo rural, dentre outros. Essa MP foi convertida na lei 13.846/19.

Com a lei 13.846/19, serão considerados benefícios com indícios de irregularidade:

Art. 8º São considerados processos com indícios de irregularidade integrantes do Programa Especial aqueles com potencial risco de gastos indevidos e que se enquadrem nas seguintes hipóteses, sem prejuízo das disposições previstas no ato de que trata o art. 9º desta Lei:

I - potencial acúmulo indevido de benefícios indicado pelo Tribunal de Contas da União ou pela Controladoria-Geral da União;

II - potencial pagamento indevido de benefícios previdenciários indicado pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União;

III - processos identificados na Força-Tarefa Previdenciária, composta pelo Ministério Público Federal, pela Polícia Federal e pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia;

IV - suspeita de óbito do beneficiário;

V - benefício de prestação continuada, previsto na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com indícios de irregularidade identificados em auditorias do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União e em outras avaliações realizadas pela administração pública federal, permitidas, se necessário, a colaboração e a parceria da administração pública estadual e da administração pública municipal, por meio de procedimentos a serem definidos em cooperação com os Ministérios competentes;

VI - processos identificados como irregulares pelo INSS, devidamente motivados;

VII - benefícios pagos em valores superiores ao teto previdenciário adotado pelo Regime Geral de Previdência Social.

Com esses programas, diversos segurados do INSS, que recebiam benefícios há mais de 06 meses, judiciais ou administrativos, foram convocados para nova perícia. Tendo em vista essas mudanças legislativas ocorridas, será analisado se é possível alguma responsabilidade civil do INSS pela cessação de benefício concedido judicialmente.

2.1. Responsabilidade civil do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS

Desde o início do “pente fino”, o INSS já convocou dezenas de segurados e cancelou centenas de benefícios. Em 2017, na primeira etapa, foram realizadas 210,649 perícias, sendo que 168.396 benefícios de auxílio-doença foram cancelados até o mês de agosto. No ano de 2017, ao todo, mais de 500 mil perícias foram realizadas. (Brasil, Ministério da Economia, 2017)

Em 2018, na segunda etapa, mais de 522 mil pessoas que recebiam auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez foram convocadas para nova perícia. Desses, convocados, conforme o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e Ministério da Economia,

(...), até 31 de janeiro de 2018, foram realizadas 252.494 perícias com 201.674 benefícios cancelados. A ausência de convocados levou ao cancelamento de outros 26.701 benefícios. A economia até agora é de R\$ 5,8 bilhões. A expectativa desta segunda etapa do pente-fino é economizar mais R\$ 9,9 bilhões em 2018, totalizando cerca de R\$ 15,7 bilhões ao longo do programa. (Brasil, Ministério da Economia, 2018).

Foram convocados para nova perícia pessoas com menos de 60 anos de idade que recebiam o benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez há mais de 02 anos.

Com a MP 871, convertida em lei 13.846/19, serão convocados segurados que recebem auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, com menos de 60 anos, e com mais de 06 meses sem perícia feita pelo INSS.

Como já exposto no tópico 1, a responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. O INSS, autarquia federal criada pela Lei nº 8.029/1990, por ser pessoa jurídica de direito público, deve obedecer aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal.

Como já citado anteriormente, o artigo 37, § 6º da Constituição afirma que, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes (...)”. Assim, sendo o INSS uma pessoa de direito público, responderá pelos danos que seus agentes causem a terceiros e, conforme previsão Constitucional, na forma objetiva. Também é assim o entendimento dos Tribunais.

ADMINISTRATIVO-RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-INSS-PENSÃO ALIMENTÍCIA-DESCONTO INDEVIDO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA-RESPONSABILIDADE OBJETIVA-DANOS MATERIAIS E NEXO CAUSAL PRESENTES-PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA-APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A responsabilidade objetiva pressupõe a responsabilidade do Estado pelo comportamento de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, mostrando-se prescindível a demonstração de culpa, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (...)

Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : Ap 0010516-22.2007.4.03.6109 SP

Portanto, em caso de cancelamento de benefício concedido judicialmente, o INSS pode ser considerado responsável civilmente e condenado ao pagamento de danos materiais e morais se comprovado o dano e nexo causal, não se discutindo a culpa da autarquia.

2.2. Violação coisa julgada

A proteção à coisa julgada tem previsão constitucional no artigo 5, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. O Código de Processo Civil (CPC), nos artigos 502 e seguintes, define a coisa julgada.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

(...)

(...)

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

(...)

(...)

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Para Diddier Jr, Braga e Oliveira (2015, p. 513 e 515) discorrendo sobre o artigo 502 do CPC,

Primeiramente, considera a coisa julgada uma "autoridade". "Autoridade" é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico-efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica. Na segunda parte, o art. 502 do CPC preceitua os dois corolários dessa autoridade: **a decisão torna-se indiscutível e imutável. A indiscutibilidade da decisão projeta-se, também, para fora do processo em que proferida** - também, porque, sendo admitida a coisa julgada parcial, examinada mais à frente, é possível que, de um mesmo processo, surja mais de uma coisa julgada.

(...)

Além de indiscutível, a coisa julgada é imutável - não pode ser alterada. A imutabilidade da coisa julgada é a regra. Mas há hipóteses em que a coisa julgada pode ser revista ou desfeita- o tema será examinado mais à frente.

Portanto, uma vez finda a questão discutida, não apenas a decisão vale para fora do processo, como também não pode mais ser alterada. Conforme Nery (2004, p. 510),

Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com a democracia, com o Estado Democrático de Direito. Desconsiderar-se a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando-se de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art.1º, caput.)

Trazendo a coisa julgada para o âmbito das decisões que abordam questões previdenciárias, não é possível discutir a decisão, com exceção se houve algum fato novo que possa modificá-la.

Assim, não é correto dizer que fica indiscutível a condição de beneficiário de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. A coisa julgada somente vincula as partes e veda novo julgamento enquanto não houver alteração das circunstâncias que geraram a relação jurídica de direito material. (FLEIG, 2011)

Quando o INSS convoca um segurado, que recebe benefício concedido judicialmente, para nova perícia, o perito da autarquia deve se atentar aos motivos que levaram o magistrado a conceder o benefício. Caso não tenha tido nenhuma mudança na condição do segurado que autorize a cessação do benefício previdenciário, o INSS não poderia cancelar o benefício, sob pena de ofender a coisa julgada.

Observa-se que a própria Orientação Interna Conjunta /INSS/PFE/DIRBEN Nº. 76/03 do INSS prevê como se dará a revisão de benefícios concedidos judicialmente:

Considerando que, dentre os benefícios por incapacidade e deficiência, **um grande número é constituído por concessões feitas em cumprimento de decisões judiciais**, sendo que a respectiva manutenção não recebe revisão e controle

supervenientes; Considerando que a decisão judicial, ao determinar a concessão de benefício por incapacidade, baseia-se no preenchimento, pelo interessado, dos requisitos da espécie, e, principalmente, na existência de incapacidade para o trabalho ou na deficiência da pessoa, no caso de amparo assistencial; Considerando que a incapacidade para o trabalho não é definitiva, podendo sobrevir a cessação, o agravamento ou a persistência da incapacidade, assim como da deficiência; Considerando que, verificada a cessação da incapacidade ou da deficiência, por avaliação médico pericial, tem-se o afastamento de um dos requisitos básicos da concessão e manutenção do benefício, impondo-se o imperativo legal da sua cessação; **Considerando que a Lei nº 8.212/91, em seu art. 71, determina que o INSS deverá rever os benefícios**, inclusive os concedidos por acidente do trabalho, ainda que concedidos judicialmente, para avaliar a persistência, a atenuação ou o agravamento da incapacidade para o trabalho, alegada como causa para a sua concessão; Considerando que o benefício de prestação continuada, concedido à Pessoa Portadora de Deficiência, deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem (arts. 20 e 21 da Lei nº 8.742/93); Considerando a necessidade de exercitarem-se controles e rotinas visando agilizar e uniformizar a revisão dos benefícios concedidos em cumprimento de decisões judiciais; e RESOLVE: Art. 1º Estabelecer os procedimentos a serem adotados pelas Divisões/Serviços de Benefícios das Gerências-Executivas, na **revisão dos benefícios por incapacidade e benefícios de prestação continuada concedidos por decisão judicial**, conforme previsto no art. 11, da Lei nº 10.666/2003, no art. 71, da Lei nº 8.212/91, no art. 21, da Lei nº 8.742/93, no § 4º do art. 96, e no § 5º do art. 198, da Instrução Normativa INSS/DC Nº 84, de 17/12/2002.

Art. 4º Os processos concessórios dos benefícios de Auxílio-Doença, Aposentadoria por Invalidez e de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência, **concedidos/mantidos por decisão judicial, serão objeto de avaliação médico pericial, devendo ser capeados, protocolizados, e encaminhados ao Setor de Perícia Médica, acompanhados dos seguintes documentos: I - decisão judicial; II - antecedentes médico periciais;** e III - comprovantes de vínculos e remunerações extraídos do Cadastro Nacional de Informação Social - CNIS, se houver. a) Na inexistência do processo concessório do benefício e/ou decisão judicial, a APS deverá reconstituí-lo com os dados cadastrais extraídos dos Sistemas SABI e PRISMA e os antecedentes médico periciais. b) A falta de qualquer um desses elementos ou mesmo a totalidade deles, não será fator impeditivo para a realização do exame médico pericial, que deverá fundamentar-se nos elementos contidos no processo reconstituído e conter a melhor fundamentação técnica possível, tal qual um exame inicial (Ax-1).

Portanto, a revisão não é ilegal, mas é preciso que o perito observe os laudos periciais anteriores, se houverem, e a decisão judicial que concedeu o benefício. Sobre isso, o STJ se manifestou acerca do tema no REsp 1408281/SC.

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA JUDICIALMENTE. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL REVISIONAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo INSS, com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, interposto contra Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado: PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE. **Deferida por decisão judicial a aposentadoria por invalidez, o INSS até pode submeter o segurado a exames periódicos para avaliação da persistência da incapacidade laborativa (arts. 101 da Lei 8.213/91 e 46 do Decreto 3.048/99). O cancelamento do benefício, todavia, depende de novo pronunciamento judicial, a ser obtido em ação de revisão, nos termos do inciso I do art. 471 do CPC. (fls. 132)**

5. Com efeito, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que **não é possível a cessação administrativa dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente, sob pena de violação à coisa julgada material** e desrespeito ao princípio do paralelismo das formas.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA JUDICIALMENTE. CANCELAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO REVISIONAL. IMPRESCINDIBILIDADE. ART. 471, I, DO CPC. PARALELISMO DAS FORMAS. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Deferida a aposentadoria por invalidez judicialmente, pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas.

Assim, havendo uma decisão judicial concedendo determinado benefício, o INSS pode convocar para nova perícia, no entanto, a cessação do benefício, se não houve nenhum motivo que modificasse a situação do segurado à época da decisão judicial, a autarquia não pode cessar o benefício.

Posto isto, caso o INSS cesse administrativamente, o benefício que foi concedido judicialmente, pode o segurado ter o benefício restabelecido e ter direito aos danos morais e materiais?

Primeiramente, não tendo qualquer modificação na condição do segurado, o INSS não poderia ter cessado o benefício. Assim, o benefício deve ser restabelecido com o pagamento dos atrasados, com juros. Vê-se, portanto, que a cessação indevida feita pelo INSS causa prejuízos financeiros ao segurado.

Em relação ao dano moral, tendo em vista que o benefício trata-se de natureza alimentar, o INSS pode também ser condenado ao pagamento.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CESSAÇÃO. CARÁTER INDEVIDO. 1. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, **independentemente de dolo ou culpa**. 2. **A cessação pura e simples do benefício previdenciário não ocasiona, por si só, sofrimento que configure dano moral**. 3. **A cessação indevida configura dano moral in re ipsa**. Precedente do STJ. 4. In casu, demonstrado o caráter indevido da cessação do benefício previdenciário. 5. Indenização por dano moral arbitrada em R\$5.000,00. 6. Apelo provido.

(TRF-3 - AC: 00004023020124036115 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, Data de Julgamento: 01/02/2017, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2017)

Portanto, considerando que a cessação feita por perícia, de benefício concedido judicialmente, que não se atente aos motivos que levaram a conceder tal benefício, pode ensejar responsabilidade civil do INSS.

Conclusão

Tendo em mente as várias mudanças legislativas ocorridas com as MP's 739/16, MP 767/17 (convertida na lei 13.457/17) e 871 (convertida na lei 13.846/19), com o objetivo de identificar possíveis fraudes na concessão de benefícios previdenciários, vários segurados do INSS, em gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, foram convocados para nova perícia.

Essas convocações receberam o nome de “pente fino”. Dos segurados convocados, muitos perderam o benefício.

Foi indagado se essa convocação e posterior cessação do benefício previdenciário concedido judicialmente poderia acarretar responsabilidade civil do INSS e violação à coisa julgada. A partir da análise de jurisprudências e doutrina, foi observado que o INSS não pode simplesmente cessar determinado benefício sem a devida análise dos fundamentos da decisão judicial que o concedeu. Quando a autarquia age dessa maneira, não apenas ocorre a violação da coisa julgada mas também causa prejuízos ao segurado, surgindo, portanto, o dever de indenizar, tanto em danos materiais como morais. Cabe, dessa maneira, responsabilidade civil do INSS tendo em vista que a cessação se deu de maneira indevida e ilegal.

Referências

- BRASIL. **Instituto Nacional do Seguro Nacional**. Orientação Interna Conjunta /INSS/PFE/DIRBEN Nº. 76/03. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/412508/RESPOSTA_PEDIDO_oicj76.pdf. Acesso em: 02 set 2019
- BRASIL. **Lei 13457/17**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13457.htm. Acesso em: 28/08/2019
- BRASIL. **Lei 13846/19**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 28/08/2019
- BRASIL. **Medida Provisória 739**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv739.htm. Acesso em: 28/08/2019
- BRASIL. **Medida Provisória 767**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv767.htm. Acesso em: 28/08/2019
- BRASIL. **Medida Provisória 871**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm. Acesso em: 28/08/2019
- BRASIL, **Ministério da Economia**, 2017. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2017/08/beneficios-mds-e-inss-iniciam-convocacao-dos-aposentados-por-invalidez/>. Acesso em: 31/08/2019
- BRASIL, **Ministério da Economia**, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/mds-pente-fino-do-inss-inicia-nova-etapa-e-convoca-522-mil-beneficiarios/>. Acesso em: 31/08/2019
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1408281/SC. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=69753193&num_registro=201303343458&data=20170307&formato=PDF. Acesso em 02 set 2019
- BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : Ap 0010516-22.2007.4.03.6109 SP
- BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. TRF-3 - AC: 00004023020124036115 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, Data de Julgamento: 01/02/2017, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2017
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa

julgada e antecipação dos efeitos da tutela provisória-10 . ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

FLEIG, Giovana Bortoluzzi. **Coisa Julgada nas Sentenças de Benefícios Previdenciários por Incapacidade Laboral**. Revista Virtual da AGU. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172274. Acesso em: 29 ago 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3 : contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª Ed. Atual., ampl. e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. – Recursos no processo Civil; 1). P. 510.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 11ª ed. 2016. p. 489.

Multipropriedade imobiliária e sua natureza jurídica no Brasil: análise dos fundamentos do Recurso Especial n.º. 1.546.165/SP e da Lei n.º. 13.777/2018 (*)

Time-sharing and its legal nature in Brazil: analysis of the grounds of Special Appeal n.º 1.546.165/SP and Law n. 13777/2018

Multipropiedad inmobiliaria y su naturaleza jurídica en Brasil: análisis de los fundamentos del Recurso Especial n. 1.546.165/SP y Ley n.º 13.777/2018

Gilberto Fachetti Silvestre ¹

João Victor Pereira Castello ²

Barbara Randow Santana Nascimento³

Sumário: Introdução. **1.** A multipropriedade e seus tipos. **2.** Análise dos fundamentos do Recurso Especial n.º. 1.546.165/SP. **3.** A multipropriedade na Lei n.º. 13.777/2018 e no Código Civil. **4.** A natureza

(*) Recibido: 28/09/2020 | Aceptado: 28/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva”; Advogado. www.desafiosdoprocesso.ufes.br Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409> Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348> gilberto.silvestre@ufes.br
- ² Mestrando em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0074-5363>. joaov.castello@hotmail.com
- ³ Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/3735158184296945> Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-3931-1290> barbararandow@gmail.com

jurídica da multipropriedade no Brasil. – Conclusão. – Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se de pesquisa da qual resultou um artigo de opinião que sustenta que a natureza jurídica da multipropriedade, no Brasil, não é a de direito real, mas de condomínio edilício especial (*tertium genus*). A tese se fundamenta na analogia entre situações do condômino do condomínio edilício e o coproprietário da multipropriedade. Aplica, assim, as regras do regime jurídico do condomínio. A hipótese foi confirmada a partir de uma revisão bibliográfica que analisou trabalhos científicos e confrontou a *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º. 1.546.165/SP. A partir de deduções, formulou uma tese geral para a solução de problemas que podem surgir no âmbito do *Time-sharing* na disciplina jurídica pela Lei n.º. 13.777/2018.

Palavras-chave: Multipropriedade imobiliária, Natureza jurídica, Superior Tribunal de Justiça, Lei n.º. 13.777/2018.

Abstract: This is a research that resulted in an opinion article that maintains that the legal nature of Time-sharing (“multiproperty”), in Brazil, is not that of right over the thing, but of a special condominium (*tertium genus*). The thesis is based on the analogy between situations of the condominium owner and the multi-owner of the multi-property. Thus, it applies the rules of the condominium’s legal regime. The hypothesis was confirmed by a bibliographic review that analyzed scientific works and compared the *ratio decidendi* of the Superior Court of Justice in Special Appeal n. 1.546.165/SP. Based on deductions, he formulated a general thesis for the solution of problems that may arise within the scope of Time-sharing in the legal discipline by Law n. 13.777/2018.

Keywords: Time-sharing, Legal nature, Superior Court of Justice, Law n. 13.777/2018.

Resumen: Esta es una investigación que resultó en un artículo de opinión que sostiene que la naturaleza jurídica de la multipropiedad en Brasil no es la del derecho real, sino la de un condominio especial (*tertium genus*). La tesis se basa en la analogía entre situaciones del condominio y el copropietario de la multipropiedad. Por lo tanto, aplica las reglas del régimen legal del condominio. La hipótesis fue confirmada por una revisión bibliográfica que analizó trabajos científicos y comparó la *ratio decidendi* del *Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial* n.º. 1.546.165/SP. A partir de deducciones, formuló una tesis general para la solución de los problemas que puedan surgir en el contexto de la multipropiedad en la disciplina jurídica de la Ley n.º 13.777/2018.

Palabras clave: Multipropiedad inmobiliaria, Naturaleza jurídica, Superior Tribunal de Justicia, Ley n. 13.777/2018.

Introdução

Esse é um artigo de opinião que tem por *objeto* o desenvolvimento da tese sobre qual é a natureza jurídica da multipropriedade no Brasil: se condomínio, ou seja, um modo de exercício do direito real de propriedade; ou se direito real, como apregou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº. 1.546.165/SP, em 2016.

O *time-sharing* é uma divisão temporal do usufruto de um imóvel, que cria um certo tipo de convivência entre os multiproprietários. E aí reside a *problemática* a enfrentar, a de verificar se o regime jurídico da multipropriedade no Brasil (Lei nº. 13.777/2018 c/c arts. 1.358-B a 1.358-N do Código Civil) criou um novo direito real, ou se se trata de um “condomínio de tempo”.

O *problema* que se pretende resolver é: qual a natureza jurídica da multipropriedade no Brasil e quais os efeitos dessa definição?

A *hipótese* traçada foi no sentido de uma resposta lacônica: a multipropriedade é um tipo especial de condomínio edilício e, por analogia, as regras do regime jurídico do condomínio se aplicam à multipropriedade.

Na pesquisa, além de ponderações acerca das novidades trazidas pela Lei nº. 13.777/2018, também se fez relevante tratar sobre os efeitos do inadimplemento dos multiproprietários e sobre a possibilidade de incidência de gravames na unidade periódica. Essa análise possibilitou demonstrar as proximidades entre multipropriedade e condomínio edilício, de modo a confirmar a hipótese de que a multipropriedade é uma situação condominial especial e, portanto, um modo de exercer o direito real de propriedade. Ou seja, confirma que a multipropriedade não é um direito real *per se*. E aí permanece a dúvida a ser dirimida pela interpretação sistemática da Lei nº. 13.777/2018 c/c a Lei nº. 6.015/1973 c/c Lei nº. 6.404/1976 c/c arts. 1.358-B a 1.358-N do Código Civil, qual seja, se é a multipropriedade um direito real *per se*.

Para confirmar a hipótese, a pesquisa desenvolveu a metodologia de revisão bibliográfica, analisando amostras de documentos científicos e judiciais. E a partir do método dedutivo, formulou uma tese geral para inspirar a solução de problemas que podem surgir no âmbito do *time-sharing*, que após a disciplina jurídica pela Lei nº 13.777/2018 tende a ser mais utilizado e a se tornar mais comum.

1. A multipropriedade e seus tipos

A multipropriedade é reconhecida a partir de espécies consolidadas pela literatura jurídica e desenvolvidas na legislação de países mundo afora. Tomando como referencial teórico Maria Helena Diniz (2010, p. 248), a multipropriedade pode ser:

- imobiliária;
- societária;
- direito real sobre coisa alheia; e
- hoteleira.

A *multipropriedade imobiliária* existe em países como Itália, Espanha, Estados Unidos e Brasil, dentre outros, e consiste na constituição de condomínios de coproprietários sobre frações de tempo, estabelecendo-se uma convenção que limitará a utilização do imóvel por cada titular em certo período de tempo. Para Gustavo Tepedino, a multipropriedade imobiliária pode ser analisada em uma perspectiva econômica e possessória, caracterizando-a como “a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de forma perpétua” (2004, p. 357).

A multipropriedade imobiliária exige ao menos dois sujeitos que dividem entre si os custos do empreendimento (valor de aquisição, gastos com conservação, condomínio *etc.*), e no qual cada um deles terá direito de ter a posse direta sobre a coisa em determinado período de tempo. Assim, todos os adquirentes são coproprietários de fração ideal do tempo de uso da coisa (2002, p. 212), limitando o exercício de suas faculdades a certo intervalo de tempo e à convenção estabelecida entre os multiproprietários.

A denominado *multipropriedade hoteleira* visa primordialmente a valorizar zonas turísticas. Nesse caso, há a concessão de um direito de uso habitacional aos multiproprietários, isto é, a configuração de um direito obrigacional, para que estes possam desfrutar por determinado período agendado de uma unidade ou apartamento administrado por grandes cadeias hoteleiras. Nesses empreendimentos, segundo Gustavo Tepedino (2015, p. 514), é oferecido um “duplo regime, de multipropriedade e de hotelaria, com todos os serviços e produtos daí decorrentes”.

A *multipropriedade societária* se relaciona com as sociedades empresárias. No Direito Empresarial, as sociedades são pessoas jurídicas estabelecidas a partir da reunião de pessoas que visam à exploração de determinada atividade econômica, as quais se propõem a contribuir reciprocamente com bens e serviços e a partilhar os lucros entre si (inciso II do art. 44 c/c arts. 981 e ss. do Código Civil e Lei n.º. 6.404/1976, dentre outras leis).

Esse tipo de multipropriedade recai, geralmente, sobre ações de empreendimentos de lazer, o que dará o direito aos adquirentes de usufruírem periodicamente dele. Também conhecida como multipropriedade mobiliária, nesse contexto, a sociedade disporá de ações, as quais podem ser ordinárias ou preferenciais: as primeiras ficam em poder dos verdadeiros proprietários do imóvel, que irão administrá-lo, enquanto as segundas são alienadas a sócios-usuários que poderão usufruir do empreendimento em período pré-fixado. Para Marcelo Augusto Santana de Melo (2011, p. 23), as peculiaridades tornam difícil aplicar essa espécie de multipropriedade: “Observa-se que não existe direito real algum e a natureza jurídica resulta na dependência do multiproprietário à condução social da empresa e a seu estatuto. A relação acaba por se tornar complexa e sempre atrelada ao destino da empresa”.

Nessa espécie, os acionistas sujeitam-se, principalmente, aos destinos da sociedade: não são de fato proprietários, em razão de faltar-lhes a possibilidade de propor ação reivindicatória — eis que esta somente pode ser proposta pelo real proprietário —, além de não possuírem poder de disposição, o que se dá pelo fato

de que apenas podem alienar as ações adquiridas, mas nunca a coisa em si. Nota-se, então, uma impropriedade na terminologia utilizada para essa espécie, de maneira que não há multipropriedade. A natureza jurídica dessa espécie é, pois, de direito pessoal e societário, conforme explicam Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 101):

Tal hipótese se afasta da noção tradicional de propriedade, constituindo-se a multipropriedade societária de natureza jurídica de direito pessoal e societário, no qual o acionista dispõe do direito de usar o imóvel de propriedade da sociedade, durante o tempo determinado por suas ações representativas, a cada ano, de forma cíclica. Ou seja, o acionista adquire o direito de utilização do patrimônio social da empresa - o imóvel, sem que tenha havido transmissão do domínio, que continua pertencendo à sociedade.

Tal modalidade foi regulamentada na França pela Lei nº. 86-18, de 6 de janeiro de 1986, sob a denominação “sociétés d’attribution d’immeuble en jouissance a temps partagé”. Na Itália, foi a primeira espécie adotada, tendo o país presenciado o seu malogro sobretudo após a falência, em 1979, da Multiresidence da Gênova Spa (Tepedino, 2015, p. 513).

O insucesso da multipropriedade mobiliária reside na insegurança fornecida aos sócios, tendo em vista que se submetem a possíveis dissoluções, cisões, fusões e incorporações da sociedade anônima, restando o êxito dependente dos verdadeiros proprietários.

Quanto ao *direito real sobre coisa alheia* ou *direito real de habitação periódica*, ele é típico de Portugal e foi instituído no país pelo Decreto-Lei nº. 275/1993 e alterado pelo Decreto-Lei nº. 245/2015. A partir dele, o empreendedor de um imóvel, usualmente localizado em zona turística, concede um direito real limitado aos multiproprietários para usufruírem do local por determinado período. Exige-se, para tanto, um certificado predial assentado em Registro Público (Saraiva, 2013, p. 105). Os titulares do direito real de habitação periódica não podem desfrutar de poderes ilimitados sobre o imóvel, devendo respeitar sua real finalidade (Artigo 21º), sob pena de terem que indenizar possíveis prejuízos que causarem.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 357), Portugal apenas atribuiu a característica de direito real ao contrato de arrendamento múltiplo, no qual os multiproprietários, em verdade, não são hábeis a transferir o domínio sobre a coisa; porquanto, não são, de fato, proprietários, considerando que o conceito de propriedade exige a faculdade de *dispor* da coisa. Conforme Luís Carvalho Fernandes (2009, p. 479), nessa modalidade, os multiproprietários adquirem o “direito de usar, por um ou mais períodos certos, em cada ano, para fins habitacionais, uma unidade de alojamento integrada num empreendimento turístico, mediante pagamento de uma prestação periódica ao proprietário do empreendimento ou a quem o administre”. Na Áustria, adotou-se concepção similar à portuguesa, sendo a multipropriedade um direito real de uso de bens imóveis a tempo parcial (Melo, 2011, p. 81).

Pois bem. As experiências com a multipropriedade em outros países demonstram que o instituto pode admitir contornos *personais* ou *reais*. No Direito americano, a título exemplificativo, essa dualidade se faz ainda mais evidente.

Explica Mônica Paula Margarida (2018) que nos Estados Unidos existem as chamadas *timeshares* e as *fractional ownerships*. Aquelas geralmente envolvem uma relação consumerista, em que os multiproprietários adquirem apenas o direito de uso do bem por período pré-fixado — têm, pois, natureza jurídica de direito pessoal —; já as *fractional ownerships* implicam na aquisição da propriedade pelos compradores, que se tornam os donos das frações de tempo, de modo que há, então, a obtenção de direito de propriedade. Explica Sandra Ferreira de Carvalho Peres (2018, p. 17) que, apesar de distintas, ambas as experiências possuem um traço em comum:

A semelhança da Multipropriedade imobiliária e do *timesharing* é que ambos colocam a titularidade — propriedade ou uso, respectivamente — de casas de férias ao alcance financeiro daqueles que gostariam de uma segunda casa num destino que adoram, mas podem não ser capazes de comprar a titularidade total — ou podem não querer esse grau de compromisso financeiro da compra de uma segunda casa.

No Brasil as *timeshares* eram reguladas pelo Decreto-Lei n.º. 7.381/2010 — que regulamenta a Lei Geral do Turismo (Lei n.º. 11.771/2008) —, prevendo em seus arts. 28 e 29 o sistema de “hospedagem por tempo compartilhado”, antes mesmo do advento da Lei n.º. 13.777/2018. Da formulação normativa do *caput* do art. 28 extrai-se o caráter pessoal do modelo, eis que firmada contratualmente entre o proprietário e o adquirente a cessão de uso do imóvel por determinados intervalos de tempo. Vide, *in verbis*:

Art. 28. Considera-se hospedagem por sistema de tempo compartilhado a relação em que o prestador de serviço de hotelaria cede a terceiro o direito de uso de unidades habitacionais por determinados períodos de ocupação, compreendidos dentro de intervalo de tempo ajustado contratualmente.

[...]

Assim, nota-se que a classificação fornecida pela literatura jurídica reúne experiências jurídicas em que não há verdadeira multipropriedade. Na espécie societária, por exemplo, adquire-se o direito de usar do patrimônio social da empresa; no direito real de habitação periódica, há a cessão de uso do imóvel pelo seu titular aos demais multiproprietários, que serão possuidores no período de tempo que lhes cabe, tratando-se de verdadeiro direito real sobre coisa alheia; na multipropriedade hoteleira, há a ocupação por todo o ano em imóveis do ramo hoteleiro, através da constituição de um direito obrigacional com o administrador do empreendimento.

A multipropriedade imobiliária, seguindo a classificação aqui referenciada, é a que corresponde ao verdadeiro alcance do instituto em sua concepção histórica, pois os adquirentes serão coproprietários de fração ideal do tempo de uso da coisa. Ela existe no Brasil desde a década de 1980, mas carecia de regulamentação legal específica. Isso fez com que o regime jurídico desse instituto fosse construído pela literatura jurídica e pela atividade judicial, que também se preocuparam em identificar sua natureza jurídica e garantir o correto aproveitamento dos empreendimentos e dos investidores (multiproprietários). Nesse contexto, destacou-se o Recurso Especial n.º. 1.246.165/SP, que se revelou um divisor de águas na compreensão da matéria (STJ), REsp. n.º 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 26/04/2016). Avançado na regulamentação jurídica, a multipropriedade tornou-se

matéria legislada em diversos aspectos pela Lei nº. 13.777/2018, que acrescentou os arts. 1.358-B a 1.358-N ao Código Civil.

2. Análise dos fundamentos do Recurso Especial nº. 1.546.165/SP.

Para a análise do recurso especial em destaque, será feita a contextualização da matéria submetida a julgamento, para que então sejam enumerados os principais argumentos presentes nos votos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Tenha-se em mente que o Acórdão foi proferido em 26 de abril de 2016 e, portanto, foi anterior à Lei da Multipropriedade (Lei 13.777/2018).

O recurso foi interposto por uma empresa de consultoria empresarial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que determinou a penhora total de um imóvel localizado na zona turística de Búzios, no Rio de Janeiro. A ação de execução fora ajuizada pelo condomínio, em face de uma incorporadora, para pagamento de dívida condominial dessa incorporadora, sendo que o imóvel estava registrado apenas em seu nome. O recorrente insurgiu contra a ordem de penhora alegando ser proprietário de $\frac{1}{26}$ do imóvel, já tendo ajuizado embargos de terceiro anteriormente, os quais foram julgados improcedentes, bem como desprovida a apelação interposta perante o TJSP.

Nota-se que o cerne da questão trata da multipropriedade imobiliária, tendo em vista que o imóvel se encontrava repartido em frações de tempo, usufruída por cada coproprietário na fração de semana estipulada no contrato preliminar de cessão de direitos. Nesse documento, o promitente se obrigou à outorga da escritura da fração ideal de $\frac{1}{52}$ da casa nº. 34 ao ora recorrente, que afirmava, então, ser um coproprietário, detentor de direito real sobre o bem objeto da execução.

No mérito, a instância de apelação seguiu o entendimento do juízo *a quo*, concluindo que o empreendimento em questão estava pautado em relações jurídicas obrigacionais e que, portanto, o apelante não era, de fato, proprietário do imóvel, sendo perfeitamente possível a sua penhora total. Com o recurso especial, o recorrente buscou ter reconhecido o direito de natureza real sobre o imóvel, alegando que sempre teve o direito de usar, usufruir, dispor e reaver, além de exercer todos os direitos compatíveis com o domínio.

Em seu voto, o relator do recurso especial defendeu a posição do acórdão recorrido, invocando, sobretudo, a taxatividade dos direitos reais (*numerus clausus*). Logo, não seria possível — ou mesmo desejável — que se criassem direitos reais por convenções privadas. No caso do recurso, como o empreendimento estava registrado unicamente em nome da incorporadora, esta se revestia como a verdadeira proprietária e atuava simultaneamente como a centralizadora da utilização do imóvel por terceiros, os quais não teriam adquirido frações ideais do imóvel, mas, meramente, direitos obrigacionais, que lhes permitiriam dele usufruir em determinado período de tempo.

No voto divergente em pedido de vista — que ao final foi vencedor —, foi alegado que a multipropriedade representa a expressão do próprio direito de propriedade, o principal direito real do art. 1.225 do Código Civil. Nesse voto-vista foram sustentadas três teses:

- 1ª) o Código Civil não traz nenhuma vedação expressa à criação de novos direitos reais;
- 2ª) os direitos reais se harmonizam com o verdadeiro objetivo do instituto, por meio do qual os multiproprietários detêm as faculdades de uso, usufruto e disposição sobre o bem, limitado a turnos fixos de tempo; e
- 3ª) a falta de regulamentação não pode impedir o juízo de se adequar aos novos fatos sociais emergentes na sociedade, dando-lhes a prestação jurisdicional a que fazem jus.

Observe que a principal divergência, então, dizia respeito à segurança jurídica e à adequação social do Direito.

No que tange à taxatividade (*numerus clausus*) e à tipicidade dos direitos reais, embora *a priori* pareçam designar o mesmo conceito, não devem ser confundidos. Sobre a taxatividade, assim explica Bruno Dantas (2018, p. 447):

o *numerus clausus*, em regra, está relacionado à restrição ou à limitação de uma dada situação mencionada pela norma. Trata-se, evidentemente, de uma enumeração taxativa, o que significa, em outras palavras, que não se admite interpretação ampliativa diante das hipóteses especificadas. Naturalmente, o caráter *numerus clausus* ou *apertus* não pode ser afirmado aprioristicamente, mas depende de análise da situação abstrata arrolada pela norma.

Tradicionalmente, somente podem ser considerados direitos reais aqueles direitos enumerados pela lei; fora desse campo, devem-se admitir quaisquer outras figuras como derivadas de direito obrigacional e, como tal, direitos pessoais.

Bernard Rudden (1987, p. 239-263) demonstra que a taxatividade alcançou sua importância no Direito das Coisas principalmente com a Revolução Francesa, época em que se buscava frear a fragmentação excessiva da propriedade — em contraposição ao período feudal — e em que se pretendia especificar determinados direitos a fim de receberem proteção real. Países como Suíça, Portugal, Holanda e Áustria adotam o sistema de *numerus clausus* dos direitos reais.

No que diz respeito à tipicidade, explica José Manoel de Arruda Alvim (1987, p. 48) que apenas os direitos “constituídos e configurados à luz dos tipos rígidos (modelos) consagrados no texto positivo é que poderão ser tidos como reais. Esses tipos são previstos pela lei de forma taxativa”.

Assim, a tipicidade pressupõe a descrição essencial de uma situação conjugada com o estabelecimento de um regime real para tal situação (modo de aquisição, transferência e extinção e os direitos e deveres dela decorrentes), modelo seguido pelo legislador para regular figuras jurídicas como a hipoteca, o penhor, a anticrese, a superfície e a habitação. A tipicidade encontra correspondência com o princípio da legalidade, pois as características de cada direito real estão minuciosamente reguladas em lei, sendo vedado às partes alterar a conformação original de tais direitos e seus efeitos jurídicos.

Por meio da tipicidade, os direitos reais tomam forma, assumindo seus aspectos determinantes. Quanto à taxatividade, pode-se dizer ser a verdadeira limitadora da autonomia negocial no âmbito do Direito das Coisas, eis que a criação de novas figuras fica limitada apenas ao processo legislativo.

Costuma-se apontar como principal motivo para a adoção de tais princípios a necessidade de dar transparência ao sistema, de forma a viabilizar a publicidade através do registro público, e, assim, dar concretude à oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais.

A literatura jurídica brasileira chegou a discutir sobre a adoção de tais regras pelo Código Civil de 1916. Dentre os que entendiam por uma enumeração exemplificativa dos direitos reais, estavam Afonso Fraga, Lacerda de Almeida e Carvalho Santos, ao passo que Lafayette, Dídimo da Veiga e Pontes de Miranda entendiam sê-la taxativa (Bessone, 1988, p. 9 e 10). O principal argumento utilizado para rebater o rol exemplificativo era o fato de que o próprio Código dispunha sobre a necessidade de registro para a aquisição de direitos reais sobre imóveis (art. 676), lógica à qual se deu continuidade no Código Civil de 2002 (art. 1.227). Tal argumento reforça o *numerus clausus* porque somente os direitos reais típicos são registráveis, só então adquirindo a eficácia *erga omnes* que os diferem dos direitos pessoais.

Pois bem. Resta analisar se o acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afasta ou não o reconhecimento da taxatividade e da tipicidade do Direito brasileiro, ou, então, propõe sua mitigação para alçar a multipropriedade à categoria de direito real. Para tanto, far-se-á uma confrontação entre as espécies de multipropriedade com a tipicidade legal dos contratos no Direito brasileiro. Desse confronto, o coproprietário poderá assumir diferentes posições jurídicas (Vanzella, 2009, p. 318).

Na modalidade acionária, não é firmado contrato de disposição, ou, se for, ele será *atípico*, não sendo o multiproprietário titular de direito real, a despeito da terminologia, que será imprópria (Vanzella, 2009, p. 318).

Quanto ao direito real de habitação periódica, observa Rafael Domingos Faiardo Vanzella (2009, p. 318), que não existe no Brasil e em outros sistemas legais um tipo de contrato de disposição constitutiva de multipropriedade. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, contrato de disposição que formule um direito real limitado que seja perpétuo, periódico e transmissível (Vanzella, 2009, p. 320).

Com relação à multipropriedade imobiliária, aponta ainda aquele autor que a posição jurídica que assume o multiproprietário é a de condômino e, portanto, titular de direito subjetivo real de propriedade sobre a coisa. Entende que não há incompatibilidade com o sistema de *numerus clausus* em se considerar tal espécie de multipropriedade como direito real (Vanzella, 2009, p. 320-321):

não há absolutamente nada de antagônico ao regime de *numerus clausus* nessa orientação, muito pelo contrário: esse último é, assim, mesmo confirmado. O empreendedor celebra contratos de disposição *translativa* de quinhões (frações ideais) de sua propriedade aos multiproprietários, de modo que ele mesmo se torna um multiproprietário. Constitui-se, nesses termos, um condomínio voluntário (arts. 1.314 a 1.326): a propriedade é uma só, assim como é um só seu objeto, e nada obsta que, paralelamente, constitua-se um condomínio edilício, de modo que o condomínio voluntário seja sobre cada uma das unidades autônomas, e cada um dos multiproprietários seja titular de um quinhão de todas elas, ou apenas de uma, ou de algumas.

Rafael Domingos Faiardo Vanzella prossegue, analisando um precedente paradigmático e anterior ao Recurso Especial nº 1.546.165/SP, no qual a Segunda

Câmara do hoje extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo entendeu por considerar a multipropriedade uma variação do condomínio tradicional:

CONDOMÍNIO — *TIME-SHARING* — ESPÉCIE CARACTERIZADA PELA DIVISÃO DO USO DO IMÓVEL EM PERÍODOS QUE, NORMALMENTE, CORRESPONDEM A FRAÇÕES DE ANO — INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS DISPOSIÇÕES DA LEI 4.591/64 E ESTA MULTIPROPRIEDADE DE UNIDADES CONDOMINIAIS — INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DO CITADO DIPLOMA LEGAL. A multipropriedade, ou condomínio de tempo, ou ainda time-sharing, nada mais é do que uma variação do condomínio tradicional, caracterizada pela divisão do uso do imóvel em períodos que, normalmente, correspondem a frações de ano, como meses, quinzenas ou semanas. Não existe assim, em princípio, incompatibilidade entre as disposições da Lei 4.591/64 e a multipropriedade de unidades condominiais, visto que, conforme estabelece o art. 6.º desse diploma, “sem prejuízo do disposto nesta Lei, regular-se-á pelas disposições de direito comum o condomínio por quota ideal de mais de uma pessoa sobre a mesma unidade autônoma” (2º TACSP, Ap. Cível nº 753.574-0/7, 2ª Câmara, Rel. Des. Gilberto dos Santos, julgado em 20/10/2003).

Assim, aquele Tribunal, já em 2003, fazia uma adequação da operação contratual de multipropriedade com o postulado do *numerus clausus*, tal e qual foi feito no Recurso Especial nº 1.546.165/SP, de 2016. Nesse contexto, os regimes reais já positivados seriam suficientes para explicar o instituto, faltando-lhe apenas uma regulamentação específica, que veio a partir da Lei nº. 13.777/2018.

Antes da lei, a literatura jurídica já entendia pela aplicação das disposições condominiais edilícias aos loteamentos fechados, à multipropriedade imobiliária e a clubes de campo, numa tentativa de proteger as figuras jurídicas que emergiam.

Com efeito, na multipropriedade a finalidade maior consiste no aproveitamento econômico da propriedade, para que se faça valer sua verdadeira função socioeconômica. Do contrário, se os multiproprietários não visassem a adquirir de fato um direito real, tratariam de firmar um contrato de locação de tempos em tempos, o qual tem natureza jurídica de direito pessoal.

Daí o questionamento: seria a multipropriedade um direito real ou um modo de exercício de um direito real (*in casu*, a propriedade)?

3. A multipropriedade na Lei nº. 13.777/2018 e no Código Civil.

Até a promulgação da Lei nº 13.777/2018 — que inseriu os arts. 1.358-B a 1.358-N no Código Civil e alterou os arts. 176 e 178 da Lei nº. 6.015/1973 — a literatura jurídica e a jurisprudência cuidavam de aplicar à multipropriedade, no que coubesse, as disposições do condomínio (arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil c/c Lei nº. 4.591/1964).

A redação dada pela lei ao art. 1.358-C do Código Civil tratou de definir os contornos da multipropriedade da seguinte forma:

Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.

O Código passou a prever, assim, a multipropriedade como uma *forma de exercer a propriedade* fracionada no tempo. A propriedade, que há muito vinha

sendo observada unicamente sob o ponto de vista espacial, ganhou uma nova perspectiva: a temporal. Além disso, o art. 1.358-C determina a aplicação supletiva da Lei nº. 4.591/1964 (Lei do Condomínio em Edificações e das Incorporações Imobiliárias) e do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 1.358-D determina que o imóvel não se sujeitará à ação de divisão ou de extinção de condomínio, além de estabelecer que a multipropriedade inclui em seu objeto as instalações, equipamentos e o mobiliário, que poderão ser desfrutados amplamente pelos condôminos em suas respectivas frações de tempo.

No art. 1.358-E, ficou estabelecido o período mínimo de fruição do imóvel pelos multiproprietários de sete dias, consecutivos ou intercalados, podendo haver estipulação por períodos maiores. Nesse caso, as modalidades de determinação das frações de tempo podem ser:

- *fixa*, mediante a qual o mesmo período de cada ano é reservado ao multiproprietário;
- *flutuante*, na qual a designação será feita de forma periódica, respeitando-se a isonomia entre os condôminos; e
- *mista*, que consiste na combinação dos sistemas fixo e flutuante.

No art. 1.358-F foi prescrita a forma de estabelecimento da multipropriedade, que pode ser por ato *inter vivos* (negócio jurídico) ou por testamento, com registro imobiliário, no qual se estipulará a duração dos períodos de fração de tempo. Nesse sentido, explica Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2018):

do ponto de vista registral, haverá uma matrícula-mãe, na qual será registrada a instituição do condomínio multiproprietário com a criação de novas matrículas-filhas para as unidades periódicas. É semelhante ao que acontece com o condomínio edilício: a matrícula-mãe recebe o registro da instituição do condomínio edilício e, assim, gera matrículas autônomas para cada unidade autônoma.

No art. 1.358-G se encontram os pontos que devem ser, necessariamente, abordados na convenção de condomínio em multipropriedade, que incluem:

1. os poderes e os deveres dos multiproprietários;
2. o número máximo de pessoas que podem ocupar o imóvel simultaneamente;
3. as regras de acesso do administrador condominial ao local;
4. a criação de fundo de reserva para reposição e manutenção da coisa;
5. o regime aplicável no caso de perda ou destruição parcial ou total do imóvel; e
6. as multas aplicáveis ao condômino que descumprir seus deveres.

Destaca-se aqui a necessidade de existir uma especificação dos direitos sobre as instalações, equipamentos e mobiliário, bem como a forma de pagamento das despesas com a manutenção, conservação, limpeza e contribuição condominial.

O art. 1.358-H dispõe que o instrumento de instituição da multipropriedade ou a convenção de condomínio poderão definir o limite máximo de frações de tempo no mesmo imóvel que poderão ser detidas pela mesma pessoa natural ou jurídica.

No rol do art. 1.358-I estão os direitos do multiproprietário, que poderá:

1. usar e gozar do imóvel amplamente, no período correspondente à sua fração de tempo;
2. ceder a fração de tempo em locação ou comodato;
3. alienar ou onerar a fração de tempo, devendo todas as medidas serem comunicadas ao administrador; e
4. participar e votar na assembleia geral do condomínio em multipropriedade, ou, quando for o caso, na assembleia geral do condomínio edilício.

Nota-se, então, que cada coproprietário/“condômino” é proprietário na sua respectiva fração de tempo.

De outra banda, o art. 1.358-J estipula as obrigações dos multiproprietários, de onde se destacam, com previsão de multa por descumprimento de deveres (§ 1º):

1. pagar a contribuição condominial;
2. responder pelos danos causados ao imóvel durante a utilização de sua respectiva fração de tempo;
3. não desviar o imóvel de sua finalidade; e
4. respeitar o período de tempo pré-fixado para a desocupação do imóvel.

Sobre a transferência do direito de multipropriedade, ressalta-se que não é necessária a ciência ou anuência dos demais multiproprietários para que seja efetivada. Não há direito de preferência na cessão, salvo se estipulado de maneira diversa no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio (art. 1.358-L). Ademais, o adquirente será solidariamente responsável com o alienante se não obter a declaração de inexistência de débitos referentes à fração de tempo adquirida.

Antes da regulamentação promovida pela lei de 2018, havia o entendimento de que a multipropriedade, constituída sob a forma de condomínio, era submetida ao dever de prelação (preferência) do art. 504 do Código Civil (Viegas & Pamplona Filho, 2019, p. 110). O art. 1.358-L pôs fim à dúvida, particularizando o instituto da multipropriedade ao afastar o direito de preferência.

Os arts. 1.358-M e 1.358-N dispõem sobre a administração do imóvel e seus respectivos deveres. O administrador será pessoa indicada no instrumento de instituição, na convenção de condomínio ou, na falta de indicação, a escolha caberá à assembleia geral dos condôminos. Consta do art. 1.358-N que no instrumento de instituição da multipropriedade poderá consignar-se a fração de tempo destinada à realização de reparos no imóvel, indispensáveis ao exercício normal do direito de multipropriedade.

A Seção VI da Lei nº. 13.777/2018 estabelece que o condomínio edilício poderá adotar o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas (art. 1.358-O). Nos artigos subsequentes, constam os regimes jurídicos das seguintes matérias:

1. as matérias que devem integrar a convenção (art. 1.358-P) e o regimento interno do condomínio edilício (art. 1.358-Q);
2. a necessidade de administrador profissional para esses empreendimentos (art. 1.358-R);
3. a adjudicação da fração de tempo pelo condomínio edilício mediante o inadimplemento das obrigações de custeio pelo multiproprietário (art. 1.358-S);
4. a renúncia do multiproprietário a seu direito em favor do condomínio, se estiver em dia com suas obrigações e despesas tributárias (art. 1.358-T); e
5. a possibilidade que os empreendimentos limitem ou impeçam a instituição da multipropriedade nos respectivos imóveis, o que deve constar na convenção do condomínio edilício, nos memoriais de loteamentos ou nos instrumentos de venda de lotes em loteamentos urbanos.

Quanto às alterações promovidas na Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/1973), destaca-se a modificação feita no art. 176 que viabiliza o registro da multipropriedade no Cartório de Registro de Imóveis. Ademais, o § 11 estabelece que cada fração de tempo pode ser objeto de inscrição imobiliária individualizada em virtude de legislação tributária municipal, o que vem a tornar mais fácil o pagamento e recolhimento do tributo.

Mas, além dessas ponderações acerca das novidades trazidas pela Lei nº 13.777/2018, também se faz relevante tratar sobre os efeitos do inadimplemento dos multiproprietários e sobre a possibilidade de incidência de gravames na unidade periódica. Essa análise possibilitará demonstrar as proximidades entre multipropriedade e condomínio edilício, de modo a confirmar a hipótese de que a multipropriedade é uma situação condominial especial e, portanto, um modo de exercer o direito real de propriedade. (Ou seja, confirmar que a multipropriedade não é um direito real *per se*).

Em regra, cada multiproprietário responde individualmente pelas obrigações de custeio atinentes à sua fração de tempo, não havendo que se falar em solidariedade (Viegas & Pamplona Filho, 2019, p. 111). É nesses moldes deve ser cobrado o IPTU, sendo que, na hipótese de inadimplemento por um determinado multiproprietário, a fazenda municipal poderá executar a unidade periódica do devedor para a quitação da dívida tributária, sem prejudicar os demais coproprietários (Viegas & Pamplona Filho, 2019, p. 112).

Se o inadimplemento for quanto ao pagamento de despesas ordinárias ou extraordinárias — que devem ser pagas proporcionalmente às respectivas frações temporais —, o art. 1.358-S permite a adjudicação da fração temporal do inadimplente pelo condomínio edilício. Trata-se, na hipótese, de verdadeira anticrese legal, que consiste no “direito real sobre coisa alheia, em que o credor recebe a posse de coisa frugífera, ficando autorizado a perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida” (Gonçalves, 2016, p. 644).

Inclusive, o parágrafo único do art. 1.358-S traz a hipótese em que o inadimplente pode até mesmo ser proibido de utilizar a coisa temporariamente: “Tal providência, bastante drástica, terá que ser regulada na convenção, assegurando-se o amplo direito de defesa de cada titular, podendo o condomínio inserir a respectiva unidade no *pool hoteleiro*, desde que haja previsão, nos termos da convenção, de tal destinação econômica” (Tepedino, 2019).

Existe a possibilidade de incidência de gravames no bem compartilhado, desde que nos limites da fração temporal do devedor. É o caso analisado no Recurso Especial n.º. 1.546.165/SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser adequada a interposição de embargos de terceiro pelo coproprietário não devedor para a proteção de sua fração ideal. Assim, tratando-se de detentores de direito real sobre as respectivas frações de tempo, oponível *erga omnes*, os demais proprietários têm legitimidade para se insurgirem contra a ordem de penhora sobre a totalidade do imóvel, de modo a preservar a incolumidade de seu direito.

A Lei n.º. 13.777/2018 tratou de definir a multipropriedade como regime de condomínio, que nada mais é que um negócio jurídico baseado no fracionamento da propriedade. A coisa imóvel será fracionada sob uma perspectiva temporal, sendo cada proprietário titular de uma ou algumas quotas, devendo ser respeitado o período mínimo de uma semana. Mas isso não quer dizer que os multiproprietários só serão proprietários no lapso temporal que lhes cabe; isso indica que é somente nesse período que poderão exercer sozinhos as prerrogativas de usar e fruir, oriundas do direito real de propriedade. Isto é, a multipropriedade é um *modo* de exercer a propriedade.

Assim, por exemplo, se há três multiproprietários, “A”, “B” e “C”, e alguém pratica esbulho no período destinado a “A”, este poderá propor ação possessória, como titular que é da fração de tempo que sofreu a moléstia, bem como “B” e “C”, individualmente, e o condomínio, representado pelo administrador. Isso ocorre porque, mesmo que a perturbação não esteja inserida no lapso temporal de “B” e “C”, estes são coproprietários do imóvel e detêm interesse de agir, especialmente pela possibilidade da perda da propriedade pela usucapião. Já o administrador está legitimado para representar os multiproprietários na defesa do bem, observando as pretensões comuns a eles, seja pela autotutela ou pela heterotutela (art. 1.210 do Código Civil).

Logo, da mesma forma, “A”, porque possuidor direto da coisa, “B” e “C”, sozinhos, e o condomínio, representado pelo administrador, poderão manejar interditos possessórios para a defesa do imóvel. Em se tratando de um único imóvel de uso repartido, as perturbações ao direito de propriedade recairão sempre em uma área comum, tendo os demais multiproprietários a posse indireta do bem. Daí decorre seu interesse de agir para atuarem em juízo. Ademais, a moléstia, ainda que não praticada no lapso temporal que lhes é destinado, representa uma ameaça ao livre exercício de suas prerrogativas, pois não há garantia de cessará na fração de tempo que lhes é atribuída.

Como modalidade condominial semelhante à edilícia, na multipropriedade os multiproprietários não poderão exercer seu direito ilimitadamente, desrespeitando o direito de propriedade dos demais, devendo, para tanto, se sujeitarem às disposições do Regimento Interno e da Convenção de Condomínio.

Tendo por base aquele exemplo, se o coproprietário “A” pratica turbacão ou esbulho contra “B”, este poderá propor interdito possessório em face daquele outro, caso contrário haveria um embate incoerente entre dois direitos de igual contdo.

Paralelamente, o esbulho estaria sendo praticado contra o condomínio e sua área comum de uso repartido, decorrendo daí legitimação e interesse de agir do administrador para atuar na defesa dos interesses dos multiproprietários. Por outro lado, o multiproprietário “C”, sendo possuidor indireto, também poderá se valer da proteção possessória em juízo, vez que o ato de “A” pode ser considerado uma ameaça à sua posse.

4. A natureza jurídica da multipropriedade no Brasil.

Preliminarmente, cumpre fazer uma breve diferenciação entre os direitos reais e direitos pessoais (obrigacionais).

A doutrina adotada pelo Direito brasileiro é a *dualista*, que separa os direitos reais dos obrigacionais (pessoais) como conceitos completamente distintos. Nesse contexto, o direito real (*jus in re*)  definido a partir da relação direta e imediata entre seu titular (sujeito de direito) e a coisa (objeto do direito); já o direito obrigacional (*jus ad rem*)  concebido na perspectiva da relação entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo), sendo este último obrigado a cumprir uma prestação (objeto do direito) em benefício do primeiro (1984, p. 35).

Destacam-se como principais diferenças entre os direitos reais e os pessoais, respectivamente:

- a oponibilidade *erga omnes* dos primeiros, em detrimento da característica *inter pars* dos segundos;
- as normas que regulam os primeiros são de natureza cogente, ou seja, de ordem pública, enquanto para os segundos prevalecem as normas dispositivas/facultativas, configurando-se o livre exercício da autonomia negocial; e
- o caráter permanente dos primeiros, que se contrapo ao transitório dos segundos.

A análise das experiências legislativas estrangeiras em torno da multipropriedade imobiliária revelou que ela pode ser concebida ora como direito real, ora como obrigacional, a depender do regime jurídico do país analisado.

Na Grécia, por exemplo, o instituto é direito obrigacional (2004, p. 357), em que os multiproprietários não têm de fato a propriedade da coisa, mas celebram um mero contrato de locação. Em linhas gerais, Bruno de Sousa Saraiva escreve (2013, p. 102):

[...] ela pode ser constituída por um proprietário que cede o gozo de sua propriedade a diferentes pessoas, por tempos diversos, constituindo-se um verdadeiro contrato de locação, em que uma relação entre o proprietário (*trustee*) e os locatários (chamados de multiproprietários) se estabelece, atribuindo a estes o poder de usar e fruir a coisa da forma que melhor lhes convier e garantindo-lhes posse mansa e pacífica, sempre durante o lapso temporal reservado a cada um.

Na Espanha, a seu turno, o *time-sharing* recebe a denominação de “sistema de aproveitamento por turno”, podendo assumir a feição de direito real, caso conste no contrato. No entanto, será este direito real limitado, muito similar ao *usufruto*, se comparado com o Direito brasileiro, segundo Marcelo Augusto Santana de Melo (2011, p. 26).

Em Portugal, os multiproprietários adquirem um direito real sobre coisa alheia, assegurada a utilização do imóvel pelo período correspondente a uma semana no ano.

Já no Brasil, houve uma discussão nos campos da literatura e forense, em razão da falta de regulamentação do instituto dadas as características híbridas que possui: de um lado, uma relação jurídico-real, consistente nos poderes dos multiproprietários sobre a coisa; e do outro, uma relação jurídico-obrigacional, fundada em um regimento interno e em uma convenção de caráter negocial.

Em uma tentativa de regular o tema, o Ministério do Turismo do Brasil, em 12 de agosto de 1997, formulou a Deliberação Normativa n.º. 378/1997. Nela, ficou estabelecido o Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem e Turismo, no qual a multipropriedade foi tratada como mero direito de ocupação, o que não configura direito real. Marcelo Augusto Santana de Melo (2011, p. 28) assim analisa:

No art. 1.º da deliberação, “é reconhecido, para todos os efeitos, o interesse turístico do Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem de Turismo, pela cessão pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos e a qualquer título, do direito de ocupação de suas unidades habitacionais, por períodos determinados do ano”. Observa-se, a princípio, uma delimitação ou redução do instituto da multipropriedade tão somente para cessões de direito de ocupação pelo prazo de cinco anos. [...] A tentativa foi interessante, no entanto, o Ministério do Turismo do Brasil, ao disciplinar a multipropriedade no Brasil, acabou por causar muitas confusões, mormente por utilizar institutos jurídicos inadequados, como o mero direito de ocupação, que não configura direito real e tampouco confere maiores segurança e certeza do objeto dos contratos.

Posteriormente, em 2016, com o julgamento do Recurso Especial n.º. 1.246.165/SP, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a multipropriedade tem natureza de direito real, quando não havia regulamentação específica. E, finalmente, a Lei n.º. 13.777/2018, tratou de legislar sobre a matéria.

E aí permanece a dúvida a ser dirimida pela interpretação sistemática da Lei n.º. 13.777/2018 c/c a Lei n.º. 6.015/1973 c/c Lei n.º. 6.404/1976 c/c arts. 1.358-B a 1.358-N do Código Civil: é a multipropriedade um direito real *per se*?

Apesar do posicionamento do STJ no Recurso Especial n.º 1.546.165/SP, a Lei 13.777/2018 não deu à multipropriedade natureza real.

Em primeiro lugar, porque a legislação tratou de definir a multipropriedade como modalidade condominial (art. 1.358-C do Código Civil), o que não se afigura como direito real; deriva, em verdade, de um negócio jurídico celebrado entre as diversas partes, representando unicamente uma forma de exercício do direito de propriedade que considera variável de uso temporal. Assim, a multipropriedade tem natureza negocial, semelhantemente ao condomínio edilício, porém, com algumas particularidades que foram regulamentadas pela Lei n.º. 13.777/2018.

Em segundo lugar, porque após a promulgação do Código Civil, todas as vezes em que se pretendeu criar um novo direito real, o legislador inseriu um novo inciso no art. 1.225. Isso ocorreu, por exemplo, nos seguintes casos, desde 2003:

- a Lei nº. 11.481/2007 acrescentou-se ao art. 1.225 os incisos XI e XII, criando a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso;
- a Medida Provisória nº. 700/2015 inseriu o inciso XIII no dispositivo, versando sobre os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão (essa Medida Provisória teve sua vigência encerrada no prazo legal); e
- a Lei nº. 13.465/2017 inseriu o inciso XIII (com nova formulação normativa), criando o direito de laje.

Ou seja, sempre que se quis criar um novo direito real no Brasil — para pessoas jurídicas de direito privado, pelo menos —, a lei que criava o direito acrescentava ou alterava redação do art. 1.225, revelando que esse *modus operandi* é um indicativo da *ratio legislatoris* para a correta interpretação da legislação.

Mas isso revela, também e por via reflexa, que os direitos reais no ordenamento jurídico brasileiro obedecem à taxatividade e à tipicidade, que são verdadeiros limitadores à autonomia negocial no âmbito do Direito das Coisas, e que possuem grande importância histórica não somente no Brasil, como em outros países do mundo. A segurança jurídica é fator fundamental para a proteção dos direitos reais tanto sob o ponto de vista de seus titulares, quanto sob a perspectiva de toda a sociedade, que deve abster-se de praticar atos lesivos ao direito dos primeiros.

E em terceiro lugar, o registro no Registro Geral de Imóveis recai sobre o ato de instituição da multipropriedade, e não sobre o direito de multipropriedade. É, portanto e *lato sensu*, uma verdadeira *averbação*, e não registro no sentido de constituição. Nesse aspecto, o registro é exigido para dar publicidade ao negócio jurídico celebrado, de maneira a fazer com que os direitos de propriedade incidentes sobre o imóvel tenham a eficácia *erga omnes* a que pretendem os múltiplos proprietários.

Seguindo a mesma lógica, pode-se dizer que o contrato de locação guarda acentuada analogia com o direito real de usufruto, quanto ao uso e gozo da coisa. A diferença reside no fato de que no primeiro há uma relação pessoal, recaindo apenas sobre bens corpóreos, e o segundo configura direito real, incidindo também sobre créditos, direitos do autor, patentes de invenção, fundos de comércio e outros (Gonçalves, 2016, p. 490).

Pois bem. Sob o ponto de vista prático, considerar a multipropriedade um direito real, além de mitigar o *numerus clausus* desses direitos, seria suplantar também a *exclusividade*, segundo a qual não pode haver mais de um direito real de igual conteúdo sobre a mesma coisa. Para haver compatibilidade lógica com a exclusividade, as modalidades condominiais se afiguram adequadas, tendo em vista

que ontologicamente, no condomínio, cada proprietário tem direito a porções ideais da coisa, sendo estas distintas e exclusivas. Assim, a exclusividade inerente aos direitos reais se mantém preservada, compatibilizando-se com os objetivos da multipropriedade. Nesse sentido, observa Bruno de Sousa Saraiva (2013, p. 112):

Quanto à sua natureza: nem pode ela ser vista como uma simples obrigação estabelecida entre os “multiproprietários” e entre estes e o proprietário da coisa, nem pode ser compreendida como um novo direito real. Nem se diga, também, que a multipropriedade imobiliária seja uma nova modalidade de propriedade. Ela é, na verdade, uma nova forma de condomínio e, por conseqüência, uma nova forma de exercício do direito de propriedade. Entenda-se: a propriedade é a mesma; seu exercício é que encontra uma nova forma de ser.

Considerar a multipropriedade um direito real autônomo (*per se*) traria algumas consequências, como por exemplo, na responsabilidade patrimonial e no direito de seqüela e de preferência. Considerando que um único imóvel seria objeto de mais de um direito real de multipropriedade e supondo três multiproprietários, “A”, “B” e “C”, se “A” for devedor perante “D” e inadimplir a obrigação, o imóvel em questão poderia ser utilizado para o pagamento da dívida, interferindo, assim, no direito real de multipropriedade dos demais.

Além disso, pela *aderência*, há um vínculo, uma relação direta entre o sujeito e a coisa, que independe de qualquer sujeito passivo para existir, pelo que o direito de multipropriedade de cada um recairia sobre a totalidade do imóvel. Porém, se a multipropriedade for tomada sob o ponto de vista condominial, cada direito real de propriedade será plenamente realizado sobre parcelas ideais certas e determinadas do bem, *in casu*, definidas pela fração temporal atribuída a cada condômino. Dessa maneira, permite-se que “A” ofereça sua fração de tempo, individualmente considerada, para o pagamento da dívida, permanecendo os demais multiproprietários com o direito preservado.

Na mesma linha de raciocínio, se a multipropriedade fosse um novo direito real, tendo um proprietário a pretensão de onerar o imóvel — cedendo-o em hipoteca ou anticrese —, este bem seria afetado em sua totalidade, pelo que dispõe o art. 1.419 do Código Civil: “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

A multipropriedade, compreendida como um condomínio edilício — em que cada um dos proprietários possui fração ideal da coisa —, permite que seja onerada somente a parcela de tempo do coproprietário-devedor, subsistindo incólumes os direitos dos demais multiproprietários. Assim, poderão os demais coproprietários alienar ou onerar as respectivas frações temporais sem que o credor da obrigação possua o direito de seqüela sobre suas cotas, consistente no poder de perseguir a coisa nas mãos de quem quer que se encontre para o adimplemento da dívida. Com efeito, o § 2º do art. 1.420 dispõe: “A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver”.

Tomando-se então a multipropriedade sob a perspectiva de um condomínio edilício, não haverá direito de preferência na aquisição de cotas pelos condôminos, que podem usar, fruir e dispor livremente de suas unidades, conforme o inciso I do

art. 1.335 do Código Civil, equiparável ao § 1º do art. 1.358-L do Código Civil, inserido pela Lei nº. 13.777/2018 (salvo disposição em sentido contrário no instrumento de constituição ou na convenção do condomínio em multipropriedade).

Assim, pelo regime jurídico que consolida a multipropriedade no Brasil, esse modo de exercício da propriedade é uma modalidade condominial edilícia, resultante de um ato jurídico registrável/averbável no Registro Geral de Imóveis; não é, portanto, um direito real autônomo, de modo que a *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça — manifestada no Recurso Especial nº 1.546.165/SP — perde sentido ante o novo regime jurídico do *time-sharing* inaugurado pela Lei nº. 13.777/2018.

Há um “*co-domínio*” sobre a coisa, ou seja, esta pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente; há uma repartição da propriedade de um bem imóvel em unidades temporais autônomas para cada proprietário, em que a característica marcante é a periodicidade. E é nesse ponto que reside a principal diferença entre o condomínio tradicional e o condomínio em multipropriedade: no primeiro, os coproprietários exercem seus direitos sobre a integralidade da coisa ao mesmo tempo, por meio do uso, fruição e disposição da coisa; já no segundo, o exercício do uso e da fruição do imóvel pelos multiproprietários se delimita no tempo pré-fixado negocialmente, proporcional à fração ideal que possuem.

Com efeito, a *ratio legislatoris* conseguiu captar as autênticas finalidades do instituto.

Conclusão

A multipropriedade apresenta-se como alternativa facilitadora para aqueles que desejam adquirir um imóvel e não dispõem de meios suficientes para tanto, a fim de desfrutá-lo para o próprio lazer ou mesmo tirar dele proveito econômico. Dentre as suas principais vantagens, estão o rateio do valor de aquisição do bem e das despesas com segurança, manutenção e impostos pelos diversos multiproprietários.

A despeito do vácuo legislativo, o instituto já vinha sendo utilizado pelo ramo imobiliário brasileiro, aplicando as disposições condominiais edilícias à multipropriedade. Ocorre, porém, que havia aqueles que defendiam que a multipropriedade tinha natureza real, a ela se aplicando, desse modo, o regime jurídico dos direitos reais.

No intento de colocar um ponto final nas discussões sobre a natureza jurídica do *time-sharing* no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº. 1.546.165/SP, reconheceu o direito real de um dos multiproprietários para que a ordem de penhora sobre o bem não recaísse sobre a sua totalidade, mas apenas sobre a parcela do imóvel pertencente ao devedor. Tal julgamento, ocorrido em 2016 — e, portanto, anterior à nova Lei da Multipropriedade (Lei nº. 13.777/2018) — pautou-se, sobretudo, em três argumentos: que o Código Civil não traz vedação expressa à criação de novos direitos reais; que os direitos reais se harmonizam com o verdadeiro objetivo da multipropriedade; e que a ausência de regulamentação específica não deve obstar a

adequação dos emergentes fatos sociais pelo Judiciário, a fim de que lhes seja dada a correta prestação jurisdicional.

Por outro lado, não se pode olvidar a importância histórica da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais, os quais se apresentam como limitadores da autonomia negocial no âmbito do Direito das Coisas. Por eles, visa-se dar transparência ao sistema, de forma a viabilizar a publicidade através do Registro Público e, assim, dar concretude à oponibilidade erga omnes dos direitos reais.

A despeito da *ratio decidendi* no julgamento do REsp. n.º. 1.546.165/SP, no sentido de que o Código Civil não traz vedação expressa à criação de outros direitos reais, a pesquisa revelou que houve, de fato, a opção legislativa pela adoção do *numerus clausus* e da tipicidade. Todas as vezes em que o legislador pretendeu criar um novo direito real na vigência do Código Civil, tratou de acrescentar um novo inciso ao rol de direitos reais do art. 1.225, como foi o caso da concessão de uso especial para fins de moradia, da concessão de direito real de uso e do direito real de laje.

Disso se extrai que o STJ não precisava criar um direito real de multipropriedade ou mesmo se afastar dos princípios da taxatividade e da tipicidade. Bastava vislumbrar a multipropriedade como uma nova modalidade condominial edilícia, derivada de um negócio jurídico celebrado entre as diversas partes. A pesquisa revelou que, no Brasil, a multipropriedade é uma nova maneira de exercício do direito de propriedade, que considera outra variável: a temporal.

A Lei n.º. 13.777/2018 colocou fim às dúvidas que existiam e tratou de definir a multipropriedade exatamente como um regime de condomínio, no qual o direito de propriedade é exercido por cada um dos proprietários de maneira exclusiva e alternada no tempo. Assim, o instituto não é um direito real autônomo, tendo em vista que o registro recai sobre o ato jurídico de constituição da multipropriedade (art. 1.358-F do Código Civil), o qual definirá a fração de tempo que cabe a cada um dos multiproprietários, e não sobre o direito de multipropriedade em si.

Referências bibliográficas

- Alvim, A. (1987). *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In Y. S. Cahali (Org.), *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência* (pp. 39-67). São Paulo: Saraiva.
- Bessone, D. (1988). *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva.
- Beviláqua, C. (2003). *Direito das coisas: coleção história do direito brasileiro*. Brasília: Senado Federal.
- Dantas, B. (2018). Tipicidade dos direitos reais. *Revista Jurídica da Presidência*, 121, 439-463. DOI: 10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1813
- Diniz, M. H. (2010). *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 4. 27 ed. São Paulo: Saraiva.
- Diniz, M. H. (2002). *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 4. 17 ed. São Paulo: Saraiva.
- Fernandes, L. C. A. (2009). *Lições de direitos reais*. Lisboa: Quid Juris.

- Gatti, E. (1984). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gonçalves, C. R. (2016) *Direito civil brasileiro: Direito das Coisas*. Vol. 5. 11 ed. São Paulo: Saraiva.
- Margarida, M. P. (25 jun., 2018). Fractional X Timesharing. *Revista Turismo Compartilhado*. Acesso em 09 de abril de 2020 de <http://revista.turismocompartilhado.com.br/2018/06/25/fractional-x-timesharing-e-a-usufruição-da-propriedade-por-monica-paula-margarida/>
- Melo, M. A. S. de. Multipropriedade imobiliária. *Revista de Direito Imobiliário*, 70, 19-81.
- Monteiro, J. B. (1987). *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Oliveira, C. E. E. de (26 dez., 2018). Considerações sobre a recente lei da multipropriedade ou da Time-sharing (Lei nº 13.777/2018). *Instituto de Direito Imobiliário do Brasil*. Acesso em 02 de fevereiro de 2020 de <https://infographya.com/files/lei-multipropriedade-IRIB-artigo.pdf>
- Peres, S. F. de C. (2018). *A controvérsia do direito real da multipropriedade imobiliária no direito privado*. Monografia, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.
- Rudden, B. (1987). Economic theory v. property law: the numerus clausus problem. In J. Bell & J. Eekelaar (Orgs.), *Oxford Essays in jurisprudence* (pp. 239-263). Oxford: Clarendon Press.
- Saraiva, B. de S. (2013). Uma análise jurídica da multipropriedade imobiliária. *Revista Themis da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. 9, 95-113.
- Tepedino, G. (30 jan., 2019). *A multipropriedade e a retomada do mercado imobiliário*. Consultor Jurídico. Acesso em 03 de fevereiro de 2020 de <https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/tepedino-multipropriedade-retomada-mercado-imobiliario>
- Tepedino, G. (2015). Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária. In F. de O. Azevedo & M. A. B. de Melo. *Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira* (pp. 512-522). São Paulo: Atlas, 2015.
- Vanzella, R. D. F. (2009). *Numerus clausus dos direitos reais e autonomia nos contratos de disposição*. Tese Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Venosa, S. de S. (2004). *Direito civil: direitos reais*. Vol. 5. 4 ed. São Paulo: Atlas.
- Viegas, C. M. de A. R. & Pamplona Filho, R. (2019). A multipropriedade imobiliária à luz da lei 13.777/2018. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 75, 91-118. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2019V75P91.

A (in)eficácia jurídica do contrato de namoro e as repercussões sucessórias do reconhecimento da união estável no Direito brasileiro (*)

The legal (in)effectiveness of the dating contract and the successive repercussions of the recognition of the stable union in brazilian law

La (in)eficacia jurídica del contrato de noviazgo y las consecuencias sucesorias del reconocimiento de la unión estable en la legislación brasileña

Larissa de Mello Estephanelle¹

Bruna Figueira Marchiori²

Gilberto Fachetti Silvestre³

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral⁴

(*) Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 28/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu – Itaperuna (UNIG). larissa_mello94@hotmail.com
- ² Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq); Bolsista de Iniciação à Docência na modalidade PAEPE I (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”. brunafigueiramarchiori@gmail.com
- ³ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo”; Advogado; www.desafiosdoprocesso.ufes.br gilberto.silvestre@ufes.br
- ⁴ Professora dos cursos de Direito e Medicina. Pós-doutoranda em Direito Civil e Processo Civil – UFES. Doutora e Mestre em Cognição e Linguagem – UENF. Membro Efetivo da Associação de Bioética Jurídica da Universidade Nacional de La Plata. Coordenadora do Grupo de estudo e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana. hildeboechat@gmail.com

Sumário: Introdução. **1.** A eficácia jurídica dos contratos de namoro. **2.** Julgados acerca da in(eficácia) do contrato de namoro: pesquisa documental qualiquantitativa **3.** O âmago da questão: autonomia da vontade ou problemas sucessórios do reconhecimento da união estável? – Conclusões. – Referências.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar a eficácia do “contrato de namoro” no afastamento da caracterização da união estável e de seus consectários patrimoniais. Além disso, busca demonstrar que as maiores repercussões patrimoniais do reconhecimento da união estável encontram-se na esfera sucessória e não propriamente de Direito de Família. A análise do presente objeto de pesquisa possui grande relevância, na medida em que se mostra tema recente e amplamente controvertido na literatura jurídica brasileira. Para atingir o fim proposto, a pesquisa adotou sobretudo uma abordagem qualitativa, a partir da revisão da literatura jurídica. Em segundo plano, valeu-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para identificar a partir da *ratio decidendi* desses julgados a interpretação de importantes tribunais brasileiros sob a matéria em comento. Os dados obtidos indicam que pela natureza jurídica da união estável, não é possível conferir eficácia aos contratos de namoro. Ademais, demonstrou que somente soluções oriundas do campo do direito sucessório tem o condão de atenuar a insegurança advinda das implicações patrimoniais do reconhecimento da união estável.

Palavras-chave: Contrato de namoro, união estável, autonomia da vontade, Direito das Sucessões.

Abstract: This article aims to analyze the effectiveness of the “dating contract” in moving away from the characterization of the stable union and its patrimonial consulars. Furthermore, it seeks to demonstrate that the greatest patrimonial repercussions of the recognition of the stable union are found in the succession sphere and not exactly of family law. The analysis of the present research object has wide relevance, as it is a recent and widely controversial theme in the Brazilian legal literature. To achieve the aimed purpose, the research adopted mainly a qualitative approach, based on the review of the legal literature. In the background, it used the analysis of judgments of the Superior Court of Justice, the Court of Justice of São Paulo and the Court of Justice of Rio Grande do Sul to identify from the *ratio decidendi* of these judgments the interpretation of important Brazilian courts under the matter in question. The data obtained indicate that due to the legal nature of the stable union, dating contracts cannot be made effective. Moreover, research has shown that only solutions from the field of inheritance law are able to mitigate the insecurity arising from the patrimonial implications of recognizing the stable union.

Key words: Dating contract, stable union, autonomy of the will, inheritance law.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la efectividad del “contrato de noviazgo” para alejarse de la caracterización de la unión estable y sus reflexiones patrimoniales. Además, busca demostrar que las mayores repercusiones patrimoniales del reconocimiento de la unión

estable se encuentran en el ámbito sucesorio y no exactamente del derecho de familia. El análisis del presente objeto de investigación tiene gran relevancia, ya que es un tema reciente y ampliamente controvertido en la literatura jurídica brasileña. Para lograr el propósito propuesto, la investigación adoptó principalmente un enfoque cualitativo, basado en la revisión de la literatura jurídica. En segundo plano, utilizó el análisis de sentencias del Tribunal Superior de Justicia, del Tribunal de Justicia de São Paulo y del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul para identificar a partir de la *ratio decidendi* de estas sentencias la interpretación de importantes tribunales brasileños en el asunto en cuestión. Los datos obtenidos indican que, debido a la naturaleza jurídica de la unión estable, los contratos de noviazgo no pueden hacerse efectivos. Además, demostró que solo las soluciones provenientes del campo del derecho sucesorio son capaces de mitigar la inseguridad derivada de las implicaciones patrimoniales del reconocimiento de la unión estable.

Palabras clave: Contrato de noviazgo, unión estable, autonomía de la voluntad, Derecho de sucesiones.

Introdução

Em decorrência da sutil diferença existente entre o namoro e a união estável no direito brasileiro, bem como em razão dos amplos consectários patrimoniais advindos da configuração da união estável, muitos casais de namorados tem buscado realizar “contratos de namoro” com o intuito de garantir segurança patrimonial.

Ocorre que tratando-se de uma figura recente, a literatura jurídica brasileira tem divergido muito sobre a idoneidade da utilização destes instrumentos para o afastamento da caracterização da união estável. Por isso, o presente trabalho busca verificar a eficácia jurídica destas declarações. Também se mostra pertinente escrutinar quais são os principais problemas advindos da configuração da união estável e, portanto, quais são as razões pelas quais os casais têm realizado contratos de namoro.

Para atingir o fim proposto, foi realizada uma revisão de literatura e uma análise de julgados a fim de verificar o atual estado d’arte sobre a temática em análise, valendo-se do método indutivo para traçar conclusões gerais a partir da observação de fenômenos específicos.

Especificamente em relação a revisão de julgados, foi realizada uma análise quantiquantitativa de julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para verificar como se posicionam esses tribunais em torno do tema da eficácia dos contratos de namoro.

1. A eficácia jurídica dos contratos de namoro

É tênue a diferença entre o namoro e a união estável no direito brasileiro. Para além do aumento da intimidade e proximidade entre os casais de namorados na atualidade, a ausência de formalismos para a configuração da união estável acaba por gerar uma zona cinzenta entre os dois institutos.

Diferentemente do que ocorre no direito francês, que exige a coabitação para a configuração do *concubinage* (BÉNABENT, 2014, p. 315) ou do direito português, que determina prazo superior a dois anos para garantir efeitos jurídicos à convivência em regime de comunhão de mesa, leito e habitação (CAMPOS, 2019, p. 104), a caracterização da união estável no país mostra-se menos rígida.

São requisitos para a configuração da união estável no direito brasileiro: reconhecimento público da condição de cônjuges, *affectio maritalis*, assistência mútua e relacionamento de cunho sexual exclusivo (pelo menos, em regra) (HERKENHOFF; DIAS; LIMA NETO, 2020, p. 52).

Ainda que a flexibilidade destes requisitos faça sentido, na medida em que seria difícil confinar aprioristicamente em fórmulas taxativas as diferentes configurações possíveis desta entidade familiar (BARBOSA MOREIRA, 2003), é inevitável a conclusão de que o subjetivismo dos critérios gera certa medida de insegurança, ainda mais quando vários destes requisitos podem ser facilmente identificáveis em determinadas relações de namoro (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 124).

A situação é ainda mais problemática quando se observa que, apesar da configuração da união estável no Brasil ser menos rígida, os seus efeitos patrimoniais são mais intensos do que os observados em legislações estrangeiras. Por isso, Mário Delgado (2014) afirma que quando o legislador e a jurisprudência buscam regulamentar a união estável de modo a conferir-lhe os efeitos patrimoniais da sociedade conjugal, na prática impõem-lhes um verdadeiro casamento forçado.

A linha divisória entre namoro e união estável tornou-se mais sutil com a construção jurisprudencial da figura do namoro qualificado, mormente a partir do Recurso Especial 1.454.643. O namoro qualificado é um namoro durável, de convivência e intimidade contínuas, que se configura com o estreitamento da relação de namoro convencional. Segundo o Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do julgado, este namoro possui em muitos casos um único traço distintivo da união estável: a ausência da intenção presente de constituir uma família. Colaciona-se a seguir a ementa deste julgado paradigma sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. (...) 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR,

EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. (REsp 1454643/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, j. 03/03/2015, DJe 10/03/2015).

É justamente este o contexto que propiciou o desenvolvimento e popularização da figura do “contrato de namoro”. Muitos casais de namorados que possuem relacionamentos mais sólidos e duradouros, temendo a caracterização da união estável e de seus consectários patrimoniais, têm firmado “contratos” no intuito de afastar a qualificação da união estável.

Nesse sentido, são firmadas escrituras que supostamente possuiriam eficácia declaratória de negar o *affectio maritalis* e, assim, proteger o casal da configuração da união estável. Pelo menos, este têm sido o objetivo na realização destas declarações.

Mas este instrumento tem, de fato, condão de propiciar os fins a que se destina? Em outras palavras, o contrato de namoro é instrumento idôneo para obstar a configuração da união estável?

Para enfrentar essa questão, é importante que se scrutine a natureza jurídica da união estável, a fim de compreender de que forma a vontade humana interfere na constituição desta entidade familiar.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2008, p. 110) a união estável é um ato-fato jurídico, visto que os requisitos legalmente previstos para a sua caracterização compreendem elementos exclusivamente fáticos e que independem da declaração de vontade dos companheiros. Conforme Pontes de Miranda (2012, p. 158) são atos-fatos jurídicos os atos humanos em que não houve vontade ou nos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade.

Ainda que a classificação trazida por Paulo Lôbo seja majoritária na literatura jurídica brasileira, é possível encontrar dissonâncias como a encampada por Marcos Bernardes de Mello (2010, p. 161) e ratificada por Marília Pedroso Xavier (2015). Para os autores, a união estável é ato jurídico composto pela manifestação da vontade, visto que é necessária uma manifestação de vontade de se constituir família que se manifestará no estado de fato de união estável.

Fato é que, diferentemente do que ocorre com o casamento, a legislação civil não coloca a vontade de constituição da união estável como requisito para a sua configuração. O que é exigido, enquanto requisito subjetivo, é a intenção presente de constituição de família. Este *affectio maritalis* pode ou não estar acompanhado do desejo do casal de constituir união estável e de se submeter a seus efeitos patrimoniais. Assim, na hipótese de descompasso entre a vontade manifestada e a realidade fática apresentada, é a realidade que deve imperar. Esta premissa é fundamental na análise da idoneidade do contrato de namoro no afastamento da configuração da união estável.

O preenchimento dos requisitos legais para que se caracterize a união estável depende dos fatos submetidos à apreciação do julgador (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 145). Por isso, é evidente que nenhuma declaração de vontade contrária à realidade fática demonstrada no acervo probatório tem condão de impedir a sua configuração.

É importante ressaltar que o denominado “contrato” de namoro pode possuir relativa eficácia no sentido de investigar o *animus* das partes (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2014, p. 435), auxiliando o julgador na análise do conjunto probatório. Todavia, mesmo nesse caso, percebe-se que essa declaração realizada pelo casal pode possuir inclusive efeito contrário ao objetivo das partes, sendo entendida como prova pré-constituída que aponta a existência de uma relação duradoura entre as partes, com *affectio maritalis* e demonstrativa da existência de união estável.

Assim, fica evidente que o objetivo precípua da utilização dos contratos de namoro – garantia da segurança patrimonial – não subsiste diante da análise da natureza jurídica da união estável. Esses “contratos” podem ser, inclusive, verdadeiras armadilhas para as partes, que na busca de segurança, acabam por ajudar a produzir material probatório em sentido contrário aos seus interesses.

2. Julgados acerca da in(eficácia) do contrato de namoro: pesquisa documental qualitativa

Para ter uma noção da posição de importantes tribunais brasileiros acerca da matéria em comento, foi realizada uma pesquisa de julgados no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro valendo-se do argumento lógico “contrato de namoro” e filtrando tanto acórdãos como decisões monocráticas, sem estabelecer limitações temporais para a filtragem dos julgados. Foram excluídas da análise decisões advindas de embargos de declaração.

Desta pesquisa, foram encontrados 3 julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e 1 julgado no Superior Tribunal de Justiça. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não foram encontrados resultados compatíveis com o argumento lógico de pesquisa. Esses dados se organizam da seguinte forma:

Tabela 1: Resultados obtidos a partir do termo lógico de pesquisa.

Tribunal	Número de resultados obtidos
STJ	1
TJSP	3
TJRS	4
TJRJ	0
TJMG	0

Os julgados obtidos foram novamente filtrados a fim de selecionar apenas aqueles que de fato trouxessem posições claras acerca do tema. Os resultados após essa segunda filtragem podem ser sistematizados da seguinte maneira:

Tabela 2: Julgados selecionados após filtragem.

Tribunal	Julgados
STJ	AREsp 1149402
TJSP	APL 1000884-65.2016.8.26.0288; APL 1015043-04.2017.8.26.0506.
TJRS	APL 70075248823; APL 70032922536; APL 70033655374.

O objetivo não foi analisar a decisão em si proferida em cada um desses julgados, mas analisar as considerações realizadas na *ratio decidendi* dessas decisões acerca da idoneidade do contrato de namoro no afastamento da união estável.

No caso do Agravo em Recurso Especial 1.149.402, o Relator Ministro Geraldo Og Fernandes aduziu que da mesma forma que "contrato de união estável" celebrado antecipadamente à consolidação desta relação não será eficaz, um "contrato de namoro" não terá validade em caso de separação, se, de fato a união tiver sido estável.

Na apelação 1000884-65.2016.8.26.0288 o relator alega que o contrato de namoro celebrado entre as partes é válido, na medida em que inexistente vício de vontade que poderia ensejar, de plano, o reconhecimento de eventual nulidade.

Na apelação 1015043-04.2017.8.26.0506, os elementos de prova colacionados aos autos atestam que as partes mantiveram relacionamento público, duradouro e "more uxório", isto é, animado pelo objeto de constituir família. Além disso, segundo a relatora o contrato de namoro que o requerido queria que a autora assinasse não era suficiente para atestar que o relacionamento "more uxório" perdurou até a data nele indicada.

Na apelação 70075248823, o julgador afirmou que o contrato de namoro pode possuir idoneidade para afastar a configuração da união estável. Nas apelações 70032922536 e 70033655374, por sua vez, entendeu-se que esses instrumentos não possuem nenhuma eficácia, jamais alcançando seu intento de afastar a configuração da entidade familiar.

3. O âmago da questão: autonomia da vontade ou problemas sucessórios do reconhecimento da união estável?

É possível encontrar na literatura jurídica brasileira (v.g. Marília Pedrosa Xavier e Rodrigo Cunha Pereira) posições favoráveis à eficácia do contrato de namoro. Em suma, esse posicionamento é justificado pelos autores com base na premissa de que não há disposição legal que vede a pactuação de contratos de

namoro e que, portanto, este instrumento deve ser válido para que se prestigie a autonomia da vontade e a liberdade de contratar das partes.

É bom destacar como premissa o significado da expressão autonomia da vontade e sua diferença em relação ao instituto da autonomia privada. Assim preleciona Judith Martins-Costa (2018):

Eixo do Direito Privado, a expressão “autonomia privada” é polissêmica. Frequentemente é confundida com a noção de “autonomia da vontade”, cujo núcleo está no querer, enquanto “autonomia privada” denota poder de autorregulamentação de interesses privados. Em termos muito sintéticos, a autonomia privada: (i) constitui o fundamento da ação jurídico-privada e (ii) traduz uma fonte de poder normativo, pelo qual se formam e são criados os negócios jurídicos, atos pelos quais os particulares exercitam sua liberdade de decisão e de escolha na regulação dos próprios interesses.

Negar-se a possibilidade de autonomia ou perspectivar-se a autonomia privada por um viés negativo equivaleria a violar uma das dimensões mais valiosas da própria personalidade humana, qual seja, a possibilidade de fazer escolhas, tomar decisões, responsabilizando-se por elas (autodeterminação).

É bem verdade que a autonomia privada é importante elemento do direito privado e tem relevante espectro de atuação no Direito das Famílias. Nas palavras de Enzo Roppo (2009, p. 70): “atualmente, de um modo geral, as relações familiares já não incidem negativamente sobre a liberdade e a capacidade contratuais”.

Todavia, vale destacar que na contemporaneidade, a noção de autonomia privada tem sido restringida e balizada pela intervenção estatal. Assim, o poder de iniciativa dos particulares é limitado pela incidência de normas de ordem pública (SILVESTRE; NEVES, 2016, p. 10). Além disso, Frederico de Castro (1982, p. 989) afirma que a autonomia privada é dotada de limites intrínsecos, segundo à sua própria natureza jurídica. Não é outro o pensamento de Francisco dos Santos Amaral Neto (2015, p. 588). Para o autor, esta autonomia deriva-se do ordenamento jurídico estatal e deve ser exercida nos limites fixados por ele.

Essas digressões em torno da autonomia privada tem o intuito de demonstrar que o entendimento de que os contratos de namoro são ineficazes diante dos contornos jurídicos da união estável não se traduz em afronta à autonomia privada.

A autonomia privada não pode objetivar a subtração de direitos que são legalmente reconhecidos por normas de ordem pública. No caso da união estável, o preenchimento de seus requisitos subjetivos e objetivos acaba por trazer direitos (e, conseqüentemente, deveres) de cunho patrimonial às partes, conforme disposições próprias da lei e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Compreender que a manifestação de vontade traduzida em contrato de namoro tem o condão de afastar em absoluto a caracterização dessa entidade familiar, independentemente do que demonstram as demais provas, seria desprezitar os limites internos e externos do princípio da autonomia da vontade. Conforme Rolf Madaleno (2013, p. 91), o exercício amplo da autonomia privada não significa exercê-la sem limites ou como um poder absoluto.

Ainda que sejam polêmicas e até mesmo criticáveis as amplas repercussões patrimoniais advindas do reconhecimento do ato-fato jurídico da união estável, não se mostra arrazoada a tentativa de contornar este problema por meio do exercício desmedido e descuidado de autonomia da vontade. Mais do que isto, essa tentativa

não atinge o âmago da questão relacionada aos efeitos patrimoniais do reconhecimento desta entidade familiar. Explica-se.

Não são os efeitos propriamente pertencentes ao Direito de Família as principais dificuldades advindas do reconhecimento da união estável. Isto porque para resguardar a autonomia patrimonial, as partes em união estável podem convencionar o regime de separação convencional de bens. O problema não está nos conseqüências patrimoniais em vida, mas em suas repercussões sucessórias.

A partir do RE 878.694/MG e do RE 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal determinou a inconstitucionalidade do art. 1.790 e, portanto, da diferenciação dos regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, sendo aplicados em ambos os casos os regramentos presentes no art. 1.829 do Código Civil. *In verbis*:

Art. 1.790 A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Art. 1.829 A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Com esta interpretação, os companheiros passam a ser herdeiros de primeira classe em concorrência com os descendentes. É evidente que as implicações patrimoniais nesse caso são maiores do que as repercussões no âmbito do Direito de Família, sobretudo porque no atual sistema de Direito das Sucessões brasileiro, muito do que se convencionava em vida não serve para morte. Ou seja, a convenção de um regime de separação de bens não seria suficiente para afastar tamanhas implicações patrimoniais no âmbito sucessório.

As repercussões sucessórias da união estável são atemorizantes para os casais que desejam viver apenas uma relação de compartilhamento de afeto e que não possuem instrumentos para afastar as repercussões sucessórias de uma eventual caracterização de uma entidade familiar. Este cenário é especialmente dificultado diante dos complexos arranjos familiares existentes na atualidade.

Ainda que se possa falar na utilização do instituto da renúncia à herança como uma forma de relativizar os efeitos sucessórios da união estável, esta solução não se

mostra suficiente para resolver o problema que se apresenta. Em primeiro lugar, porque não há segurança prévia de que a renúncia será de fato feita pelo outro companheiro com a abertura da sucessão. Em segundo lugar, porque pode não haver tempo hábil para que a renúncia seja feita no lapso temporal existente entre o falecimento do primeiro companheiro e do segundo companheiro.

Ao fim e ao cabo, o âmago da questão mostra ser os conseqüentários sucessórios advindos do reconhecimento da existência de união estável, que dificilmente conseguem ser afastados em decorrência dos rígidos preceitos legais existentes no ramo do Direito das Sucessões no Brasil.

Os contratos de namoro não se mostram instrumentos hábeis para solucionar esta questão, tendo em vista a natureza jurídica da união estável e a insegurança doutrinária e jurisprudencial existente acerca da validade e eficácia destas declarações de vontade.

A solução para essa questão deve ser trazida pelo próprio Direito das Sucessões. Por mais que as decisões em torno da declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 e da aplicação do art. 1.829 à união estável tenham sido inevitáveis diante do tratamento discriminatório que o ordenamento civil realizava à figura da união estável, anacrônico é o entendimento de que é suficiente um único regime sucessório para atender satisfatoriamente todas as entidades familiares brasileiras (BORGES, 2020, p. 234).

Conforme Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viegas (2019, p. 215) a cada novo passo que dá o Direito de Família no sentido de reconhecer às transformações da realidade social, o Direito das Sucessões vai se tornando mais ultrapassado, na medida que se sedimenta em uma realidade oitocentista que não mais subsiste.

Sobre o tema, Ana Luísa Nevares (2014, p. 162) afirma ser “muito pertinente nos questionarmos sobre a posição do cônjuge e do companheiro na vocação hereditária, ponderando se não seria o caso de ampliar a liberdade do testador em relação ao consorte”.

Na atual sistemática do direito sucessório a autonomia de testar é limitada pelo instituto da legítima, previsto no artigo 1.789 do Código Civil, que preceitua que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Ocorre que o rol dos herdeiros necessários e a disciplina da legítima no direito sucessório brasileiro são ditados exclusivamente por critérios abstratos que não levam em conta fundamentos de necessidade econômica das partes (SCHREIBER; VIEGAS, 2019, p. 240) e que, por vezes, acabam compreendendo verdadeiras figuras legitimadoras de injustiças diante da realidade fática do Direito das Famílias na atualidade.

Por exemplo, o simples fato de possuir um companheiro, independentemente da realidade socioeconômica deste faz com que haja limitações ao direito de testar do outro companheiro, na medida em que se entende na atualidade que o companheiro, em analogia ao cônjuge, é um herdeiro necessário.

Assim, companheiros afortunados acabam tendo restritos os direitos de destinação de sua fortuna para a prole, inclusive para filhos de relações amorosas pretéritas, pelo engessamento da figura da legítima.

Repise-se que nem mesmo a pactuação da separação convencional de bens tem condão de modificar esta situação, na medida em que malgrado nessa hipótese não tenha o companheiro direito à meação, terá quota sucessória idêntica a dos descendentes do autor da herança (GOMES, 2019, p. 193).

É imperativo notar, portanto, que a ampliação da margem de liberdade dos companheiros no ajuste de suas vidas financeiras e patrimoniais é necessária para adequação do direito sucessório à atual dinâmica do Direito de Família (GOMES, 2019, p. 195).

Com isso não se quer dizer que deve ser abolida a figura da legítima ou que seus moldes devem ser relegados exclusivamente à análise dos casos concretos. Isto seria cair novamente no exercício desmedido da autonomia da vontade, como se este fosse um direito absoluto.

O que se defende é uma releitura funcional da legítima, que leve em consideração, mesmo que de forma abstrata, a vulnerabilidade dos herdeiros, a liberdade individual e a função promocional do direito (SCHREIBER; VIEGAS, 2019, p. 240).

Conclusões

O número limitado de julgados obtidos pela pesquisa quali quantitativa realizada faz com que não seja possível se falar em uma jurisprudência dos tribunais acerca do assunto. Todavia, estes julgados trazem duas interessantes constatações.

A primeira é de que apesar do tema ser amplamente discutido em sede doutrinária, ele não parece ser muito discutido judicialmente. Mesmo em tribunais que possuem uma grande envergadura e onde tramitam um número grande processos, poucos foram os julgados que versavam sobre esta temática.

Uma outra importante observação é de que mesmo dentro do pequeno universo de julgados, o tema não se mostra pacífico. É possível identificar posições diametralmente opostas em torno da utilização dos contratos de namoro como instrumentos hábeis para a descaracterização da união estável.

Além disso, pode-se concluir que as verdadeiras inseguranças advindas da configuração da união estável concentram-se na esfera sucessória. O anacronismo dos atuais contornos do direito sucessório no Brasil faz com que não se apresente, de pronto, uma solução para a questão. Apenas a evolução da disciplina do Direito das Sucessões de forma a se adequar aos rumos contemporâneos do Direito das Famílias é capaz de fornecer ferramentas hábeis para a garantia de segurança patrimonial aos companheiros.

Referências

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil: parte geral**. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Uniões estáveis homoafetivas entre a norma e a realidade: em busca da igualdade substancial. In: **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 24, n. 02, p. 121-147, 2020.
- BÉNABENT, Alain. **Droit de la Famille**. Issy-les- Moulinaux: LGDJ, 2014.
- CAMPOS, Mónica Martinez de. **Aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais da evolução das relações familiares no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Universidade Portucalense. Porto, 2019.
- DE CASTRO, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. In: **Anuario de derecho civil**, v. 35, n. 4, p. 987-1086, 1982.
- DELGADO, Mário. O Paradoxo da União Estável: um Casamento Forçado. In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Lex Magister/IASP, v. 2, p. 5-21, 2014.
- GOMES, Renata Raupp. **Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2019.
- LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 101-116.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre a classificação do fato jurídico da união estável**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Org.). **Famílias no direito contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 143-163.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Ano IV, n. 21, p. 5-15, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O Direito das Sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia (UFBA). Salvador, 2019.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. (tradução de Ana Coimbra e Januário Gomes). Coimbra: Almedina, 2009.
- SCHEREIBER, Anderson; VIEGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. In: **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 19, p. 211-250, 2019.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio Jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo Novo Código de Processo Civil. In: **Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, n. 3, p. 1-45, 2016.
- XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro: Amor líquido e Direito de Família mínimo**. Paraná: Clássica Editora, 2015.

DERECHO PENAL

La violencia filio-parental ante una precisa reforma legislativa en España^(*)

Filial-parental violence in the face of a precise legislative reform in Spain

Rocío Leal Ruíz¹

Sumario: Introducción. **I.** Evolución de la violencia filio-parental. **II.** Violencia filio-parental y la legislación actual. **III.** Propuesta para una reforma legislativa. – Conclusiones. – Referencias bibliográficas. – Propuesta de definición de violencia filio-parental.

Resumen. La violencia filio-parental es una problemática muy difícil de afrontar para las familias que la sufren. El presente artículo pretende buscar una aproximación sobre el concepto de este fenómeno para poder afrontarlo desde la raíz y que se considere un tipo específico en el Código Penal español. Para ello empezaremos con una introducción sobre la importancia de la familia para la sociedad. A continuación, se realizará un estudio sobre la evolución de este fenómeno en nuestro país y la legislación penal vigente. Por último, se realizará una propuesta del concepto de violencia filio-parental que se adecúe en lo máximo a esta problemática. La metodología que vamos a utilizar es multidisciplinar, mediante la que revisaremos artículos doctrinales, jurisprudencia y las noticias actuales más relevantes, debido a que este fenómeno no tiene una figura penal propia y por consiguiente no existen datos específicos segregados de las instituciones públicas, excepto de la Fiscalía General del Estado.

Palabras claves. Violencia filio-parental, agresiones de hijos a padres, violencia filio-parental y legislación actual, violencia filio-parental y tipificación penal.

^(*) Recibido: 25/08/2020 | Aceptado: 28/12/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduada en Derecho por la UNED. Máster Universitario en Acceso a la Abogacía por la UNED. Directora de TFM en Derecho Penal Económico por la UNIR. Doctoranda en Derecho Penal Universidad de Jaén.
rocioleal69@hotmail.com

Abstract. Filio-parental violence is a very difficult problem for families suffering from it. This article aims to seek an approximation of the concept of this phenomenon in order to be able to deal with it from the root and to be considered a specific type in the Spanish Penal Code.

To do this we will start with an introduction on the importance of the family to society. A study will then be carried out on the evolution of this phenomenon in our country and the current criminal legislation. Finally, a proposal will be made of the concept of filio-parental violence that best suits this problem.

The methodology we are going to use is multidisciplinary, through which we will review doctrinal articles, jurisprudence and the most relevant current news, because this phenomenon does not have its own criminal figure and therefore there are no specific segregated data from public institutions, except from the State Attorney General's Office

Key words. Child-to-parental violence, attacks by children on parents, child-to-parent violence and current legislation, classification of child-to-parent violence.

Introducción

La familia a lo largo de la historia ha sido el núcleo fundamental de la sociedad, pues a través de ella se transfieren los valores principales de cada época. En la actualidad existen diferentes composiciones familiares como pueden ser: familias sin hijos, biparentales con hijos, monoparentales, homoparentales, de acogida, adoptivas y extensas², que cumplen la misma función social:

la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde. Es el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de una generación a otra. (Gustavikno³).

La importancia que tiene la familia se encuentra plasmada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ en su artículo 16.3. aseverando que «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». Refrendado por la Constitución Española⁵ en su artículo

² Observatorio FIEEX de las familias y la infancia de Extremadura (2020). Disponible en: <https://bit.ly/30sEkBN>, (fecha de última consulta: 18 de agosto de 2020).

³ Gustavikno, E. (1987). *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia*. Tomo I. Segunda Edición. Argentina, pág. 13.

⁴ [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) de [Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A \(III\) del 10 de diciembre de 1948. París](#). Disponible en: <https://bit.ly/2ZM3X1A>, (fecha de última consulta: 12 de agosto de 2020).

⁵ Constitución Española. Cortes Generales «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. Disponible en: <https://bit.ly/2ZF08Jy>, (fecha de la última consulta: 12 de agosto de 2020).

39.1 donde nos ilustra señalando «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

Señala un proverbio africano que «La familia está como el bosque, si usted está fuera de él solo ve su densidad, si usted está dentro ve que cada árbol tiene su propia posición». ¿Pero qué ocurre cuando un miembro invade un lugar que no le corresponde? Entonces se puede producir una alteración de la estabilidad familiar derivada de diferentes tipos de violencia (que variará según los implicados) la cual denominaremos violencia intrafamiliar.

La violencia intrafamiliar, ya sea por acción u omisión, tiene diferentes formas de manifestarse, como puede ser: el maltrato físico y/o psicológico, negligencia, abusos o agresiones sexuales, Síndrome de Münchausen⁶, etc. Así, tenemos el maltrato o violencia de menores en el que el sujeto pasivo es el menor y el sujeto activo uno o varios adultos dentro del ámbito familiar, violencia doméstica donde los sujetos activos y pasivos son la pareja, violencia filio-parental en la cual el sujeto pasivo son los progenitores o adultos que ocupan ese lugar, y el sujeto activo es el hijo/a, violencia de ancianos en donde el sujeto activo es algún miembro de la familia incluido los menores y el sujeto pasivo un anciano, y violencia entre hermanos donde los sujetos activos y pasivos son los miembros más jóvenes de la familia. Podemos apreciar que los implicados no son los mismos en los diferentes tipos de violencia, y los factores son diversos. La complejidad del tema reside fundamentalmente en la afectividad patológica que existe entre ellos. Los individuos que conforman las problemáticas dispares física y psicológicamente no tienen la misma madurez y los lazos emocionales son completamente heterogéneos. Sirva de punto de reflexión la violencia que se puede desplegar hacia los ancianos o la que se puede ejercitar en una pareja.

I. Evolución de la violencia filio-parental.

El primer estudio documentado que se realizó sobre la violencia ejercida de hijos a padres fue en 1957 por Sears, Maccoby & Levin⁷ quienes denominaron este fenómeno como el “Síndrome del padre maltratado” a partir de ahí, este concepto ha tenido multitud de denominaciones como: “Síndrome del Emperador” (Garrido

⁶ Es una enfermedad mental y una forma de maltrato infantil. El cuidador del niño, con frecuencia la madre, inventa síntomas falsos o provoca síntomas reales para que parezca que el niño está enfermo. Vid. Medlineplus, disponible en: <https://cutt.ly/3hOn8LL> (fecha de la última consulta: 12 de diciembre de 2020).

⁷ Sears RR., Maccoby EE & Levin H. (1957). *Patterns of Child Rearing*. Stanford University Press; Edición: First Edition (1 de enero de 1976).

Genovés, 2005)⁸ “pequeños dictadores” (Urra Portillo, 2006⁹) “violencia invertida” (Barbolla, Masa, Díaz, 2011)¹⁰ “violencia filio-parental” (Pereira Tercero, 2006)¹¹.

La violencia filio-parental no es una problemática nueva, sino que ha estado oculta a los ojos de la sociedad. En nuestro país a partir del año 2005 fueron los medios de comunicación los que empezaron a hacerse eco de esta violencia, y muestra de ello es: «Empezó a faltar a clase, a suspender todas las asignaturas, a coquetear con el hachís y las pastillas, a gritar en casa. A imponerse. A darle un guantazo a su madre cuando ésta se atrevía a regañarla» (Jiménez Barca, 2005)¹². E incluso se han emitido programas sensacionalistas como “Hermano mayor”¹³ en *prime time*.

Paralelamente, en el ámbito institucional, la Fiscalía General del Estado en su consulta 3/2004 de 26 de noviembre¹⁴ subrayaba como apunte criminológico: «El dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los maltratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente las madres...».

Esto conllevó a la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado¹⁵ sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes. Existe una preocupación manifiesta en los últimos años por la Fiscalía General del Estado, la cual indica que la proliferación de los malos tratos hacia ascendientes en el ámbito juvenil va en aumento en la Memoria de 2020. Es tal la dimensión de este fenómeno que desde el año 2012 hay un apartado específico donde se especifica la violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos.

⁸ Garrido Genovés, V. (2005). *Los hijos tiranos: El síndrome del emperador*. Madrid: Ariel.

⁹ Urra Portillo J. (2006). *El pequeño dictador: cuando los padres son las víctimas, del niño consentido al adolescente agresivo*. Madrid: La esfera de los libros.

¹⁰ Barbolla Camarero D., Masa Muriel E. y Díaz Bastos G. (2011). *Violencia invertida: Cuando los hijos pegan a sus padres*. Barcelona: Gedisa.

¹¹ Pereira Tercero, R. (2006). «Violencia filio-parental: un fenómeno emergente». *Revista Mosaico*. cuarto época, nº 36. Disponible en: <https://bit.ly/3dktQdx>. (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020).

¹² Jiménez Barca, A. (2005). *Cuando el hijo pega al padre*. El País. Disponible en <https://bit.ly/2BryoRe>, (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020).

¹³ Sus protagonistas son adolescentes de entre 18 y 25 años que tienen comportamientos violentos, agresivos, adictivos, etc. El presentador ejerce como «hermano mayor» e intenta ayudarles a cambiar sus vidas. Como en todos sus *coach* se pretende que el telespectador disponga de un marco de referencia que le pueda servir de ayuda en la educación de sus hijos.

Cuatro. Hermano Mayor. Disponible en: <https://bit.ly/3hvAEq1>, (fecha de la última consulta: 14 de agosto de 2020).

¹⁴ Fiscalía General del Estado: *Consulta 3/2004, de 26 de noviembre. Sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*. Disponible en: <https://bit.ly/3hwLUT1>, (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020).

¹⁵ Circular 1/2010 Sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes. Fiscalía General del Estado. Disponible en: <https://bit.ly/32TZZFS>, (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020).

Esto plantea la necesidad de hacer un estudio de la evolución de la violencia filio-parental en nuestro país. El primer problema que tenemos que abordar es que solo podemos acceder a la fuente oficial de la Fiscalía General del Estado, ya que son los únicos que segregan este tipo de datos con fiabilidad, lo que nos ocasiona el no poder obtener una información real de la magnitud de la problemática, al no poderla contrastar con diversas fuentes. Nos sirve a lo expuesto la reflexión concebida por Redondo y Garrido (2013)¹⁶ «En general, resultará más fácil obtener información sobre el rendimiento académico de los adolescentes que sobre su posible implicación en pequeños hurtos».

El segundo obstáculo al que nos enfrentamos es la cifra negra, pues solo se denuncian entre el 10% Abadías Selma (2018)¹⁷ y el 20% Urra Portillo (2015)¹⁸ debido a que los padres son reticentes a la hora de judicializar esta problemática, ya sea por vergüenza, culpa, sentimientos encontrados, o porque creen que sus hijos van a tener un estigma para siempre.



Fuente: Elaboración propia a partir de las Memorias anuales de la FGE (2007-2019)

¹⁶ Redondo, S. y Garrido, V. (2013). «Método e investigación criminológica» en *Principios de Criminología*, 4ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, pág.132.

¹⁷ Abadías Selma, A. (2018). «La VFP un problema eminentemente familiar: estilos educativos y factores familiares. Características del agresor: perfiles y características. Recursos de intervención en las distintas Comunidades Autónomas», en *La violencia filio-parental: definición y tipos, causas e intervenciones*. Curso de formación continua de la Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 7, 8 y 9 de febrero de 2018.

¹⁸ Urra Portillo, J. (2015). *El pequeño dictador crece. Padres e hijos en conflicto*. Madrid: La esfera de los libros, pág. 39.

A partir aproximadamente del año 2005¹⁹ los datos sobre VFP comenzaron a incrementarse, lo que nos plantea la incógnita sobre quienes en su adolescencia maltrataron a sus progenitores y en la actualidad son adultos ¿Qué modelo educativo han trasladado a sus hijos?

Y hay un último dato más para la reflexión, que consiste en que estamos ante un fenómeno donde se advierte que en numerosas fiscalías provinciales estos delitos son los que más medidas cautelares acarrearán.

II. Violencia filio-parental y la legislación actual.

Actualmente nuestro Código Penal²⁰ no recoge la figura de la violencia filio-parental, por lo que es necesario englobar este tipo de conductas en otros tipos penales existentes. Los tipos penales que se pueden aplicar a esta problemática son los siguientes:

Amenazas: En el Capítulo II, del Título VI, arts. 169 a 171 CP se recogen una serie de conductas, calificadas genéricamente como amenazas.

Tradicionalmente se ha entendido que la amenaza consiste en el anuncio de causar a otro o a su familia un mal en su persona, honor o propiedad, de manera que el núcleo del delito es la exteriorización del propósito de causar un mal. (Gómez Rivero, *et al.* 2020)²¹

La conducta típica reside en la declaración a otro de la intención de causarle a él o a su familia un mal. El mal con el cuál se amenaza debe referirse a la producción de un delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, libertad sexual, intimidad, honor, patrimonio y orden socioeconómico. Como sucedió en el año 2019:

...habiendo procedido también la menor, en fecha 20 de agosto de 2019, a insultar, amenazar de muerte y acorralar en el cuarto de baño a su madre, ante la negativa de esta última a darle dinero; hechos que habrían tenido lugar, en ambos casos, en el interior del domicilio familiar, sin que la menor haya negado tales hechos ante la Fiscalía de Menores, habiéndose acogido a su derecho a guardar silencio. (Audiencia Provincial de Madrid²²).

Las amenazas pueden ser condicionales (exigiendo una cantidad de dinero o condición a cambio de no provocar el mal determinado) o no condicional (sin la exigencia de ninguna contraprestación).

El bien jurídico protegido es la libertad de obrar concretada en la fase de formación de la voluntad o de motivación del sujeto, al mismo tiempo, se tutela el derecho al sosiego o tranquilidad en el proceso de desarrollo de la voluntad. Los

¹⁹ Fiscalía General del Estado. Memoria 2020. Disponible en: <https://bit.ly/39NQ9c5>. (fecha de la última consulta el día 07 de diciembre de 2020)

²⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 Última modificación: 2 de marzo de 2019 Referencia: BOE-A-1995-25444. Disponible en: <https://bit.ly/2OYMxbj>, (fecha de última consulta: 5 de agosto de 2020).

²¹ Gómez Rivero, M^a C., Nieto Martín, A., Cortés Bechiarelli, E. y Núñez Castaño, E. (2020). *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos.

²² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4^a) Auto núm. 625/2019 de 16 de septiembre.

sujetos activos y pasivos del delito pueden ser cualquier persona, por ello se trata de un delito común.

Para el Tribunal Supremo²³ basta para que la infracción penal se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma (peligro abstracto), sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente (peligro concreto).

Son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales: 1º) Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal.

2º) Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que la expresión del propósito sea seria y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines.

3º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad²⁴.

En su elemento subjetivo es preciso la concurrencia de dolo.

Ahora bien, si la amenaza es un mal que no constituye delito procede el artículo 171 CP, que este sí contempla los casos de violencia hacia ascendientes en sus apartados 5 (armas u otros instrumentos peligrosos) y 7 (el que de modo leve amenace) al especificar si el ofendido fuera alguna persona de las contempladas en su artículo 173.2. Estos apartados fueron introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Se trata de conductas que tienen un régimen especial agravado, pues se establecen como delitos especiales, ya que el sujeto activo debe de tener una determinada relación familiar y/o doméstica con el sujeto pasivo.

Como sucedió en este caso en el 2013²⁵

Sobre las 20,20 horas del día 1 de septiembre de 2012, estando en el domicilio indicado, el menor inició una discusión con su madre debido a que ésta se negaba a autorizarle viajar de vuelta a Uruguay. El menor, cada vez más agresivo, comenzó a gritar a su madre, interviniendo Jerónimo, quien recriminó la actitud al menor. En el curso de la disputa, el menor, guiado por el ánimo de quebrantar la integridad física del Sr. Jerónimo, le golpeó, iniciándose un forcejeo entre ambos, sufriendo el Sr. Jerónimo erosión cutánea y dolor en el codo, necesitando una primera asistencia médica, tardando en curar cinco días no improductivos.

Situaciones como la anterior se han repetido en los últimos meses, siendo frecuente que el menor insulte y amenace a su madre, llegando a exhibirle el día 3 de agosto en el domicilio familiar un cuchillo haciendo gestos intimidatorios, al no atender la Sra. Carmen a sus requerimientos...

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 153.2 y 3 del , un delito de amenazas del

²³ Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. 292/2012, 11 de abril de 2012.

²⁴ Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. (4-01-1978, 13-05-1980-, 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985, 18-09-1986)

²⁵ Juzgado número 1 de Barcelona. Sentencia núm. 42/2013 de 19 febrero. JUR 2014\184152.

artículo 171 . 5 y un delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 del Código Penal de los que sería responsable, en concepto de autor el menor.

Los hechos se agravarán cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima. Tenemos que observar que este fenómeno en la mayoría de los casos sucede en el domicilio de la víctima, que también es el del agresor.

Coacciones: Su tipo básico está tipificado en el artículo 172.1 CP, que castiga a quien, con violencia o intimidación, impidiera a otro realizar lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar algo que no quiere, sea justo o injusto.

En la configuración del delito de coacciones (SSTS de fechas 12-7-12 y 17-7-13, y todas las que en ellas se citan), ha de concurrir:

1º Una conducta violenta de contenido intimidativo o vis compulsiva, ejercida contra el sujeto pasivo del delito. Ha señalado el Tribunal Supremo que la vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no sólo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier modalidad de compulsión o ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. De hecho, así se ha reconocido en supuestos de empleo de narcóticos o, incluso, de métodos que no comportan contacto físico con el sujeto pasivo, tales como la hipnosis. (STS 1191/2005, 10 de octubre de 2005).

2º Cuyo *modus operandi* va encaminado como resultado a, en este caso, efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto.

3º Que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos "impedir" y "compeler", elemento subjetivo que se infiere de la conducta externa, voluntaria y consciente del autor, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, bastando el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar o intención de restringir la libertad ajena para someterla a deseos o criterios propios

4º Una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, el cual no debe estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación

5º Para la calificación de la coacción como delito, la referida conducta tenga la intensidad suficiente. (SJM nº. 1 47/2014, 20 de marzo de 2014, de Lleida)

En los delitos de coacciones se protege la libertad y la seguridad (STS de julio de 1990), lo que establece su disposición como tipos abiertos entre los que encuentran acomodo las más diversas figuras delictivas que conllevan la realización de coacciones.

El sujeto activo puede serlo cualquier persona, configurándose como un delito común. El sujeto pasivo solo puede serlo quien tenga una capacidad de voluntad susceptible de ser doblegada por la acción, lo que nos lleva que también pueden considerarse los inimputables excepto aquellos casos en los que falte una mínima capacidad volitiva.

La desaparición de las faltas de nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la reforma de la LO 1/2015 conllevó la introducción de un tercer apartado en el artículo 172 CP donde se incluye el delito de coacción leve, que antes de la reforma

se establecían como faltas previstas en el artículo 620.2 CP. (STS 561/2017, 13 de Julio de 2017).

Es un delito pluriofensivo, con cuya previsión tratan de protegerse varios bienes jurídicos vinculados todos ellos a derechos fundamentales de rango constitucional, de los que cabe destacar la integridad física y moral, así como la dignidad de las personas, la intimidad y la libertad en sus múltiples proyecciones y, entre todos ellos, la familia como ámbito que debe favorecer y no frustrar el desarrollo de la personalidad de quienes conviven en intimidad (STS 701/03, de 16 de marzo).

Estas coacciones en el fenómeno que estamos estudiando se darían cuando el menor destroza el mobiliario de la casa o rompe cosas para que los progenitores hagan lo que no quieren hacer, Audiencia Provincial de Valencia (2019)²⁶: «Violencia que el menor ... también emplea contra objetos, golpeando con puños y patadas a muebles y paredes.»

En el artículo 15 de la Constitución Española se dispone que todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 147.1 CP define la lesión como un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Los elementos básicos que dan lugar al nacimiento de la infracción del delito de lesiones son los siguientes:

a) Originar un daño o mal que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo del delito o falta.

b) Que dicho resultado se lleve a cabo por cualquier procedimiento o por cualquier medio, comprensivo dentro de los mismos, tanto la fuerza física del sujeto activo de la infracción como la utilización por el mismo de cualquier otro medio dirigido a la finalidad de lesionar.

c) Relación de causalidad entre la acción ejecutada y el resultado sobrevenido.

d) La existencia de del dolo genérico de lesionar o *animus laedendi*, requisito o elemento subjetivo del injusto, dolo general indiferenciado o inespecífico, genérico o indeterminado de lesionar, sin que sea preciso que el agente se represente y desee una duración de las lesiones de exacta dimensión, o unas consecuencias residuales de mayor o menor gravedad. (AP de Barcelona (Sección 8ª) Sentencia núm. 277/2006 de 15 marzo)

El sujeto activo puede serlo cualquier persona, configurándose como un delito común. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, excluyéndose los casos de autolesiones. Los tipos agravados los hallamos en los apartados 148 CP (atendiendo al medio empleado o al sujeto pasivo) y 149 CP (atendiendo a la entidad del resultado causado).

SJM nº 1 287/2013, 19 de diciembre de 2013, de Barcelona que nos ilustra:

Cándido sacó una cadena haciéndola girar cerca de la cabeza de Jesús Manuel mientras le impedía que marchara del lugar y con propósito ofensivo le decía cabrón e hijo de

²⁶ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5ª) Auto núm. 954/2019 de 19 septiembre. JUR/2019/269012.

puta, te voy a matar, golpeando finalmente con la cadena a Jesús Manuel. Este aferró por el cuello a Cándido, le tiró al suelo, para repeler la agresión, e impedir que continuara...

A consecuencia de los hechos anteriores Jesús Manuel resultó con fractura de 4º y 5º metacarpo de la mano izquierda que precisó férula inmovilizadora del brazo izquierdo además de 90 días, de ellos 45 improductivos...

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 147, párrafo primero, del CP, con apreciación del subtipo agravado del art. 148.1º del mismo texto legal, al haberse empleado en la agresión medios especialmente peligrosos para la integridad física.

El artículo 153 CP fue introducido por la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y modificado por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre. La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015 ajustó su contenido a la supresión de las antiguas faltas y su sustitución por los delitos leves.

La finalidad del artículo es castigar como delitos menos graves supuestos que de otra forma serían constitutivos de un delito leve de los apartados 2º y 3º del artículo 147 CP: causar a otro por medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. La conducta tiene que realizarse contra los sujetos del artículo 173.2º CP

Sirva de ejemplo el caso de la Audiencia Provincial de Cádiz (2019)²⁷:

El menor Benigno, cuando convivía con su padre Cesar, en la CALLE000 nº: NUM000 de DIRECCION000, el día 2 de noviembre de 2018, sobre las 15:00 horas, cuando el padre estaba sentado en la puerta de la casa, le dio varios golpes con la mano en la cara y en la espalda, sin que conste que le causase lesión.

El art. 173.2º CP, en su primer inciso, se refiere -como posibles sujetos pasivos - al que sea o hubiere sido (1) "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia", después lo hace a los (2) "descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad"(3) menores o incapaces que convivan con aquél o que (4) guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, a (5) personas integradas de algún otro modo en el núcleo familiar y a las que (6) por ser especialmente vulnerables estén internadas en algún centro.

La atormentada redacción del precepto y la variedad de situaciones que contempla ha dado lugar a inevitables problemas de interpretación. Al respecto, en el caso de la segunda categoría de sujetos (2), que no está acompañada de referencia alguna a convivencia, en contraste con lo que ocurre en (3), se ha entendido en ocasiones que, precisamente por ello, a *contrario sensu*, debería entenderse que no opera tal requisito. (SAP Pontevedra 32/2008, 26 de febrero de 2008)

El art. 153.2 CP se trata de un tipo atenuado respecto al 153.1 y se prevé para los casos en que el sujeto pasivo pertenezca a las personas contempladas en el 173.2 excepto la del "cónyuge" y a la persona que hubiese podido estar ligada al sujeto activo por "una análoga relación de afectividad", y, en ambos casos, con atención

²⁷ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) Sentencia núm. 249/2019 de 30 septiembre. JUR\2020\524.

exclusiva a tal vínculo, que opera "aun sin convivencia". Al no ser un precepto de expresión de la protección del género femenino frente al masculino, incluye también el caso de las parejas homosexuales.

Como ejemplo práctico lo vemos en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (2019)²⁸:

que la menor viene manteniendo una actitud de agresividad hacia los restantes miembros de la unidad familiar, que se ha materializado, en ocasiones, en agresiones físicas que tuvieron lugar en el domicilio familiar, habiéndose concretado por el Ministerio Fiscal un total de cuatro agresiones físicas por parte de la menor hacia su padre, con diferentes resultados lesivos.

La vejación de carácter leve constituye el escalón más bajo de los delitos contra la integridad moral. Este tipo de comportamiento es la antesala de una violencia habitual y se encuentra recogido en el artículo 173.4 CP: «Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173...»

Asimismo, los padres (recordemos que son las víctimas) pueden optar por la dispensa legal de la obligación de declarar recogido en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Observando los tipos aplicables a los delitos de violencia filio-parental llegamos a la siguiente conclusión ratificada por Pereira Tercero (2020)²⁹:

...disfunciones generadas por la aplicación de una legislación sobre la Violencia Doméstica, pensada para combatir sobre todo otros tipos de Violencia Intrafamiliar, y que en no pocas ocasiones se acomoda mal a las características propia de la Violencia Filio-Parental.

III. Propuesta para una reforma legislativa.

El primer escollo que tenemos que salvar para introducir una figura típica específica de violencia filio-parental en el CP es encontrar un concepto que se adecúe en lo máximo a esta problemática.

En el año 2017³⁰ en España se consensuó la siguiente definición para la VFP realizada por los científicos más reputados en relación a este tipo de violencia:

las conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a los y las progenitoras, o aquellos adultos que ocupan su lugar.

Se excluyen de la definición las agresiones puntuales, las que se producen en estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando ésta se recupera (intoxicaciones,

²⁸ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) Auto núm. 514/2019 de 10 julio. JUR\2019\249172.

²⁹ Pereira Tercero, R. (2020). «Introducción. JUSVIFIP: Grupo de investigación en violencia filio-parental» en *La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar*, Abadías Selma A. y Pereira Tercero R. (coords). Madrid: Bosch, pág. 23

³⁰ Pereira Tercero R., Loinaz Calvo I., del Hoyo Bilbao, J., Arrospide Erkoreka, J., Bertino Menna, L. Calvo Álvarez, A. Montes Y. y Gutiérrez M.M. (2017). «Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental», en *Papeles del Psicólogo*, vol.38 (3), pág.216-223. Disponible en: <https://bit.ly/2StOkqC>, (fecha de la última consulta: 9 de agosto de 2020).

síndromes de abstinencia, estado delirantes o alucinatorios), el autismo o deficiencia mental grave, y el parricidio sin historia de agresiones previas».

El problema estriba en que si en el concepto necesitamos la exigencia típica de la habitualidad encontramos diferentes corrientes interpretativas jurisprudenciales, lo que conlleva a una inseguridad jurídica, como podemos observar en las siguientes sentencias:

Según la Audiencia Provincial de Murcia (2017)³¹

La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal.

Desde el punto de vista de la Audiencia Provincial de Segovia (2019)³²

En efecto, como señala la STS de 13 de julio de 2006 (RJ 2006, 9595), que se cita en el recurso, la habitualidad que necesariamente debe concurrir en el ejercicio de la violencia es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas, añadiendo que la más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta criterio que, según se indica en dicha sentencia, no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP.

Sin olvidarnos que los padres no suelen denunciar hasta que el problema se enquistaba y será difícil de probar los hechos, como apreciamos en la siguiente sentencia³³, donde un menor que viene conviviendo con su abuela y su hermano Juan Miguel, amenazó a su abuela diciéndole que le daría un puñetazo si no le da dinero, y le rompió cosas de la casa, y la llamó "Subnormal" y otras expresiones similares, hechos que han sucedido en más de una ocasión:

Pues bien, cualquiera que sea la interpretación que se sostenga acerca del elemento de la habitualidad, entendemos nosotros no se satisface dicho requisito con la simple indicación de que los hechos han sucedido en más de una ocasión, siendo preciso un relato más detallado en cuanto al número de actos, sus fechas y su frecuencia, procediendo por ello a absolver al menor por el delito de maltrato habitual por el que venía condenado.

Descartar las agresiones puntuales no lo encontramos congruente, no podemos obviar que los padres son la autoridad de la familia, y con unas pocas provocaciones estamos anulando esa potestad conjuntamente a la pérdida de respeto. Es lo mismo que si el menor realiza agresiones puntuales a una fuerza de

³¹ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª). Sentencia núm. 189/2017 de 8 mayo. JUR 2017\166037.

³² Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª). Sentencia núm. 212/2019 de 7 noviembre. ARP 2020\238.

³³ Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) Sentencia núm.708/2012 de 10 diciembre. ARP\2012\1402.

seguridad del Estado o a un docente, médico... tenemos que inculcarles límites desde el principio. Esto no quiere decir que el Derecho penal deba entrar en esta primera fase de violencia (Principio de intervención mínima) sino para poder activar mecanismos de protección para evitar un daño mayor.

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y el grado de madurez suficiente para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Por la tanto, si estas agresiones se producen en estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando ésta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinatorios), el autismo o deficiencia mental grave, encontramos coherente que se excluyan de la definición de violencia filio-parental, debido a que está reflejado en el Código penal:

Por otra parte, es inimputable quien es incapaz de comprender la ilicitud de su hecho y/o de comportarse consecuentemente; y, por lo tanto, no puede ser objeto del reproche en que la culpabilidad consiste. Inimputabilidad es, por consiguiente, falta de imputabilidad, aunque el hecho ejecutado sigue siendo típico y antijurídico.

Entre la imputabilidad y la inimputabilidad absolutas hay tramos intermedios. De ahí que se halle escalonada la exigencia de responsabilidad criminal, desde la exención plena (art. 20) hasta la responsabilidad también plena, y entremedio se encuentra la exención incompleta (art. 21. 1º).

El art. 20. 1º CP exime de responsabilidad a quien padece una anomalía o alteración psíquica, que le impide comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa comprensión. De manera que esta causa se configura con una doble exigencia: una de naturaleza biológico-psicológica y otra, de naturaleza psíquico-normativa.

Un ejemplo sería esta noticia ocurrida en el año 2020³⁴:

La Guardia Civil investiga la muerte de una mujer de 51 años, vecina de Sevilla, estrangulada presuntamente por su hijo de 17 años con problemas de salud mental, que ha sido detenido, en el núcleo costero de La Antilla, en Lepe (Huelva).

Según han informado fuentes de la Guardia Civil y del servicio de emergencias 112, los hechos han tenido lugar en la tarde de ayer domingo en una vivienda del edificio Estrella de La Antilla, en la avenida de San Francisco Javier. A las 17.30 horas el 112 ha recibido una llamada que alertaba de un posible intento de suicidio de un joven en esta vivienda. Efectivos de la Guardia Civil y de Emergencias Sanitarias han acudido a la casa se encontraron con la mujer muerta y con el joven, que fue detenido. El presunto agresor tras estrangular a su madre telefonó a la psicóloga que le atendía, que alertó al padre del menor, quien avisó al 112.

El art. 20. 2º CP exime de responsabilidad criminal, al

que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena:

por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que dicho estado no

³⁴ EFE (2020). «Un menor de 17 años con problemas de salud mental mata a su madre en Huelva».

20 Minutos. Disponible en: <https://bit.ly/31zUDNN>, (fecha de la última consulta: 18 de agosto de 2020).

haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción o no se hubiese previsto o debido prever su comisión,

o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias,

que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

La jurisprudencia distingue entre embriaguez plena y fortuita (eximente completa); embriaguez fortuita pero no plena con afectación seria y profunda de las facultades (eximente incompleta); embriaguez no habitual ni provocada para delinquir (art. 21. 2ª); y embriaguez productora de una leve afectación de las facultades (art. 21. 7ª)³⁵

Como puede ser este caso (2015)³⁶:

Un matrimonio mallorquín, vecinos de Palma, llamó a la central policial (092) para denunciar que su hijo les estaba agrediendo. La pareja reconoció ante los agentes que su hijo tiene problemas con las drogas y que llevaba todo el día profiriendo amenazas y muy violento. De hecho, el chico propinó una fuerte patada a su madre y varios golpes a su progenitor. Cuando llegaron los policías, la vivienda estaba totalmente destrozada y varias puertas fracturadas.

Conforme al art. 20. 3º CP está exento de responsabilidad criminal, «el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

Como podemos observar, la imputabilidad del menor puede ser también excluida por alguna de las circunstancias mencionadas en los tres primeros números del art. 20 CP, en cuyo caso le serán aplicables las medidas previstas en la LORPM para estos supuestos (arts. 5.2 y 7.1, d) y e) LORPM).

Y si no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad podría ser una circunstancia atenuante del artículo 21 CP.

Incluso puede ser atenuante o agravante del artículo 23 CP:

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

La circunstancia atenuante o agravante de parentesco requiere de un elemento objetivo (relación parental o asimilada), y, de dos elementos subjetivos (el sujeto activo sea consciente de su concurrencia y de la afectividad propia de la relación familiar que en principio se presume *Iuris tantum*)³⁷.

³⁵ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁶ Batisda, J. (2015). «Detenido un menor de 16 años por agredir a sus padres porque le castigaron sin salir». *UH. Sucesos*. Disponible en: <https://bit.ly/2E4IGZp>, (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020).

³⁷ Martínez Atienza, G. (2017). *Código Penal. Estudio Sistematizado*. Barcelona: Ediciones Experiencia.

Desde el Acuerdo del TS de 18 de febrero de 1994 la afectividad entre parientes ha sido configurada como el elemento nuclear de esta circunstancia mixta, condición *sine qua non* para apreciar esta circunstancia.

No entendemos admisible que se excluya del término consensuado por SEVIFIP el parricidio³⁸. Es un homicidio o asesinato muy específico debido a la figura de la víctima, el lugar donde se produce (por lo general será el domicilio de la víctima y agresor) y la relación emocional existente entre ellos. Y podemos decir hipotéticamente (al tener ciertas similitudes en su desarrollo al de la violencia de género) que antes de llegar a este extremo primero habrá habido episodios de violencia filio-parental no denunciados. Nos sirve de ejemplo las memorias de la Fiscalía General del Estado 2020. «En algunos casos se han producido homicidios consumados de las progenitoras (Lugo, Girona), o de una hermana (Barcelona)».

Conclusiones

La violencia filio-parental es un problema muy complejo donde pueden intervenir diferentes factores originando un quebrantamiento en la convivencia familiar. Es un fenómeno cuyas características son muy diferentes en comparación con los otros tipos de violencia que se pueden dar en el seno familiar, debido fundamentalmente a las características del agresor y la víctima, ya que no cumplen los parámetros habituales como son: ser físicamente más fuerte y ostentar una posición de superioridad en los primeros, y la vulnerabilidad y debilidad en los segundos.

En nuestro Código Penal no existe la figura de la violencia filio-parental, por lo que debemos encuadrarla dentro de los tipos penales ya existentes. Esto produce un escollo a la hora de delimitar las conductas que pueden ser calificadas como un simple conflicto familiar, o un posible delito.

Para ello necesitamos un concepto que precise lo más detalladamente posible qué tipo de conductas pueden ser consideradas como violencia filio-parental, y esto nos puede servir para que los organismos oficiales recojan datos segregados, encontrar soluciones en este contexto, ayudas a las familias, etc.

No debemos olvidar que la autoridad de una casa son los padres, y si no hay respeto ante ellos ¿cómo un menor va a tener luego consideración con profesores, sanitarios, fuerzas de seguridad, etc. ...? ³⁹

³⁸ En el Código Penal de 1973 se tipificaba el delito de parricidio en su artículo 405 que castigaba “al que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge”. Se trataba de un homicidio cualificado por el vínculo familiar existente entre el autor y su víctima. El Código Penal de 1995 suprimió como tipo autónomo y optó por las figuras de homicidio y asesinato (artículos 138 139).

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. «BOE» núm. 297, de 12 de diciembre de 1973. Disponible en: <https://bit.ly/33c33xc>, fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020.

³⁹ Existe esta otra reflexión que se hace la Fiscalía General del Estado: «Es un problema delictivo enquistado en el tejido social desde que comienzan a dispararse sus cifras a partir del año 2005, aproximadamente. Quince años son muchos, pues dan lugar incluso a un cambio generacional. Inquieta –cuando menos– pararse a pensar que quienes en su pubertad maltrataron a sus padres,

Propuesta de definición de violencia filio-parental

Nosotros proponemos la siguiente definición de violencia filio-parental:

las conductas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a los y las progenitoras, o aquellos adultos que ocupan su lugar. Se incluye el parricidio.

Se excluyen de la definición las agresiones violentas que se producen en estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando ésta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estado delirantes o alucinatorios), el autismo o deficiencia mental grave.

No se busca con este concepto penas más altas, sino que las familias que sufren esta problemática encuentren con facilidad medios para afrontar el problema y con ello la paz familiar, y que los menores dispongan de tratamientos específicos que resuelvan este tipo de conductas, y además sean capaces de resolver cualquier tipo de conflicto en su edad madura sin emplear ningún tipo de violencia.

Referencias bibliográficas

- Abadías Selma, A. (2018). «La VFP un problema eminentemente familiar: estilos educativos y factores familiares. Características del agresor: perfiles y características. Recursos de intervención en las distintas Comunidades Autónomas», en *La violencia filio-parental: definición y tipos, causas e intervenciones*. Curso de formación continua de la Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 7, 8 y 9 de febrero de 2018.
- Abadías Selma, A. (2020). «La visión penal de la violencia filio-parental en España: un panorama desigual», en *La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar*, Abadías Selma A. y Pereira Tercero R. (coords). Madrid: Bosch., pág.127.
- Barbolla Camarero D., Masa Muriel E. y Díaz Bastos G. (2011). *Violencia invertida: Cuando los hijos pegan a sus padres*. Barcelona: Gedisa.
- Batista, J. (2015). «Detenido un menor de 16 años por agredir a sus padres porque le castigaron sin salir». *UH. Sucesos*. Disponible en: <https://bit.ly/2E4lGZp>. (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020)
- Cuatro. «Hermano Mayor». Disponible en: <https://bit.ly/3hvAEq1>. (fecha de la última consulta: 14 de agosto de 2020)
- EFE (2020). «Un menor de 17 años con problemas de salud mental mata a su madre en Huelva». *20 Minutos*. Disponible en: <https://bit.ly/31zUDNN>. (fecha de la última consulta: 18 de agosto de 2020)
- Garrido Genovés, V. (2005) *Los hijos tiranos: El síndrome del emperador*. Madrid: Ariel.

hoy ya son adultos que se aproximan o han alcanzado la treintena. ¿Qué modelo educativo van a trasladar a sus hijos?»

- Gómez Rivero, M^a C., Nieto Martín, A., Cortés Bechiarelli, E. y Núñez Castaño, E. (2020). *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos.
- Gustavikno, E. (1987). *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia*. Tomo I. Segunda Edición. Argentina. Pág.13.
- Jiménez Barca, A. (2005). «Cuando el hijo pega al padre», en *El País*. Disponible en <https://bit.ly/2BryoRe>. (fecha de la última consulta: 1 de agosto de 2020)
- Martínez Atienza, G. (2017). *Código Penal. Estudio Sistematizado*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2019). *Derecho Penal. Parte General* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Observatorio FIEEX de las familias y la infancia de Extremadura (2020). Disponible en: <https://bit.ly/30sEkBN>. (fecha de última consulta: 18 de agosto de 2020)
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pereira Tercero, R. (2006). «Violencia filio-parental: un fenómeno emergente». *Revista Mosaico. cuarto época*, n^o 36. Disponible en: <https://bit.ly/3dktQdx>. (fecha de la última consulta: 13 de agosto de 2020)
- Pereira Tercero R., Loinaz Calvo I., del Hoyo Bilbao, J., Arrospide Erkoreka, J., Bertino Menna, L. Calvo Álvarez, A. Montes Y. y Gutiérrez M.M. (2017). «Propuesta de definición de violencia filio-parental: consenso de la sociedad española para el estudio de la violencia filio-parental», en (SEVIFIP) *Papeles del Psicólogo*. Disponible en: <https://bit.ly/2StOkqC>. (fecha de la última consulta: 9 de agosto de 2020)
- Pereira Tercero, R. (2020). «Introducción. JUSVIFIP: Grupo de investigación en violencia filio-parental» en *La violencia filio-parental: una visión interdisciplinar*, Abadías Selma A. y Pereira Tercero R. (coords). Madrid: Bosch, pág. 23
- Redondo, S. y Garrido, V. (2013). «Método e investigación criminológica» en *Principios de Criminología*. 4^a Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág.132.
- Sears R.R., Maccoby E.E., Levin H. (1957). *Patterns of Child Rearing*. Stanford University Press; Edición: First Edition (1 de enero de 1976).
- Urra Portillo J. (2006). *El pequeño dictador: cuando los padres son las víctimas, del niño consentido al adolescente agresivo*. Madrid: La esfera de los libros.
- Urra Portillo, J. (2015). *El pequeño dictador crece. Padres e hijos en conflicto*. Madrid: La esfera de los libros.

DERECHO LABORAL

Inconstitucionalidades na reforma trabalhista brasileira de 2017 - Lei n.º 13.467/2017 (*)

Unconstitutionalities in the brazilian labor reform of 2017 - Law
n.º 13.467 / 2017

Inconstitucionalidades en la reforma laboral brasileña de 2017 -
Ley n.º 13.467/2017

Lucas Andrade do Nascimento¹

Rafael Cândido da Silva²

Valmir César Pozzetti³

Sumário: Introdução. **1.** Prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho sobre o legislado. **2.** Limitações à gratuidade da justiça, no âmbito processual. **3.** Não obrigatoriedade de pagamento do imposto sindical. – Conclusão. – Referências.

Resumo: Esta pesquisa teve o objetivo de analisar algumas das disposições advindas da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a fim de verificar se há vícios de inconstitucionalidade, com base nas normas do ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que regem o Direito do

(*) Recibido: 30/10/2020 | Aceptado: 27/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Pós Graduando em Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM.
lucasandradeufam@gmail.com
- ² Doutorando em Direito e Mestre em Direito, ambos pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Procurador do Estado do Amazonas. Professor da Universidade Federal do Amazonas. Advogado.
rafaelcand@gmail.com
- ³ Pós doutor pela universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental e Mestre em Direito Urbanístico e Ambiental, ambos pela universidade de Limoges/França. Professor Adjunto da UFAM – Universidade Federal do Amazonas e professor Adjunto da UEA – Universidade do Estado do Amazonas.
v_pozzetti@hotmail.com

Trabalho. O método utilizado foi o dedutivo; quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa e, quanto aos meios, bibliográfica, com destaque em doutrina, legislação e jurisprudência. A conclusão a que se chegou foi a de que a Reforma Trabalhista apresenta diversos vícios de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Trabalho Digno, Inconstitucionalidades, Reforma Trabalhista.

Abstract: This research aimed to analyze some of the provisions arising from Law No. 13,467 / 2017 (Labor Reform), in order to check for unconstitutional biases, based on the rules of the Brazilian legal system and the principles that govern the Law of Labor. The deductive method was used; as for the purposes, the research was qualitative and, as for the means, bibliographic, with emphasis on doctrine, legislation and jurisprudence. The conclusion reached was that the Labor Reform has several unconstitutional defects.

Keywords: Decent Work, Unconstitutionality, Labor Reform.

Resumen: El propósito de esta investigación fue analizar algunas de las disposiciones derivadas de la Ley N° 13.467/2017 (Reforma Laboral), a fin de verificar si existen vicios de inconstitucionalidad, con base en las normas del sistema jurídico brasileño y los principios que rigen el Derecho Laboral. El método utilizado fue deductivo; en cuanto a los fines, la investigación fue cualitativa y, en cuanto a los medios, bibliográfica, haciendo hincapié en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. La conclusión a la que se llegó fue que la Reforma Laboral presenta varios vicios de inconstitucionalidad.

Palabras clave: Trabajo Decente, Inconstitucionalidades, Reforma Laboral.

Introdução

Um dos legados deixados pelo governo varguista (1930-1945) foi a criação de um compilado de dispositivos normativos, que teria o escopo de regulamentar as relações laborais e resguardar os direitos da classe empregada: a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/1943) – CLT.

Com tal mecanismo, o governo visou conciliar os interesses das classes patronal e operária, bem como garantir aos trabalhadores condições básicas de salários, jornadas de trabalho, remuneração, repouso e higiene ideais, bem como delimitou que certas matérias poderiam vir a ser objeto de ajustes, através de negociações coletivas.

Entretanto, com o passar dos anos, a CLT tornou-se obsoleta em alguns institutos, engessou as relações entre patrões e empregados, necessitando adequar-se à conjuntura socioeconômica do país. Tais consequências deram azo à proliferação de entendimentos sumulados pelos Tribunais com jurisdição na seara trabalhista, que trouxeram

disposições dissonantes do texto legal, ensejando o aumento considerável do número de Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, dentre outras situações.

Devido à pressão do mercado e de alguns setores da área jurídica, discutiu-se, no primeiro semestre do ano de 2017, um projeto de lei que traria mudanças mais radicais na legislação trabalhista, com o objetivo de evitar o excesso de demandas desnecessárias ou ineptas, dar maior liberdade de contratação entre empregados e empregadores e retirar algumas garantias tidas como “excessivamente protecionistas” pelos empresários.

Assim, no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.467/2017, popularmente alcunhada de “Reforma Trabalhista”. A respectiva norma mudou cento e dezenove dispositivos contidos na CLT, e iniciou a sua vigência em 11 de novembro do mesmo ano. Embora o dispositivo legal tenha obedecido aos trâmites para sua promulgação, muitos setores sindicais, partidos de esquerda e doutrinadores do Direito do Trabalho questionaram a constitucionalidade de diversos pontos modificados pelo novel texto.

Por outro lado, o volume de processos que se encontram pendentes de julgamento na Suprema Corte é acentuado, e não há prazo determinado para que tais ações sejam analisadas. Portanto, não se deve olvidar o valor científico e educativo que a atividade de pesquisa confere ao âmbito acadêmico, ao se propor a discussão de assuntos tão pertinentes à sociedade.

A problemática que essa pesquisa traz é: de que maneira a Reforma Trabalhista de 2017 pode adequar-se à Constituição Federal de 1988? A pesquisa justifica-se, vez que alguns pontos da Reforma se contrapõem ao texto constitucional e há a necessidade de adequações urgentes à conjuntura do país.

Assim sendo, a relevância jurídica e científica desta pesquisa é demonstrada pela matéria selecionada, posto que é atual, controversa e com argumentos de diversas vertentes. Muito embora já haja decisão do STF – Supremo Tribunal Federal de que a Lei da Reforma é constitucional, é necessária a análise porque sendo a Constituição Federal a lei mais importante da República Federativa do Brasil, há que ser respeitada e sua interpretação não poderá levar em conta motivos políticos, com a perda de direitos ali consignados.

Para efeito de delimitação do assunto a ser discutido, serão tratados 03 (três) pontos de inconstitucionalidades da Lei nº 13.467/2017: a) Prevalência das negociações entre empregados e empregadores, em face da regulamentação existente na CLT; b) Limitações à gratuidade da Justiça, no âmbito processual e, c) não-obrigatoriedade de pagamento do Imposto Sindical.

A metodologia que se utilizará nessa pesquisa é a do método dedutivo. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e, quanto aos fins, qualitativa.

É importante destacar que, algumas das discussões travadas nesta pesquisa, estão em confronto com o que o STF – Supremo Tribunal Federal, a mais alta corte brasileiro, tem decidido e de forma política. Embora em alguns aspectos, o STF tenha decidido pela constitucionalidade da Lei, o cientista jamais pode se dobrar ante o desprezo pela Lei posta e elaborado pelo Poder Legislativo, diante de questões políticas que transformaram as alegadas inconstitucionalidades em constitucionalidades. Seguimos afirmando, e provaremos nessa pesquisa que, diante da Constituição Federal de 1.988, há sim,

inconstitucionalidade na Lei nº 13.467/2017; por mais que o STF tenha decidido de forma diversa, em claro e flagrante abandono da literalidade da Lei pela Política.

Insta destacar, por derradeiro, que essa pesquisa não tem por objetivo analisar as decisões de “constitucionalidade” do STF sobre os temas abordados, mas sim, o texto da Lei nº 13.467/2017 em confronto com o texto constitucional da Constituição Federal de 1.988 - CF/88, vigente, para se apontar as “inconstitucionalidades da Lei, deferidas como Constitucionais pela Corte; mesmo porque aceitar “goela abaixo”, flagrantes equívocos de interpretação, seria corroborar com a omissão.

1. Prevalência dos acordos e convenções coletivas de trabalho sobre o legislado.

Enquanto que em outros ramos do Direito Privado brasileiro, como o Direito Civil, é permitida a livre negociação, entre as partes, dos termos, condições e conteúdos de um contrato, sendo exigida apenas a observância de preceitos básicos das leis, no campo trabalhista, é necessário que se atente às especificidades da relação entre empregado e empregador, na qual os sujeitos estão em pé de desigualdade, principalmente por fatores econômicos.

Por isso, a possibilidade de ser estabelecido um acordo direto entre patrão e empregado, na prática, pode trazer efeitos prejudiciais a este, como a seguir será demonstrado.

1.1. Dependência de lei.

A República Federativa do Brasil, rege-se pelo Princípio da legalidade, conforme disposto na CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) *omissis*

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em **virtude de lei**; (gn)

Desta forma, o Princípio da Legalidade insculpido na CF/88 deve ser respeitado em todos os seus termos, uma vez que foi o legislador originário que consignou esse Princípio no texto legal. Neste sentido, é importante destacar a força valorativa dos Princípios, no âmbito legal. Segundo Pozzetti e Monte Verde (2017, p.192):

A palavra princípio designa início, começo, origem, ponto de partida. Assim, princípio, como fundamento de Direito, têm como utilidade permitir a aferição de validade das leis, auxiliar na interpretação das normas e integrar lacunas.

Princípios são regras fundantes, que antecedem a norma jurídica, **são a base, a estrutura da própria norma**, uma vez que traduzem os anseios da sociedade que lhe originou, no sentido do justo, do honesto, do correto e do que deve ser cumprido pela sociedade.

No mesmo sentido, Pozzetti e Campos (2018, p.255) esclarecem que:

Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta a disposição de todos os jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; **caso contrário, está fadada a ser revogada.** (gn)

Verifica-se, então, que os princípios assumem uma papel de relevância na construção da Norma Jurídica e que, abandoná-los no momento da construção da norma jurídica, seria imoral, seria anti-democrático, seria contra os direitos humanos.

Vejamos, então, o desrespeito aos princípios. Uma das principais inovações oriundas do texto da Reforma Trabalhista foi a inclusão do art. 611-A, da CLT, *in verbis*:

- Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
- I pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
 - II banco de horas anual;
 - III intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
 - IV adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
 - V plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
 - VI regulamento empresarial;
 - VII representante dos trabalhadores no local de trabalho;
 - VIII teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
 - IX remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
 - X modalidade de registro de jornada de trabalho;
 - XI troca do dia de feriado;
 - XII enquadramento do grau de insalubridade;
 - XIII prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
 - XIV prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
 - XV participação nos lucros ou resultados da empresa.

As disposições do artigo supracitado evidenciam a prevalência das negociações coletivas em face do que dispõem a lei trabalhista. No entanto, essa norma, que poderia ser um mecanismo que traria maior dinamicidade nas relações entre patrões e empregados, pode ser entendida, também, como uma forma de suprimir as garantias historicamente concedidas à classe dos trabalhadores.

Em seu rol de incisos, o artigo 611-A, da CLT, descreve quais são as matérias que, ao serem objeto de acordos e/ou negociações coletivas, devem obedecer à regulação destas em face da previsão da mesma temática em legislação anterior. Deve-se ressaltar que muitas matérias, cuja negociação passou a ser permitida com a inclusão do supramencionado dispositivo legal, abrangem mandamentos constitucionais como direitos e garantias imprescindíveis e irrenunciáveis, à luz da doutrina e dos preceitos jurídicos básicos, demonstrando uma violação às determinações da CF/88.

Conquanto a Reforma favoreça a maior amplitude da autonomia das partes, não se deve obliterar o princípio da legalidade, fulcral no ordenamento jurídico brasileiro,

previsto expressamente no artigo 5º, inciso II, do texto constitucional, cuja dicção estatui que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] *omissis*

II ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Vale também destacar que Lenza (2016, p. 1114) acerca do referido enunciado principiológico na relação entre particulares esclarece:

[...] No âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado.

Cumpre ressaltar que o Princípio da Legalidade é mencionado não somente no texto da *Lex Fundamentalis*, mas também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Portanto, vê-se que a limitação do espectro de determinações da lei em detrimento de negociações entre particulares, que nem sempre respeita a ideia de equilíbrio contratual, configura-se como grave ameaça aos preceitos basilares da Constituição Federal.

Baseando-se no entendimento doutrinário tradicional e na interpretação sistemática da disposição constitucional acima transcrita, vê-se que a existência do princípio da legalidade é corolário do Estado de Direito; uma limitação ao arbítrio estatal e até dos particulares, quando a relação entre estes últimos não é equânime. Como premissas de restrição, tem-se a dignidade da pessoa humana como parâmetro para se definir o que é possível ou não ser objeto de celebração contratual.

As relações convencionadas entre empregados e empregadores não traduzem a realidade social cotidiana, visto que esses últimos detêm os meios de produção, além de possuírem melhor estruturação patrimonial. No momento em que o legislador admite o ato de poder negociar direitos ligados à natureza do trabalho, tidos como imprescindíveis à saúde, à vida e à dignidade do empregado, tem-se uma considerável ameaça de violação ao texto constitucional.

1.2. Os limites estabelecidos no art. 7º, DA CF/88.

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 versa sobre a possibilidade de elaboração de normas, direitos e obrigações advindas de tais ajustes:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] *omissis*

XXVI reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Logo, verifica-se o empenho do legislador constituinte em conferir maior autonomia e abrangência das normas coletivas de trabalho.

Nesse sentido, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 590.415, posicionou-se no seguinte sentido:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.

2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. (Grifos nossos)

Nesse sentido, verifica-se que o legislador adotou uma tendência já levantada pelo STF no que tange à relevância das negociações coletivas, na seara trabalhista. Assim, os direitos e garantias arrolados, principalmente, no artigo 7º, da CF/88 (que geralmente são regulados por legislação infraconstitucional), flexibilizam-se, de modo a possibilitar a maior incidência da fixação das avenças entre empregados e empregadores.

Em que pese tal concepção, é válido evidenciar que o artigo 7º, do texto constitucional impõe limites circunstanciais quanto à possibilidade de negociação entre patrões e empregados, a saber:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;**

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;**

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva;** (gns).

Verifica-se que o artigo 7º também reproduz, em seus incisos, direitos e garantias dos trabalhadores que devem ser tratados por meio de Lei. O ponto indispensável para se verificar o vício de inconstitucionalidade em análise é a possibilidade de determinadas prerrogativas serem objeto de negociação coletiva, prevalecendo a vontade das partes em face da legislação existente; contrariando os preceitos da CF/88 e da própria CLT, a exemplo dos seguintes direitos: intervalo intrajornada (art. 611-A, inciso II, da CLT), representação dos trabalhadores (art. 611-A, inciso VII, da CLT), modalidades de remuneração (art. 611-A, inciso IX, da CLT) e participação nos lucros da empresa (art. 611-A, inciso XV, da CLT).

Apesar dos procedimentos das negociações coletivas serem mais céleres e busquem solucionar problemas específicos das relações laborais, o intuito da nova legislação é claramente de burlar as prescrições da legislação trabalhista e da Constituição, de modo a afetar os benefícios garantidos à classe trabalhadora, sob o fundamento que a vontade das partes deve estar acima das normas de ordem pública. Afinal, qual seria o interesse, baseado nos princípios democráticos e na boa-fé objetiva que dá fundamento a tais determinações?

De outro modo, entender como cabíveis as referidas alterações no diploma laboral é mitigar direitos concedidos aos empregados, dada a prevalência dos interesses patronais e do enfraquecimento dos sindicatos, também ocasionados por tais mudanças normativas.

1.3. Irrenunciabilidade de direitos.

A elaboração de um contrato de trabalho garante às partes envolvidas a garantia de interesses: aos empregadores, fornece a mão-de-obra necessária ao seu empreendimento, visando o desenvolvimento organizacional e, por fim, o lucro; ao trabalhador, confere a garantia de salário, bem como o gozo de direitos previstos na legislação trabalhista, tais como décimo-terceiro salário, férias, definição de limite da jornada de trabalho, dentre outros.

Na relação de contrato trabalhista, o empregado é considerado como a parte hipossuficiente, sem a estruturação socioeconômica semelhante a do empregador. Por isso, entende-se que, na seara laboral, que é impossível que o trabalhador renuncie aos seus direitos, inerentes ao ofício, previstos no ordenamento jurídico. Essa premissa justifica-se pelo fato de, tendo em vista a desvantagem em que se encontra, o empregado abdique as garantias que lhe são devidas, submetendo-se às vontades da classe patronal, que tem por objetivo a obtenção de lucro e diminuição de despesas.

A inviabilidade jurídica de dispensar, por via contratual, dos direitos inerentes ao trabalho realizado encontra fundamento na CLT, em seu artigo 468, que dispõe o seguinte:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Ainda, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), quando da edição da Súmula nº 276, consolidou tal enunciado:

Súmula 276, do TST. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

Vale destacar os apontamentos de Almeida (2016, p. 29), que discorre sobre a temática em questão:

Com o claro intuito de proteger o empregado, os direitos trabalhistas são, em regra, irrenunciáveis. Dessa forma, mesmo que um empregado declare expressamente que não pretende receber, por exemplo, décimo terceiro salário, tal fato não se consubstanciará. Isso porque, caso venha a propor uma reclamação trabalhista, pleiteando o direito renunciado, deverá adquiri-lo, pois, como mencionado, a regra [...] é que a renúncia feita pelo empregado não será aceita pelo julgador.

Na prática, o artigo 611-A foi o mecanismo desenvolvido pelos legisladores, pressionados pelo *lobby* empresarial, para que as negociações coletivas fossem o meio acurado para abreviar o rol de benefícios que a Carta Magna e a CLT proporcionam à relação laboral. Se uma norma oriunda de uma CCT ou ACT apresentar, em suas disposições, uma redução significativa do valor a ser pago a determinada categoria, a título de horas extraordinárias, por exemplo, ter-se-á, notoriamente, um prejuízo considerável ao padrão financeiro do empregado.

Em posição contrária ao que dispõem os princípios fundamentais da República (art. 1º, e incisos, da CF/88), a Lei nº 13.467/2017 modificou o teor do art. 444, da CLT, ao incluir-lhe o parágrafo único, o qual assevera que:

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, **no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.** (gns)

Esse dispositivo legal, ao utilizar como parâmetro o valor auferido pelo empregado a título de salário, bem como o nível de escolaridade, permite que, atendidas essas determinações, seja possível a livre estipulação contratual com sua chefia.

Contudo, é necessário insurgir-se contra a ideia de que o empregado, mesmo possuindo curso superior ou obtendo certa renda mensal, preenche as condições necessárias para estipular cláusulas contratuais com o empregador. Num vínculo trabalhista, existe a vantagem do detentor do capital, em face de quem oferta a mão-de-obra. Os critérios dispostos na Reforma, que buscam mitigar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, não traz benefícios práticos ao trabalhador; na verdade, deixa-o ao arbítrio de seu patrão, que tem o poder de desligá-lo de suas atividades quando este não concordar com as suas imposições contratuais.

Deve-se salientar a importância das negociações coletivas, pois ajustam as cláusulas dos contratos de trabalho à realidade regional, econômica e estrutural de determinada(s) organização(ões). A crítica realizada dirige-se, portanto, à violação de preceitos que arraigam o Direito do Trabalho no Brasil. Possibilitar o uso de tais ferramentas, sem o controle e a regulação estatal necessárias, é restringir as conquistas alcançadas e hoje positivadas em nosso ordenamento jurídico pátrio.

1.4. Força normativa do princípio da norma mais favorável.

Os princípios são normas cogentes, que antecedem a criação de uma norma jurídica e devem ser respeitados pelo Legislador.

Nesse sentido é o esclarecimento de Pozzetti e Wolff (2019, p. 203):

Princípios são prescrições que se dão no campo do abstrato e está relacionado à ideia de origem, fundamento ou essência. [...] No âmbito jurídico, os princípios exercem a relevante função de integração do ordenamento jurídico, conforme se verifica no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por força do qual, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Na legislação trabalhista, dispositivo semelhante se encontra no art. 8º da Consolidação das Leis

do Trabalho, em que na falta de dispositivos normativos as autoridades decidirão por outros princípios de direito.

Um ponto importante a ser questionado em face da supervalorização das negociações coletivas é a (in)observância do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o qual será explicado adiante.

Primeiramente, é necessário destacar que princípio acima mencionado é, na verdade, corolário do Princípio da Proteção, diretamente ligado aos fundamentos Direito do Trabalho, pois trata da questão da clara desvantagem contratual do empregado em face de seu empregador, visando sanar esse desequilíbrio na relação laboral, favorecendo, em alguns aspectos, o trabalhador.

A ideia de norma mais favorável consubstancia-se no seguinte enunciado: em determinada situação onde houver mais de uma norma jurídica aplicável ao mesmo tempo, deve-se empregar aquela que acarrete maiores benefícios ao empregado. Para exemplificar, pode-se sugerir o seguinte: a Constituição Federal determina que a jornada de trabalho seja de, no máximo, oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Se lei superveniente concede à determinada categoria profissional um tempo de jornada menor, sem alterar os proventos remuneratórios, vê-se uma situação mais positiva a tal classe.

Muito embora esse direito sirva de “compensação”, face à desvantagem do empregado, as novas disposições trabalhistas, contidas no art. 611-A, da CLT, configuram uma ameaça à aplicação prática deste princípio, tão imprescindível às relações trabalhistas.

A maior amplitude conferida às negociações coletivas retira, em muitos casos, o uso concreto da interpretação e alcance do princípio das normas que forem mais benéficas à classe profissional, visto que basta o atendimento dos requisitos previstos no *caput* do art. 611-A, da CLT para se pactuar, ainda que de modo diverso e com menor grau de vantagens, diversos direitos e cláusulas decorrentes do contrato de trabalho.

É importante salientar o que dispõe a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, em relação aos acordos e convenções coletivas, a saber:

Art. 19, item 8, Constituição OIT. Em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de um convênio ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de um convênio por qualquer Membro, prejudicará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figurem no convênio ou na recomendação.

Desta forma, constata-se o flagrante status de inconstitucionalidade da norma em comento, pois não é impossível, ainda mais no atual parâmetro político e jurídico brasileiro, que sejam elaboradas negociações coletivas com o fito de reduzir as garantias mais benéficas contidas em leis, sob a justificativa precária de que deve prevalecer a pactuação entre os atores da relação laboral, sem se analisarem as circunstâncias do caso concreto, o grau de hipossuficiência do trabalhador, os prejuízos advindos de um ACT ou CCT em seus contratos, dentre outros aspectos.

Por fim, ressalte-se que o Estado, em sua função legislativa e judicante, no que se refere às relações privadas *lato sensu*, apenas interfere nestas quando há considerável grau de desequilíbrio ou de inobservância das normas de ordem pública. Ao analisar o teor do novel dispositivo legal em epígrafe, vê-se uma grande possibilidade de afronta a

aquelas, constatando-se, pois, uma violação aos princípios e premissas constitucionais relacionadas ao Direito do Trabalho.

2. Limitações à gratuidade da justiça, no âmbito processual.

A Reforma de 2017 contém disposições que estabelecem novos parâmetros para que o magistrado, no âmbito da Reclamação Trabalhista, conceda a gratuidade de justiça.

A possibilidade de garantir ao empregado – parte geralmente hipossuficiente – não ser isento do pagamento das custas e emolumentos relacionados ao ajuizamento e andamento do processo, fere direito fundamental do trabalhador, que será constrangido de buscar os seus direitos, pela mera possibilidade de ser condenado em pagamento de custas; pois as verbas trabalhistas são verbas alimentares e a possibilidade de não obter sucesso na ação e ainda ter que pagar custas processuais e pagar honorário de sucumbência, praticamente inibe o ajuizamento de ações trabalhistas, pelo Reclamante.

Essa fixação de regras, entretanto, dificulta o acesso dos trabalhadores ao ingresso, no Poder Judiciário, para terem seus pedidos relacionados ao trabalho prestado ao empregador, vez que deixa de observar as particularidades e peculiaridades do caso concreto e passa a analisar critérios unicamente baseados na renda do indivíduo, o que comprova uma flagrante violação aos preceitos legais e constitucionais.

2.1 direito assegurado no art. 5º, DA CF/88

A Constituição da República de 1988 dispõe sobre várias prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, imprescindíveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que visa possibilitar, a todas as pessoas, o acesso às garantias jurídicas, com vistas à salvaguarda de direitos relacionados à vida, à liberdade, dentre outros.

Um dos direitos que são decorrentes das amplas garantias elencadas no texto constitucional é o acesso à justiça. Tendo em vista o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional (*ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, CF/88), é assegurada a todas as pessoas a obtenção da resolução de determinada lide pelo Estado-Juiz, imparcial, o qual deve observar pelas limitações legais vigentes no ordenamento jurídico.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Todavia, o Brasil é um país de desigualdades muito acentuadas e, além disso, os serviços prestados pelo Poder Judiciário são onerosos, custeados, principalmente, pelos valores pagos pelo contribuinte, por meio de tributos (GUEDES, 2019). Caso não fosse estabelecida a possibilidade de que pessoas, com carência de recursos para subvencionar as atividades necessárias à solução litígios, estar-se-ia diante de um Estado de Coisas Inconstitucional, inviabilizando direito salutar à dignidade humana. Tal idiossincrasia pode ser verificada com os parâmetros arrolados pela Corte Constitucional Colombiana:

[...] entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das

autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.

(O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana, p. 81).

Dispõe a CF/88, em seu art. 5º, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Ressalte-se que tal garantia é investida de integralidade – ou seja, completa, total.

Portanto, é imprescindível entender o sentido da norma na promoção do acesso à justiça, dado que a assistência jurídica gratuita é, com efeito, uma das garantias processuais relativas à igualdade material, visto que quando o Estado oferece tal prerrogativa aos considerado necessitados, tem-se uma busca do equilíbrio de forças entre reclamante e reclamado, para que o hipossuficiente possa participar do litígio de modo mais equitativo em relação aos indivíduos com melhores condições financeiras.

Destaque-se o que dispõe a norma oriunda da Reforma Trabalhista:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...] *omissis*.

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

As modificações na CLT têm o intuito de restringir o alcance da norma constitucional, no que se refere à assistência judiciária gratuita. Utilizou-se como parâmetro, no dispositivo legal acima transcrito, uma porcentagem atrelada ao valor máximo dos benefícios do RPPS, como se a respectiva quantia fosse aplicável a todos os casos em que o reclamante (que geralmente é o trabalhador) pleiteia pela gratuidade da justiça.

A depender da situação fática, um indivíduo que possui a renda superior àquela utilizada como critério para a concessão do benefício da gratuidade da justiça pode ser considerado hipossuficiente. Pode-se levar em consideração os valores estimados em estudos sobre finanças e economia: por exemplo, o DIEESE levantou o dado de que, em 2018, o salário ideal para que o brasileiro tivesse acesso a itens básicos para sua subsistência seria de R\$ 3.783,39; mais que o triplo do salário mínimo vigente. Far-se-ia injusto, portanto, retirar o custeio da subsistência de um trabalhador para que este venha a ingressar no Judiciário, com o desígnio de resolver determinado litígio, ocasionando prejuízos ao seu padrão de vida e de seu núcleo familiar (UOL, 2018).

Ressalte-se, ainda, que, para fins de comprovação da insuficiência de recursos para o dispêndio com as custas processuais, o interessado deve seguir os ditames previstos no artigo 99, do Código de Processo Civil, em consonância com o princípio da subsidiariedade (art. 15e 99, CPC/2015):

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

A Declaração de hipossuficiência goza de presunção *juris tantum* de veracidade, podendo ser elidida se o contrário for provado. Ainda, a jurisprudência entende que é válida a demonstração da ausência de recursos do litigante por meio de imposto de renda, no qual se discriminam ganhos e despesas do indivíduo, sem fazer alusão a valores exatos, como fora o caso da reforma em questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. INDERFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. HIPOSSUFICIÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

Comprovada a hipossuficiência da parte que a impeça de arcar com as despesas do processo sem prejuízo próprio ou da sua família, o deferimento da gratuidade da justiça é medida que se impõe.

(TJ-SC – AI: 20150894726 Capital 2015.089472-6. Relator: Fernando Carioni. Data de Julgamento: 22/03/2016, Terceira Câmara de Direito Civil)

2.2. Conflito de leis infraconstitucionais.

O benefício da gratuidade da justiça surgiu muito antes da promulgação da atual Constituição Federal. Já em 1950, a Lei nº 1.060, disciplinou o uso da referida garantia pelos litigantes, a saber:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Art. 9º. Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias.

Art. 10. São individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.

Esclareça-se, porém, que esta norma já fora, em sua maioria, revogada por leis supervenientes ou teve dispositivos não recepcionados pela vigente Carta Magna Federal. Atualmente, no âmbito do Direito processual civil, a matéria está disciplinada nos artigos 98 a 102, do CPC/2015:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.

Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.

A primeira disparidade que pode ser detectada quanto à concessão de assistência judiciária encontra-se no artigo 1º, da Lei n.º 1.060/1950 e o art. 790, §3º, da CLT (cujo teor é oriundo da Reforma Trabalhista).

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Enquanto aquela possui um sentido mais abrangente, de garantir a gratuidade da justiça a todos os reconhecidamente hipossuficientes (aos quais ela denomina “necessitados”), a Lei n.º 13.467/2017 visa limitar o acesso a este direito, utilizando como parâmetro valores que, como demonstrado anteriormente, não condizem com as condições sociais, financeiras e estatísticas do país.

Tem-se que a Reforma Trabalhista distancia-se do modo de concessão de garantias processuais previstas na CF/88, visto que esta última tão somente estabelece a assistência judiciária a pessoas que não tenham condições de arcar com as custas processuais; sem inferir, de modo preciso, quaisquer parâmetros para definir tal requisito.

Neste sentido, o Código de Processo Civil estabelece:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

[...]

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Com o desígnio de evitar a utilização indevida da assistência judiciária gratuita, dada a onerosidade dos serviços públicos, a legislação processual civil admite, de modo relativo, a veracidade da alegação do litigante que afirme não poder arcar com as despesas relacionadas à lide. Ressalte-se que a própria legislação permite ao juiz o indeferimento do referido pleito, se verificar que a parte não faz jus à percepção do respectivo apanágio. Nelson Nery Jr. (2015, p. 524) comenta:

A CF 5º LXXIV, que garante assistência jurídica e integral aos necessitados que comprovarem essa situação, não revogara a LAJ 4º e também não interfere neste CPC 99. Basta a simples alegação do interessado para que o juiz possa conceder-lhe o benefício da assistência judiciária. Essa alegação constitui presunção *iuris tantum* de que o interessado é necessitado. Havendo dúvida fundada quanto à veracidade da alegação, poderá ser exigida, do interessado, prova da condição por ele declarada. Persistindo dúvida quanto à condição de necessitado do interessado, deve decidir-se a seu favor, em homenagem aos princípios constitucionais do acesso à Justiça (CF 5º XXXV) e da assistência jurídica integral (CF 5º LXXIV).

Reforçando esse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 463, dispõe:

Súmula nº 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO.

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

Outrossim, verifica-se a controvérsia entre as normas contidas nas legislações processuais civil e trabalhista, apresentando um considerável contrassenso entre elas: enquanto a CLT, de caráter protetivo e *pro labore*, obsta a possibilidade do trabalhador ingressar em juízo, dificultando a isenção das custas e emolumentos, o CPC, com poucas disposições protetivas, viabiliza a maior aplicabilidade deste direito, sem, deixar de evidenciar a apresentação de prova em contrário quanto à condição de hipossuficiente da parte.

Considera-se, deste modo, um conflito de normas infraconstitucionais e entre os princípios que as revestem. Entendemos, pois, que o CPC/2015 encontra-se mais adequado à ordem constitucional brasileira, dado o notório prejuízo da aplicação da norma celetista na prática, inviabilizando o acesso à justiça e, deste modo, violando preceito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

2.3. Força normativa do princípio da gratuidade da justiça.

Segundo Carvalho (2008, p. 252), pode-se conceituar princípio como uma norma carregada de forte conotação axiológica, que introduz valores relevantes para o sistema e influi consideravelmente na ordem jurídica e, em algumas vezes, advém de preceito expresso, enquanto que outros princípios são implícitos; ou seja, ora se apresentam como valores, ora como limites objetivos.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (1991, p. 230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que e irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Nesse sentido, é necessário evidenciar que certos princípios que regem o Direito material e processual trabalhista no Brasil estão sob ameaça, tendo em vista o advento da Lei nº 13.467/2017. Um deles, o qual será explicitado em seguida, é o princípio da gratuidade da justiça.

De modo semelhante a outros ramos do Direito, a seara trabalhista contém, em sua essência, princípios inerentes à sua aplicabilidade social, os quais foram ao base normativa de direitos, garantias e obrigações nas relações de trabalho.

Frise-se que as garantias em questão encontram-se plenamente relacionadas com o princípio da proteção, uma vez que o acesso à justiça é viabilizado à classe trabalhada, a qual, geralmente, não dispõe de poder aquisitivo suficiente para custear as despesas processuais. Portanto, os preceitos normativos existentes no ordenamento jurídico têm o condão de reparar o considerável contraste socioeconômico que é inerente ao contexto do empregado.

Neste sentido, Torales e Costa (2018, p. 03) preconizam:

[...] o princípio da proteção ocupa no direito do trabalho função central, ante a necessidade de proteção do trabalhador, pois se assim não fosse, este ficaria sujeito ao domínio dos desejos de seu empregador em troca de somente sobreviver. Frisa-se, ficaria sujeito unicamente a subordinação dos interesses daquele que tem recursos para produzir riquezas, em troca de minimamente existir, para novamente submeter sua energia até que restasse esgotada, e não mais servisse aos interesses daquele que toma seu trabalho.

Importante destacar, também, que a força normativa de um princípio consubstancia-se na capacidade de ser uma diretriz que rege a elaboração e desenvolvimento de normas em determinado contexto. Diante disso, tem-se o direcionamento doutrinário de Bonavides (1997, p. 262), o qual discorre:

[...] Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles... Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Dado o status de garantia constitucional, as restrições e critérios de concessão questionáveis sobrelevadas à gratuidade da justiça e suas decorrências, afrontam consideravelmente o arcabouço principiológico em questão.

A incompatibilidade ontológica entre o balizamento de condições para a efetivação do acesso à justiça e as extensas garantias inerentes à condição desfavorecida do trabalhador atesta o quão eivada de violação aos direitos trabalhistas está o dispositivo legal em comento.

Por fim, importante acentuar que, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, ajuizou, em agosto de 2017, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, refutando os pontos da Lei 13.467/2017, no tocante à gratuidade da Justiça. Até o presente momento, a referida ação encontra-se pendente de julgamento, o qual obsta a esta pesquisa tecer apontamentos sobre eventual decisão do Supremo Tribunal Federal:

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

Assim, enquanto o STF não realiza a análise das ações de impugnação da Reforma Trabalhista, o trabalhador brasileiro depara-se com uma série de arbitrariedades e

limitações que podem impedir-lhe de ingressar no Judiciário, para buscar resolver quaisquer lides ou controvérsias que se originaram no âmbito de sua atividade.

3. Não obrigatoriedade de pagamento do imposto sindical.

Em geral, as entidades, sejam quaisquer seus ramos de atuação, precisam de recursos financeiros para subsidiar suas atividades. Os sindicatos, por sua vez, são as principais entidades que representam diversas classes de empregados no Brasil (CUNHA, 2018). Conquanto não haja, no ordenamento jurídico pátrio, uma definição de tal modalidade de associação, a CLT enumera parte de suas atribuições, a saber:

Art. 513, CLT. São prerrogativas dos sindicatos:

- a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;
- b) celebrar contratos coletivos de trabalho;
- c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal;
- d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, na estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal;
- e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

Parágrafo Único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação.

No entanto, as disposições da Lei nº 13.467/2017 retiram das entidades sindicais o poder de exigir dos trabalhadores brasileiros o valor referente à contribuição sindical. Os efeitos desta medida, todavia, podem se mostrar prejudiciais à defesa dos interesses dos empregados, como será demonstrado adiante.

3.1. Receita sindical e o enfraquecimento dos sindicatos.

A gama de atribuições arroladas pela legislação trabalhista aos sindicatos, passa a ser inviável, ficando as referidas entidades sem poder efetivá-las, na prática, pela ausência de recursos financeiros. Assim, a possibilidade de instituição de contribuições às categorias econômicas correspondentes resta como o instrumento mais eficiente para manter o pleno funcionamento das entidades sindicais.

Destaque-se que, em relação às formas de custeio dos sindicatos, a receita dessas associações consubstancia-se em contribuição sindical obrigatória, da contribuição confederativa, da chamada contribuição assistencial e das mensalidades dos associados do sindicato, sendo esta primeira o principal meio de obtenção de recursos para as referidas entidades.

Entretanto, a Lei nº 13.467/2017 trouxe novas disposições acerca da contribuição sindical obrigatória, ao alterar o teor do art. 578, da CLT, nos seguintes termos:

Art. 578, CLT. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, **desde que prévia e expressamente autorizadas.** (gn)

Essa exclusão do caráter de compulsoriedade da contribuição sindical vai de encontro à sistemática histórica e teleológica que possui, como bem estatui GODINHO (2016, p. 1487):

A contribuição sindical obrigatória é a mais controvertida, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista na ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de imposto sindical, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais eufemístico, ainda hoje prevalecente. Encontra-se regulada de modo minucioso pela CLT (arts. 578 a 610).

Trata-se de receita recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, nos meses e montantes fixados na CLT, quer se trate de empregado, profissional liberal ou empregador (arts. 580 e seguintes). Ilustrativamente, no caso de empregado, este sofrerá o respectivo desconto, na folha de pagamento do mês de março, à base do salário equivalente a um dia de labor.

Na prática, o texto modificado pela Reforma visou condicionar o pagamento da contribuição sindical ao assentimento dos empregados, de forma expressa e anterior à cobrança do *quantum*. Todavia, os impactos que tal medida governamental ocasionaram aos sindicatos não pode ser olvidada, dado que tal valor era o principal componente da receita dessas organizações.

As funções precípua dos sindicatos estão diretamente relacionadas às questões envolvendo a representação dos trabalhadores em dissídios coletivos, bem como à assistência destes em situações de dispensa, indicativos de greve, dentre outros. Logo, é imprescindível que essas entidades possam dispor de valores razoáveis, para que mantenham a sua funcionalidade, buscando conter os excessos de muitos atos de empregadores que, visando o lucro, ultrapassam os limites da lei vigente.

Ainda, a Reforma Trabalhista tem trazido outras modificações que afetam as entidades do ramo sindical: além de diminuir as organizações que detêm a representatividade dos trabalhadores, reduzindo de forma drástica, os recursos inerentes à sua subsistência, possibilitou, de igual modo, eventual acordo entre empregado e empregador, bem como o ajuste individual de banco de horas, jornada de trabalho e a rescisão contratual, sem necessidade de homologação pelo sindicato correspondente.

O tão criticado “protecionismo” da CLT perfaz-se, com efeito, na busca do equilíbrio na relação entre o proletariado e o meio patronal, evitando arbitrariedades deste último em face daquele. Com um rol de revogações e alterações na legislação em referência, o trabalhador fica mais vulnerável ao alvedrio de seu empregador, sendo compelido a aceitar condições e imposições que extrapolam o mínimo de um labor digno, diante da ausência de uma salvaguarda que anteriormente era garantida por meio das entidades sindicais. (DANTAS JÚNIOR, 2017, p. 280)

Ademais, a vulnerabilidade do empregado acentua-se sem a presença contínua e fortalecida das entidades representativas, sendo mais um fator para se considerar que as prescrições contidas na Lei nº 13.467/2017 são inconstitucionais.

3.2. O caráter de imposto e o atributo da compulsoriedade da contribuição sindical.

Quanto a este ponto, é forçoso salientar que tanto o texto constitucional quanto o celetista tratam sobre a natureza da Contribuição Sindical é de imposto, por meio dos dispositivos abaixo colacionados:

Art. 548, CLT. Constituem o patrimônio das associações sindicais:

a) as contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, **sob a denominação de imposto sindical**, pagas e arrecadadas na forma do Capítulo III deste Título;

Art. 8º, CF/88. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

Art. 149, CF/88. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Por meio de uma análise de tais normas, pode-se conceber que a Contribuição Sindical tem relação direta com a definição de tributo, arrolada no artigo 3º, do Código Tributário Nacional, o qual estatui que:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Essa concepção é sedimentada por Martins (2009, p. 43):

Contribuição sindical é a prestação pecuniária, compulsória, tendo por finalidade o custeio de atividades essenciais do sindicato e outras previstas em lei. A contribuição sindical envolve uma obrigação de dar, de pagar. É pecuniária, pois será exigida em dinheiro. Tem natureza compulsória, visto que independe da pessoa ter ou não interesse de contribuir para os sindicatos, porque o vínculo obrigacional decorre da previsão da lei, que determina o recolhimento.

Nesta senda, em atenção às mudanças advindas com a Lei 13.467/2017, nota-se que o atributo da compulsoriedade fora afastado das características intrínsecas das Contribuições Sindicais, como demonstrado alhures. Logo, tal encargo pecuniário deixa de pertencer ao regime jurídico tributário pátrio, e sua natureza passa a ser questionada.

A controvérsia relacionada à essência de tais contribuições é que, embora boa parte do montante recolhido seja direcionado aos sindicatos, uma fração desses valores fica destinado à Conta Especial Emprego Salário que, por sua vez, tem suas aplicações voltadas aos programas governamentais, a exemplo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), segundo o que dispõe a CLT:

Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho:

[...]

d) 20% (vinte por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário';

Vale frisar, ainda, o posicionamento do Desembargador Francisco Giordani, do TRT da 15ª Região, a respeito de tal matéria:

E dúvida não há que a contribuição sindical em questão, antigo imposto sindical, tem natureza parafiscal, mesmo porque parte dela é destinada aos cofres da União e revertida ao Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT, que custeia programas de seguro-desemprego, abono salarial, financiamento de ações para o desenvolvimento econômico e geração de trabalho, emprego e renda.

Definida tal contribuição como imposto, ou, tributo, inafastável a conclusão de que tem caráter obrigatório ou compulsório, por outras palavras, não-facultativo.

[...]

Lado outro, abstração feita à gritante inconstitucionalidade, de todo modo, desnecessário tecer maiores digressões a respeito da importância e/ou dependência da agremiação sindical em relação às contribuições pretendidas, indispensáveis para a sua sobrevivência, mormente considerando que abrupta a sem qualquer período e/ou condições transitórias que preparassem a retirada de sua obrigatoriedade.

(TRT-15: Mandado de Segurança nº 005385-57.2018.5.15.0000. Data de julgamento: 02/03/2018.)

Deste modo, vê-se a falta de precisão técnica do texto da Reforma Trabalhista, no tocante às definições já consolidadas acerca de direitos, ônus e encargos de empregados, empregadores, entidades estatais e sindicatos. Tendo como fim a desregulamentação de garantias obtidas com tanto esforço ao longo dos anos, em detrimento da manutenção de privilégios da classe patronal, o Legislativo brasileiro parece olvidar a sistemática histórica, teleológica e substancial intrínseca à Consolidação das Leis do Trabalho e suas prescrições.

Diante desta realidade, vê-se que, a partir do momento em que o legislador retira a obrigatoriedade do pagamento da Contribuição Sindical, não só torna inexpressiva a atuação dos sindicatos, mas também prejudica o desenvolvimento de vários programas de desenvolvimento nacional, que visam assegurar melhores condições de vida a boa parte da população brasileira, que é umas das funções precípuas do Estado.

Além disso, a forma pela qual fora tornada facultativa a contribuição sindical contém vício de inconstitucionalidade, quanto à opção adotada pelo legislador para realizar tal mudança. Neste contexto, dispõe o texto constitucional:

Art. 146, da CF/88. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Art. 150, da CF/88. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (gns)

Uma vez que a CF/88 prevê a instituição da contribuição sindical, não caberia a Lei nº 13.467/2017, legislação ordinária, dispor sobre tal matéria. Ainda, importante destacar que uma isenção só poderia ser concedida por uma norma específica, diferentemente do teor da Reforma Trabalhista, haja vista que suas disposições tratam de vários artigos da CLT.

Dessa forma, verifica-se que a facultatividade do pagamento da contribuição sindical afronta disposições basilares do texto constitucional, da legislação tributária e até mesmo padece de técnica legislativa consistente, imiscuídas no teor da Reforma Trabalhista, resultado da barganha entre os setores políticos na esfera federal, que traz consequências desastrosas ao sistema sindical brasileiro.

Conforme Cucolo (2019, pp.) “Em junho de 2018 os ministros do STF decidiram pela constitucionalidade do fim do imposto sindical obrigatório, controvérsia que foi tema de 20 ações”.

3.2. O princípio da unicidade sindical e a liberdade de escolha do trabalhador.

Existe uma quantidade considerável de sindicatos no Brasil. Segundo o Ministério do Trabalho (2019), em março de 2019, havia 16.923 entidades sindicais com registro ativo, dentre as representantes de empregados e de empregadores. Tal quantidade, um tanto quanto expressiva, pode ser considerada razoável, devido aos parâmetros estabelecidos pela *Lex Fundamentalis*, a saber:

Art. 8º, da CF/88. [...] *omissis*.

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

[...]

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

O modelo de estrutura dos sindicatos no Brasil consolidou-se com base no Princípio da Unicidade, o qual, segundo Leite e Obregon (2017, p. 14) “determina que o trabalhador não tem livre poder para escolher o sindicato ao qual se filiará, que o melhor o represente, isto porque o sindicato é único para uma determinada categoria ou profissão, não podendo coexistir mais de um sindicato para um mesmo grupo num mesmo local”.

Embora tenha o condão de evitar o surgimento de entidades pelegas, sem representatividade efetiva, o texto da Reforma vai de encontro aos preceitos da Convenção nº 87, da OIT que, muito embora não tenha sido adotado e ratificado pelo Brasil, prevê como garantia preambular a prevalência da liberdade do indivíduo em optar pela associação, *ex vi* do seu artigo 2º: *Trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.*

A norma elaborada pela OIT dá primazia ao direito de escolha do patrão ou do empregado de selecionar a entidade que melhor atende às suas necessidades e seus posicionamentos no tocante às relações laborais. Em posição antagônica, o texto constitucional visou a contenção de um número exorbitante de associações sindicais,

considerando as dimensões territoriais e o valor histórico que os sindicatos possuem na evolução do Direito do Trabalho.

Deve-se ressaltar que, sendo um o Brasil um país de elevadas disparidades sociais, um dos últimos Estados a abolir o sistema escravocrata (cerca de cento e trinta anos de “liberdade”), seu ordenamento jurídico tende a observar a proteção do direito da classe trabalhadora que, via de regra, é mal remunerada, passa por constantes pressões no ambiente de labor e tem visto, nos últimos anos, um declínio vertiginoso no número de vagas de emprego, decorrentes da crise econômica ocasionada por uma política pública falha, austera, que dá proeminência a interesses escusos dos mais favorecidos economicamente (DELGADO, 2018).

Ocorre ainda, que, na prática, o recolhimento facultativo da contribuição sindical prejudica consideravelmente a existência das entidades sindicais, como se conhece hoje em dia. Isto porque, conquanto prevaleça o sistema da Unicidade, a quantia de tais associações, descrita anteriormente, é vultosa e demanda recursos de mesma magnitude para as atribuições legais conferidas aos sindicatos sejam plenamente atendidas.

Não se deve ignorar que o próprio artigo 8º, da CF/88, em seu inciso V, indica que a liberalidade do indivíduo em associar-se ou não deve ser respeitada; daí a razão de ser, segundo os defensores da Reforma, de que o pagamento da contribuição prevista na norma retromencionada deve adequar-se ao parâmetro opcional, ao arbítrio dos empregados.

Nada obstante tal contexto, os empregados, no Brasil, estão à mercê de flagrantes ilegalidades em boa parte das relações de trabalho. O sindicato é o mecanismo intermediador desse vínculo e, dessa forma, torna-se cada vez mais enfraquecido, sem poder prestar a assistência devida aos trabalhadores, que não dispõem de meios mais eficientes para cessar os atos explicitamente contrários à ordem jurídica, advindos de seus patrões, e a eles se subordinam por questões de sobrevivência.

Outrossim, há quem defenda a tese de que, hodiernamente, com as várias opções para se obter informações de cunho jurídico é mais ampla, o trabalhador não deve ser visto como totalmente vulnerável, como forma de compelir diversas “flexibilizações” no que se refere às garantias das relações de trabalho. Os que seguem esse entendimento parecem “esquecer” a nítida desigualdade entre os patrões e trabalhadores, a estrutura que cada um possui para manter prerrogativas e a submissão de razões econômicas a que está sujeito o proletário.

Mais uma vez, padece o legislador brasileiro de entendimento da realidade do país em que figura como autoridade. O que o sistema sindical pátrio necessita é, evidentemente, de uma reforma em seus instrumentos, no tocante à sua criação e atribuições, tornando esta última proporcionais ao patrimônio auferido por tais entidades. Do contrário, de modo progressivo, haverá a extinção de diversas associações; ocasionando, por conseguinte, o fim da representatividade dos trabalhadores e a subordinação destes a “liberalidades negociais” previstas em lei, a exemplo do “caráter opcional” da homologação da rescisão contratual. Esse cenário caliginoso é bem descrito na lição Dantas Júnior (2017, p. 283):

Ora, a consequência dessas características é facilmente imaginável: o sindicato dos empregados concordará com qualquer cláusula que a empresa queira incluir em norma coletiva, em troca de alguma taxa ou alguma comissão que lhe propicie renda para a

sobrevivência. De modo mais direto, a representatividade pelos sindicatos, que hoje já é ruim [...], tenderá a ficar ainda pior, com a clara tendência de prevalência dos interesses de tais sindicalistas sobre os interesses da classe que deveriam representar.

Com todos os efeitos e disposições contidos na Lei nº 13.467/2017, uma das principais consequências que devem afetar diretamente os sindicatos é o seu enfraquecimento e a posterior extinção de muitos, por falta de subvenções para sua manutenção.

Conclusão

A problemática levantada com a presente pesquisa visou analisar se as determinações legais compreendidas na Lei nº 13.467/2017 deveriam ou não ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há aparente confronto aos preceitos elencados na Constituição Federal de 1988.

O cenário político brasileiro tem se evidenciado cada vez mais obscuro, desde a promulgação da Lei nº 13.487/2017. A eleição de um Chefe de Estado que retrata bem o títere de um indivíduo “liberal na economia e conservador nos costumes” revela o quão drásticas tendem a ser as mudanças no país, no tocante às políticas sociais para os menos favorecidos, sobretudo da classe trabalhadora.

Os objetivos do estudo realizado, ao longo da elaboração deste Projeto, foram atendidos, visto que foi possível analisar, apontar, demonstrar e evidenciar as normas da Reforma Trabalhista com os princípios, leis e a Constituição Federal, as quais possuem determinações totalmente distintas daquela.

Por meio de uma análise acurada e sistemática, através da legislação vigente, farta literatura e jurisprudência dos Egrégios Tribunais, verificou-se que a Reforma Trabalhista não só contém vícios agudos de inconstitucionalidade, como ocasionou diversas falhas de entendimento, julgamento e aplicação prática no contexto jurídico, de tão equivocada e morosa que fora sua elaboração.

O imprescindível debate sobre as mudanças na CLT é tão somente uma amostra da falta de aptidão técnica de muitos indivíduos que permeiam a cena política brasileira, fadados ao anseio de seus próprios interesses, visando criar um Estado Máximo para si e Mínimo para os que estão à margem dos seus privilégios. Os anseios da classe trabalhadora, a maior potência de desenvolvimento do país, ficam em segundo plano, em detrimento de conflitos entre os Poderes e seus representantes, que não parecem ter fim.

Ressalte-se que, em termos técnicos, conquanto uma norma ordinária tenha a presunção de constitucionalidade a seu favor (e que o Supremo Tribunal Federal já as tenha declarado constitucionais em ações específicas) a lição que a história nos traz é que, muitas vezes, as determinações oriundas do Estado não são legítimas; tampouco favorecem seus cidadãos. Daí, a razão de ser da pesquisa: trazer subsídios críticos para a jurisdição estatal agir com base na Justiça e ditames constitucionais, quando a lei resta injusta, em momentos de crises morais e políticas severas. Dessa forma, concluiu-se que a novel de 2017, a Reforma Trabalhista, mostra-se inconstitucional, devendo ser revogada, nos aspectos aqui trabalhados.

Referências

- ALMEIDA, André Luiz Paes. **CLT e Súmulas do TST Comentadas**. 15ª Edição. São Paulo: Rideel, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1943.
- BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1950.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Presidência da República, Brasília, 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 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**. Presidência da República, Brasília, 2017.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Presidência da República, Brasília, 1966.
- BRASIL. Ministério do Trabalho. **Sindicatos com registro ativo**. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp>. Acesso em 28 mar. 2020.
- BRASIL. STF – **Recurso Extraordinário RE n.º 590.415 SC**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, DJE: 29/05/2015.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 276**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-276. Acesso em 22 nov. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 463**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463. Acesso em 22 nov. 2020.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 2ª Edição. Niterói, Impetus, 2008.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.
- Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilica/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em 10 jul. 2020.

Convenção 87, OIT. Disponível em:

http://www.ilo.org/public//portugue/region/ampro/brasil/brasilia/info/download/covnv_87.pdf. Acesso em 25 mar. 2020.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2018.

CUCOLO, Eduardo. **STF ainda avalia 8 pontos da reforma trabalhista, 2 anos após sanção. Disponível em:** <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/12/stf-ainda-avalia-8-pontos-da-reforma-trabalhista-2-anos-apos-sancao.shtml>, consultado em 23 jul. 2020 .

CUNHA, Alcir Kenupp. **O fim da universalidade e da compulsoriedade da contribuição sindical como oportunidade de renascimento dos sindicatos.** Revista trabalhista Direito e Processo, Ano 17, nº 59. Set/2018.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Fim da Contribuição Sindical Obrigatória - Consequências para as entidades sindicais e categorias representadas.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Edição especial. Nov/2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil. Com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** 2ª edição – São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

GUEDES, Aline. **Sistema tributário leva a país desigual, avaliam senadores.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/sistema-tributario-leva-a-pais-desigual-dizem-senadores>. Acesso em 29 abr. 2020.

LEITE, Letícia Durval. OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **As influências da Convenção nº87 da OIT na reforma sindical brasileira (Lei nº13.467/17) e o sistema sindical na Constituição Federal. 2017.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19877&evista_caderno=16. Acesso em 28 mar. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuições Sindicais: Direito Comparado Internacional – Contribuições Assistencial, Confederativa e Sindical.** 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 23ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** São Paulo: RT, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 1ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 29 out. 2020.

- Senado Federal. **Consolidação das Leis do Trabalho completa 70 anos**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/04/30/consolidacao-das-leis-do-trabalho-completa-70-anos>>. Acesso em 17 ago. 2020.
- STF. **PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- TORALE, Cassiano Ramos; COSTA, Wander Medeiros Arena da. **Força Normativa dos princípios aplicados ao trabalho face à Reforma Trabalhista**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 6, n. 1, Mar. – Jun/2018.
- Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJ-SC. **Agravo de Instrumento: AI 20150894726 Capital 2015.089472-6**. Relator: Desembargador Fernando Carioni. DJE: 22/03/2016.
- Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Mandado de Segurança nº 005385-57.2018.5.15.0000**. Relator: Desembargador Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DJE: 02/03/2018.
- UOL. **Salário mínimo em outubro deveria ser de R\$ 3.783,39, diz Dieese**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/11/07/salario-minimo-ideal-outubro-dieese.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 20 abr. 2020.
- POZZETTI, Valmir Cesar e MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio. **Gerenciamento ambiental e descarte do lixo hospitalar**. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, vol. 14, n 28. Belo Horizonte, Ed. Dom Helder, 2017.
- POZZETTI, Valmir César e CAMPOS, Jalil Fraxe. **ICMS ECOLÓGICO: UM DESAFIO À SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO AMBIENTAL NO AMAZONAS**. Revista Jurídica do Unicuritiba. vol. 02, nº. 47, Curitiba, 2017. Disponível em <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/2035-6329-1-PB.pdf>, consultado em 22 abr. 2020
- POZZETTI, Valmir César e WOLFF, Fernando Leitão. **Garantias dos Direitos Individuais e Sociais do Trabalho, no Âmbito da Terceirização**. Disponível em: <file:///C:/Users/Valmir/AppData/Local/Temp/692-2475-1-PB-1.pdf>, consultada em 26 jul. 2020. Revista Themis da ESMEC. Fortaleza, v. 17, n. 1, p.201-242, jan./jun. 2019

Apontamentos conceituais sobre a força maior na perspectiva do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro (*)

Conceptual notes on the force majeure on the perspective of the brazilian labor legal system

Notas conceptuales sobre la fuerza mayor desde la perspectiva del sistema jurídico laboral brasileño

Vitor Salino de Moura Eça¹

Suélen Ramos de Oliveira²

Bruno Gomes Borges da Fonseca³

(*) Recibido: 29/07/2020 | Aceptado: 27/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Pós-doutorado em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Pós-doutorado em Direito Processual Internacional na Universidad de Talca – Chile. Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região. Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) (CAPES 6) do programa de mestrado e doutorado em Direito, na área de Direito Processual, onde é Líder do Grupo de Pesquisa Direito Processual Comparado. Professor visitante em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Professor conferencista na ENFAM e na ENAMAT. Pesquisador do Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), Espanha, e do Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (CENTRASS), Chile. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS); Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT); Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro; Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS) e da Societé Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.
profvitorsalino@gmail.com
- ² Pós-graduanda em Direito Individual e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada licenciada.
su_elelnr@hotmail.com
- ³ Pós-doutorado em Direito pela PUC-Minas. Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias pela FDV. Procurador do Trabalho na 17ª Região. Professor da graduação e da pós-graduação da FDV. Professor colaborador no Programa de Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFES. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Instagram: @brunobgdafonseca.
bgbfonseca@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais da força maior. 2. A especificidade da força maior no ordenamento jurídico trabalhista. – Considerações finais. – Referências.

Resumo: Este artigo teve como objetivo analisar o instituto da força maior na perspectiva do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. A pesquisa se justificou em virtude de polêmicas surgidas a partir da pandemia causada pelo Sars-CoV-2 (coronavírus) no tocante à caracterização, ou não, de alguns eventos como força maior. A par desse contexto, o problema desta pesquisa foi o de analisar aspectos conceituais da força maior sob o ponto de vista do direito do trabalho no Brasil. A covid-19 foi manejada como parâmetro, porém, o problema foi recortado em torno da caracterização da força maior a partir da ordem jurídica trabalhista. A pesquisa, com base no método dialético, concluiu, a título de resultado, que a força maior, no direito do trabalho, possui especificidades que devem ser consideradas no momento de sua caracterização, sem prejuízo do necessário diálogo com o direito civil.

Palavras-chave: Brasil, Direito do Trabalho, Consolidação das Leis do Trabalho, Coronavírus.

Abstract: This article aimed to analyze the institute of force majeure on the perspective of the Brazilian labor legal order. The research was justified by the controversies that arose from the pandemic caused by Sars-CoV-2 (coronavirus) regarding the characterization, or not, of some events as force majeure. In addition to this context, the problem of this research was to analyze the conceptual aspects of force majeure from the point of view of labor law in Brazil. Covid-19 was managed as a parameter, however, the problem was cut around the characterization of force majeure on the labor legal order. The research, based on the dialectical method, has concluded, as a result, that the force majeure, in labor law, has specificities that should be considered at the moment of its characterization, without prejudice to the necessary dialogue with civil law.

Keywords: Brazil, Labour Law, Consolidação das Leis do Trabalho, Coronavirus.

Resumen: Este artículo tuvo como objetivo analizar el instituto de fuerza mayor desde la perspectiva del sistema jurídico laboral brasileño. La investigación se justificó debido a controversias derivadas de la pandemia causada por Sars-CoV-2 (*coronavirus*), con respecto a la caracterización, o no, de algunos eventos como fuerza mayor. Además de este contexto, el problema de esta investigación fue analizar aspectos conceptuales de fuerza mayor desde el punto de vista del derecho laboral en Brasil. La Covid-19 fue manejada como parámetro, sin embargo, el problema se limitó a la caracterización de fuerza mayor en el orden jurídico laboral. La investigación, basada en el método dialéctico, concluyó, como resultado, que la fuerza mayor, en el derecho laboral, tiene especificidades que deben ser consideradas en el momento de su caracterización, sin perjuicio del necesario diálogo con el derecho civil.

Palabras clave: Brasil, Derecho Laboral, consolidación de leyes de trabajo, coronavirus.

Introdução

O direito, tradicionalmente, é definido como uma ciência cujo objetivo é regular a vida social. Para facilitar o seu estudo, convencionou-se o seu compartimento em diversos ramos, de forma a racionalizar didaticamente a sua compreensão.

O direito do trabalho, por sua vez, é o ramo jurídico regulador das relações de trabalho, em consonância com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, erigidos como fundamentos da República brasileira pela Constituição Federal de 1988⁴ (CF/1988, art. 1º, IV). (BRASIL, 2019).

No início do corrente ano, a população mundial foi compelida a modificar seus hábitos e alterar, abruptamente, a rotina em decorrência da descoberta de uma nova doença (covid-19), causada pelo Sars-CoV-2 (coronavírus). Este vírus, consoante informações extraídas do portal do Ministério da Saúde, pertence a uma família de vírus que causam infecções respiratórias, cujo novo agente foi descoberto, em 31 de dezembro de 2019, depois de casos registrados na China. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Esse cenário obrigou o Estado a adotar diversas medidas, inclusive legislativas voltadas ao direito do trabalho. Um destes atos foi a Medida Provisória n. 927/2020. (BRASIL, 2020a).⁵ O seu art. 1º, parágrafo único, prevê que o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto-Legislativo n. 6/2020 (BRASIL, 2020b), para fins trabalhistas, constitui hipótese de força maior, nos termos do art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452/1943. (BRASIL, 2020c).

A par desse contexto, este estudo analisa aspectos conceituais da força maior a partir do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro.

A pesquisa se justifica porque, no atual de estado de calamidade pública, decorrente da pandemia, a força maior vem sendo invocada, por muitos empregadores, como vetor motivador para demissões, acordos individuais escritos e a desoneração de algumas obrigações legais, o que gerou interessantes questionamentos e reacendeu debates sobre os contornos do referido instituto.

No presente estudo, a covid-19 é utilizada como parâmetro. Contudo o problema delinea-se em torno da caracterização da força maior sob o ponto de vista do ordenamento jurídico trabalhista.

O método de desenvolvimento da pesquisa é o dialético, cujo teor, genuinamente, em linhas gerais, era enxergado como arte do diálogo; da discussão.

⁴ A partir deste ponto, as citações da Constituição Federal de 1988 não serão referenciadas. Adotar-se-á esta regra para todos os atos normativos e as decisões judiciais (apenas para eles), com referência somente na primeira citação, sem prejuízo de sua listagem ao final. O objetivo é conferir maior fluidez ao texto.

⁵ A Medida Provisória n. 927/2020, mesmo ao encerrar seu período de vigência, a título de exemplo e para fins de argumentação, representa um dado importante para este estudo, tendo em conta que, expressamente, reconheceu que a pandemia da covid-19 representou um caso de força maior.

Contudo, na modernidade, incorporou a acepção de compreensão da realidade, em movimento, como contraditória e em permanente transformação. (MARTINS, 2009, p. 49). A dialética, como ação recíproca, em um processo inacabado e analisado conjuntamente (MARCONI; LAKATOS, p. 83-84) propicia analisar a aplicação da força da maior, em uma perspectiva de criticidade e de integração, a partir do direito do trabalho.

Esta pesquisa adota a técnica de pesquisa documental indireta nas modalidades pesquisas documental e bibliográfica, ou seja, para a confecção deste estudo analisa documentos públicos, estatísticas, fontes normativas e bibliografia tornada pública.⁶

A partir desse cenário, a pesquisa, em uma abordagem ensaísta, objetiva: a) analisar a força maior em uma perspectiva mais geral, cujo diálogo mais próximo será o direito civil; b) analisar, sob um ponto de vista mais conceitual, a força maior na perspectiva do direito do trabalho no Brasil. Essa, inclusive, é a ordem das seções.

1. Aspectos gerais da força maior⁷

Esta seção analisará a força maior em seus aspectos mais gerais e em uma visão mais próxima do direito civil. Esta proposta, todavia, não impedirá um incipiente e necessário diálogo com o direito do trabalho.

O art. 8º, §1º, da CLT autoriza a importação do direito comum, o que inclui o direito civil, sempre que houver omissão no direito do trabalho. A Reforma Trabalhista, ocorrida no Brasil em 2017, retirou o requisito da compatibilidade (antes eram dois os requisitos: omissão e compatibilidade) do texto do aludido dispositivo. Ainda assim, parece necessário exigir a compatibilidade entre o texto importado e os princípios e as regras do direito do trabalho, por se tratar de uma exigência lógica e implícita. Parece inadequado admitir que basta a omissão, o que daria autorização para introduzir, no direito do trabalho preceptivos legais incompatíveis com a natureza da relação de emprego. Nesta senda, ao abordar a importação de preceptivos do direito processual civil para o direito processual do trabalho (os argumentos são bastante similares):

A história do direito e processo do trabalho e os seus compromissos assumidos ao longo da história, entretanto, permitem diferenciá-los do processo civil e resistir a essa pretensão. Aqueles ramos jurídicos vinculam-se aos pleitos de trabalhadores e sindicatos e consubstanciam conquistas sociais decorrentes de lutas de classes, malgrado suas contradições e conciliações com o modo de produzir capitalista. O processo civil, diferentemente, encontra outro eixo temático, o que, inclusive, motivaria a existência de ritos diferentes nesses dois ramos processuais. Seu objetivo é concretizar o direito civil, cujo centro se encontra a exaltação e manutenção da propriedade privada, e outros ramos jurídicos (como os direitos tributário e administrativo), que não possuem uma lógica processual específica. Logo, a importação, sem critérios, do texto do CPC para o processo do trabalho implicará modificação estrutural da defesa dos trabalhadores perante o Poder Judiciário e, conseqüentemente,

⁶ A partir de classificação exposta por Marconi e Lakatos. (2010, p. 48-57).

⁷ Trechos desta seção, com adaptações, foram extraídos de Eça, Oliveira e Fonseca. (2020).

(maior) prevalência da propriedade privada em detrimento dos direitos sociais. (FONSECA; LEITE, 2017).

O Código Civil brasileiro (CC) (BRASIL, 2020d), além de conter diversos preceitos sobre obrigações, contempla disposições específicas acerca do seu inadimplemento, entre eles o art. 393, parágrafo único, cujo texto exime a responsabilidade do devedor relativamente aos prejuízos resultados de caso fortuito ou força maior: “Art. 393. [...] Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

No direito civil, existe grande controversa acerca dos contornos conceituais da força maior e do caso fortuito. Pode-se resumir a questão, a partir de algumas posições teóricas.

Para determinado setor teórico, inexistente diferença entre força maior e caso fortuito. Seriam, portanto, expressões equivalentes. O CC tratou de ambos no mesmo dispositivo e equiparou os seus efeitos (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2020, *E-book*) ao contemplar a mesma força liberatória quanto à responsabilização do devedor, o que, talvez, sob o ponto de vista pragmático, torne menos relevante a diferenciação. Lôbo (2020, *E-book*), Wald, Cavalcanti e Paesani (2015, *E-book*) aderem esta posição teórica.

Para outro segmento, há distinção entre força maior e caso fortuito. Entre aqueles que diferenciam aludidos institutos, inexistente consenso, com a postagem de diversos critérios diferenciadores.

Para Monteiro e Maluf (2015, *E-book*), a força maior é consubstanciada por fatos físicos ou naturais de índole ininteligente. O caso fortuito, diferentemente, decorre de fato alheio cuja *boa vontade* do devedor é insuficiente para superá-lo. Para o aludido autor, ambos devem ser fatos necessários, supervenientes, inevitáveis e irresistíveis. Lôbo (2020, *E-book*) acresce que a imprevisibilidade se abstém de compor a estrutura conceitual desses institutos, porque o fato pode ser previsível, embora inevitável. O que interessa, portanto, é a inevitabilidade dos efeitos.

Diniz (2009, p. 403) vincula a força maior a um evento da natureza. O caso fortuito, por seu turno, decorreria de uma causa desconhecida.

Azevedo (2019, *E-book*) considera o caso fortuito um acontecimento decorrente da natureza, sem qualquer intervenção humana. A força maior, diferentemente, corresponde a um fato de terceiro ou de credor no qual a atuação humana impediria o cumprimento, pelo devedor, da obrigação.

Pamplona Filho e Gagliano (2020, *E-book*), por fim, advogam que a característica fundamental da força maior é a sua inevitabilidade, enquanto que no caso fortuito, a nota distintiva é a imprevisibilidade.

Para fins desta pesquisa, utilizar-se-á a expressão força maior, cuja utilização constava da Medida Provisória n. 927/2020 (art. 1º, parágrafo único), para caracterizar alguns acontecimentos decorrentes desse período pandêmico, sem, todavia, ingressar no mérito dessas correntes expostas. A pandemia gerada pelo vírus Sars-CoV-2, portanto, seria um evento considerado como força maior.

Essa conclusão provisória, entretanto, ainda é dependente de confirmação quando a análise envolver o direito do trabalho, algo que ocorrerá na próxima seção. Por ora será mantida com esta ressalva.

Cabe ao devedor-empregador o ônus de comprovar a existência da força maior ou do caso fortuito (MONTEIRO; MALUF, 2015, *E-book*; WALD; CAVALCANTI; PAESANI, 2015, *E-book*), nos termos do art. 818, II, da CLT, bem como que a sua ocorrência foi determinante para torná-lo inadimplente. Neste cenário, o art. 399 do CC imputa responsabilidade ao devedor, malgrado a existência de força maior:

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

A força maior, portanto, ainda que aplicável, a rigor, se abstém de eximir o devedor-empregador caso este, quando da sua ocorrência, esteja em mora. (WALD; CAVALCANTI; PAESANI, 2015, *E-book*; AZEVEDO, 2019, *E-book*). Logo, não poderá funcionar como *escudo* de empregadores cujas moras são reiteradas e vinham ocorrendo antes da pandemia.

Lôbo (2020, *E-book*) e Azevedo (2019, *E-book*) acrescentam que é possível o contrato prever a responsabilidade do devedor pela ocorrência da força maior e do caso fortuito. Também neste sentido, Wald, Cavalcanti e Paesani (2015, *E-book*) e Pamplona Filho e Gagliano. (2020, *E-book*). Neste ponto, surge a possibilidade de se defender que os contratos de emprego, em razão do dirigismo contratual previsto no art. 444, *caput*, da CLT, trariam cláusula de responsabilidade do empregador em casos de força maior, por ser ínsito a definição deste a assunção do risco (CLT, art. 2º).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, Recurso especial 1612887/PR, 2020) decidiu que, no caso de responsabilidade ambiental, cuja teoria aplicável é a do risco integral, a força maior e o caso fortuito se abstém de atuarem como cláusula de isenção da responsabilidade civil. A Corte, entretanto, em responsabilidades objetivas regidas por outras teorias do risco que não a integral, como a do risco administrativo, acolhe a tese de rompimento do nexos causal pela alegação de força maior ou de caso fortuito. (BRASIL, Agravo interno no recurso especial 1646967/RJ, 2020).

Aqui também é possível pensar em qual teoria do risco foi adotada pelo direito do trabalho. Aparentemente (este não é o tema da pesquisa) parece que a teoria do risco integral é aplicável às relações de emprego relativamente aos direitos trabalhistas em sentido estrito, como pagamento de salários, férias mais 1/3, 13º salário, aviso-prévio, depósitos do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS), horas etc. Caso adequada esta posição, a alegação de força maior e o caso fortuito seria insuficiente para afastar a responsabilidade do devedor (empregador).

O sistema de responsabilização no direito do trabalho é bastante diferente quando comparado com o direito civil. O art. 2º da CLT, ao definir empregador, prescreveu que uma de suas características fundamentais é a assunção do risco (alteridade). Ao discorrer sobre o tema, Delgado (2015, p. 434-435) realça que a ordem jurídica trabalhista impôs ao empregador a exclusiva responsabilidade pelos

direitos decorrentes do contrato empregatício e pela sorte de seu empreendimento. A consequência, destaca Delgado, é que descabe ao empregador a distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados.

A próxima seção continuará com esse debate, porém em uma perspectiva ainda mais trabalhista.

2. A especificidade da força maior no ordenamento jurídico trabalhista

A pandemia ocasionada pela disseminação do Sars-CoV-2 (coronavírus), vírus causador da doença covid-19, pode ser considerada a pior enfermidade epidêmica de todos os tempos, dado o seu rápido alcance global.

Não obstante notícias emanadas da China – centro da patologia – sobre as ações implementadas para o combate ao inimigo invisível chegassem aos demais países do mundo, não houve prazo hábil para a total prevenção contra o iminente infortúnio viral. Diante de um cenário singular, no qual o distanciamento social tornou-se premente, a única certeza é que vivenciávamos mais um momento excepcional na história humana.

No âmbito jurídico, não foi diferente. Muitas foram as discussões e indagações entre juristas brasileiros sobre como enquadrar e dirimir o atual período de crise na saúde pública. Em que pese as normas que o antecederam, o Decreto-Legislativo n. 6/20 do Congresso Nacional brasileiro constituiu, sem dúvidas, a base jurídica dos demais instrumentos legais.

Na seara trabalhista, o protagonismo das medidas provisórias teve por mote nortear, emergencialmente, as relações empregatícias, significativamente estremecidas pelos efeitos econômicos da pandemia da covid-19.

Dentre os diversos assuntos de que trata a Medida Provisória n. 927/2020, cuja vigência se encerrou, sinalizava no art. 1º, parágrafo único:

[...]Jo disposto nesta Medida Provisória se aplica durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e, para fins trabalhistas, constitui hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

O art. 1º, parágrafo único, da Medida Provisória n. 927/2020 considerava que a pandemia gerada pela covid-19 era uma hipótese de força maior. Todavia o dispositivo consignou que se deveria observar os termos do art. 501 da CLT, cujo texto define a força maior para fins trabalhistas.

Antes de alcançar esse ponto e analisar o art. 501 da CLT, cabe salientar que, ainda que inexistisse um ato normativo cujo preceito fosse no sentido de que a pandemia gerada pelo vírus Sars-CoV-2 (coronavírus) deva ser considerada força maior, o seu enquadramento nesta condição parece, no mínimo, aceitável.

Dallegrave Neto, ao refletir acerca do tema, sustenta que a atual crise viral se insere juridicamente como motivo de força maior:

[...] Não há dúvidas de que este tempo de contágio, isolamento e medo enquadra-se no conceito de Força Maior. O instituto, conforme dispõe o art. 501 da CLT, contém um elemento objetivo (evento inevitável: o contágio do coronavírus) e outro subjetivo

(ausência de culpa do empregador no tocante a sua causa) [...]. (DALLEGRAVE NETO, 2020, p. 253).

A perda de vigência da Medida Provisória n. 927/2020 torna essa conclusão mais evidente. O enquadramento da força maior, para fins trabalhistas, deverá ser realizado a partir da CLT. O direito civil funcionará com o fornecimento de normas subsidiárias, desde que compatíveis com o direito do trabalho.

Logo, em abstrato, a pandemia gerada pelo Sars-CoV-2 (coronavírus) pode sustentar uma hipótese de força maior. Entretanto quando esta questão é deslocada para o direito do trabalho urge analisar a situação à luz da definição de força maior prevista no art. 501 da CLT:

Art. 501. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§1º. A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º. À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Aqui cabe uma observação: a CLT, diferentemente do CC, não menciona o caso fortuito. Para reforçar a afirmativa, vale reproduzir o ensinamento de Alexandre Agra Belmonte

Inexistindo na Consolidação das Leis do Trabalho qualquer norma regulando de forma geral a caracterização e efeitos do caso fortuito, percebe-se que ela, na verdade, não faz distinção entre fortuito natural e fortuito humano, pelo que a definição de força maior, prevista na CLT, engloba o caso fortuito, exceto nas hipóteses em que o legislador pontualmente atribui ao fortuito natural efeitos diferenciados (a exemplo da morte do empregador quando pessoa física – art. 483, §2º, CLT e de fortuitos naturais ordinários, a exemplo da gravidez, que gera estabilidade, e da doença endêmica, que provoca sucessivamente, a interrupção e a suspensão do contrato). (BELMONTE, 2020, p. 443).

A CLT, portanto, não distinguiu força maior de caso fortuito (CASSAR, 2018, p. 1010).

O art. 501, *caput*, da CLT define a força maior como um acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador. Além disso, para a sua caracterização, o empregador não pode ter contribuído, ainda que indiretamente, nem pode ser praticado ato de imprevidência. Neste ponto, parece aplicável o art. 399 do CC, cujo texto preceitua que o devedor (o empregador) em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior.

A definição de força maior, constante do art. 501, *caput*, da CLT, ademais, deve ser conjugada com o §2º do mesmo preceptivo, cujo texto exige, para a caracterização da força maior, que o empregador seja substancialmente afetado, inclusive sob aspectos financeiros.

Por corolário, a pandemia gerada pelo Sars-CoV-2 (coronavírus), isoladamente, é incapaz de permitir a conclusão de que houve a caracterização da força maior. Urge verificar se o empregador fora substancialmente atingido, se inexistiu imprevidência da sua parte, se já estava em mora e, por fim, se, ainda que indiretamente, não contribuiu para essa situação.

O art. 502 da CLT trata da situação na qual a força maior ocasiona a extinção da *empresa* ou um de seus estabelecimentos no qual trabalhe o empregado. Nesta hipótese, autoriza a cessação do contrato de emprego, nos moldes dos incisos I a III do correspondente dispositivo.

Com efeito, caso o empreendimento sofra dificuldades em razão da pandemia, porém mantenha, parcialmente ou totalmente, as atividades empresariais, estará descaracterizada a extinção contratual dos empregados por força maior.

A força maior, cuja ocorrência extingue a *empresa* ou o seu estabelecimento, autoriza a rescisão do contrato de emprego:

a) do empregado estável⁸ (CLT, art. 502, I), com o pagamento da respectiva indenização;

b) do empregado contratado por prazo indeterminado, com o pagamento de metade da indenização sobre o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), isto é, no lugar de pagar indenização de 40%, pagará 20% a título indenizatório (metade), consoante art. 502, II, da CLT e art. 18, §2º, da Lei n. 8.036/1990. (BRASIL, 2020e).

As demais verbas rescisórias, decorrentes da cessação do vínculo em razão da força maior, são as mesmas devidas para a rescisão do contrato de emprego sem justa causa (GODINHO, 2015, p. 1231), inclusive o aviso-prévio (Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 44, 2003), malgrado a existência de posição teórica cuja conclusão é no sentido de excluir o pré-aviso (CASSAR, 2018, p. 1010), sob o argumento de que o empregador, por estar impossibilitado de prever a força maior, estaria dispensado de promover a comunicação prévia da dispensa.

c) na hipótese de contrato por prazo determinado, a indenização (prevista no art. 479 da CLT) igualmente será reduzida à metade (CLT, art. 502, III).

Portanto, a dispensa sem justa causa difere da dispensa em virtude de força maior (art. 502 da CLT). Nesta a estabilidade é relativizada, embora seja mantido o direito à indenização e, para os demais casos (contrato por prazo determinado e indeterminado) há pagamento, pela metade, da indenização devida.

O dispositivo constante do art. 503 da CLT, por sua vez, prevê a redução de até 25% do salário. Este dispositivo, contudo, não foi recepcionado pela CF/1988, cujo art. 7º, VI, exige, para este fim, negociação coletiva. Esta igualmente é a posição da doutrina⁹ jurtrabalhista. (DELGADO, 2015, p. 207-208 e 436; MORAES FILHO; MORAES, 2014, p. 276).

O que interessa ficar claro, em verdade, é que a opção da legislação de regência em tratar as suas disposições como hipótese de força maior exige cautela e razoabilidade por parte do empregador.

⁸ A estabilidade retratada na CLT é a decenal. Conforme lição de MARTINEZ (2019, E-book), tal garantia de emprego conferida por lei aos empregados, obstava a dispensa imotivada, salvo em situação de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Com a promulgação da CF/1988 e a instituição do FGTS, foi extinta.

⁹ A palavra *doutrina* é utilizada nesta pesquisa no sentido do latim *doctrina, de docere*, isto é, ensinar, instruir e não no sentido de dogma. (SILVA, 2009, p. 505).

Por isso, adverte-se que o regramento precário não autoriza que o empregador se beneficie do tempo de crise viral para subverter, indistintamente, a lógica do instituto, porquanto, de um lado, o empregado, em razão da subordinação, é a parte hipossuficiente, enquanto que de outro, ao empregador cabe assumir os riscos do empreendimento (CLT, art. 2º), inclusive por eventos decorrentes da força maior (aqui há, portanto, uma grande diferença com o direito civil).

O art. 504 da CLT preceitua: “[...] Comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis, e aos não-estáveis o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada.”

A par desse dispositivo, a Justiça do Trabalho, caso recuse a alegação de força maior, determinará a reintegração dos empregados com estabilidade e, quanto aos não estáveis, condenará o empregador ao pagamento complementar da indenização pela rescisão contratual. Em ambas as situações, será devida o pagamento da remuneração atrasada.

O art. 504 da CLT evidencia, conseqüentemente, que o Poder Judiciário, a partir do caso concreto, poderá conter eventuais abusos do poder empregatício, com o escopo de afastar a caracterização da força maior.

Diante das dificuldades próprias do atual período de distanciamento social, e da caracterização, em tese de força maior, a Lei n. 14.010/2020 (BRASIL, 2020f) preleciona que os prazos prescricionais para o ajuizamento de ação estão impedidos ou suspensos, conforme o caso, desde a sua publicação, ocorrida em 12.6.2020, até 30.10.2020 (art. 3º). A respeito dos fundamentos para a paralisação dos prazos prescricionais, vale colacionar o escólio de Gagliano:

Pretendeu o legislador, tendo em vista a grave situação socioeconômica desencadeada pela pandemia do coronavírus, obstar o transcurso do prazo prescricional, visando, com isso, a resguardar os interesses dos credores em geral.

Com efeito, ficaram impedidos ou suspensos (paralisados) prazos prescricionais para se formular pretensão em juízo, o que se explica pelas dificuldades de variada ordem derivadas da pandemia, inclusive com reflexo na rotina de trabalho dos Tribunais.

[...]

E não são só os impactos no funcionamento regular do Poder Judiciário que justificariam o congelamento da fluência dos prazos prescricionais e decadenciais. A própria adoção de providências para viabilizar o ajuizamento de uma ação judicial nesse período excepcional ficou comprometida, como reunir documentos, obter certidões, contratar profissionais (advogados, peritos etc.). Para tais diligências, há necessidade de deslocamento para repartições públicas e privadas, o que era inviável em virtude do fechamento de estabelecimentos por atos dos governos locais ou, no mínimo, era desaconselhável por força de imperativos de cautela para evitar a contaminação viral.

Esse cenário justifica a paralisação dos prazos prescricionais, consoante o já citado princípio do ‘contra non valentem agere non currit praescriptio’. (2020).

A sobredita lei possui por escopo regular, em caráter transitório e emergencial, as relações jurídicas de direito privado, nas quais se incluem o direito trabalhista, o que permite a aplicação da regra neste âmbito (CLT, art. 8º).

Há de ser salientado que a lei não veda o exercício do direito de ação por aquele que estiver em condições de exercê-lo, mas apenas garante ao cidadão que esteja, momentaneamente, impedido de gozá-lo, a possibilidade de acionar o judiciário por um prazo maior, sem qualquer tipo de penalidade.

Por fim, cabe esclarecer que fato do príncipe e força maior materializam situações diferentes. Inclusive, na CLT, são tratados em dispositivos distintos.

A imprensa, no Brasil, vem noticiando que a paralisação de diversas atividades empresariais em virtude de decretos de autoridades estaduais e municipais, tem levado alguns empreendimentos a dispensarem seus trabalhadores pela alegação de *factum principis* (ou fato do príncipe).

Impossibilitados de interromper os contratos e manter os empregados em casa com remuneração, ou, até mesmo, adimplir os haveres rescisórios das extinções contratuais, há vozes no sentido de rescisão dos contratos de emprego e conduzir dos ex-empregados a exigirem as verbas devidas do Estado, suposto responsável pelos términos das relações empregatícias, na forma art. 486, *caput*, da CLT:

Art. 486. No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Apesar de a situação emergencial atual caracterizar força maior, aparentemente, não enseja o fato do príncipe, porquanto os negócios temporariamente obstados por ato do poder público o foram por objetivar resguardar a saúde coletiva, em consonância com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Logo, a responsabilidade, à primeira vista, não foi do Estado, mas sim da pandemia. O Estado apenas cumpriu com suas *obrigações constitucionais* de preservar a saúde coletiva.

Nessa linha também entendem Coelho, Gaspar, Miziara e Souza Júnior:

É preciso apontar que as determinações de isolamento, quarentena, confinamento, proibição ou limitação de circulação de pessoas e bens e fechamento de estabelecimentos exploradores de atividades consideradas não essenciais não tiveram como propósito evitar que os empregados ou consumidores ou transeuntes ou empresários ou agentes sanitários e demais agentes públicos, individual ou coletivamente considerados, ficassem mais vulneráveis ao risco de contração da Covid-19. Todos brasileiros, todas pessoas jurídicas e todos os entes públicos foram de algum modo afetados pelas medidas. Seu espectro de intervenção e atenção tem uma dimensão somente comparável com outra pandemia, a crise da gripe espanhola no não de 1918, que ceifou a vida de dezenas de milhões de pessoas ao redor do mundo. E não derivou do poder discricionário estatal, tão próprio dos atos de império do poder público, mas de uma ordem internacional irresistível (no plano das organizações mundiais, à frente de todas a OMS, da comunidade científica e das autoridades sanitárias), integrando o Brasil esse esforço conjunto para superar o mais rápido e da maneira menos trágica possível, dos pontos de vista sanitário e humanitário, a crise sanitária. (2020, p. 40).

Portanto, a responsabilidade pela situação jurídica dos empregados continua sendo de alçada dos empregadores, os quais devem fazer uso das diferentes alternativas governamentais implementadas (linhas de crédito, diferimento de

obrigações, suspensão contratual, empréstimos facilitados etc.) para nortearem seus empreendimentos.

Atentos a todas essas exposições, vislumbra-se que a pragmática do reconhecimento da força maior possui por pressuposto o estudo casuístico à luz do princípio da primazia da realidade, de maneira a coibir eventuais abusos na utilização dessa figura jurídica.

Considerações finais

Esta pesquisa analisou aspectos conceituais da força maior a partir da ordem jurídica trabalhista brasileira, diante de certa polêmica acerca da amplitude deste instituto em uma época de pandemia gerada pelo Sars-CoV-2 (coronavírus). Em outro dizer, o reconhecimento da força maior gera efeitos jurídicos. Logo, seu contorno conceitual deve ser claro, sob pena de banalização do seu manejo, inclusive com a caracterização de má-fé.

A covid-19 foi utilizada como parâmetro. Contudo, o problema girou em torno da caracterização da força maior na perspectiva do ordenamento jurídico trabalhista.

A primeira seção analisou a força maior em uma amplitude mais generalista, cujo diálogo mais próximo foi o direito civil. A segunda e última seção, com vistas à resolução do problema, volve-se para o direito do trabalho para delimitar a noção de força maior.

A pesquisa conclui, à guisa de resultados, que a força maior, no direito do trabalho, possui especificidades que devem ser consideradas no momento de sua caracterização, sem prejuízo do necessário diálogo das fontes com o direito civil.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. II. *E-book*.
- BELMONTE, Alexandre Agra. Imprevisão, força maior, fato do príncipe e as normas excepcionais temporárias para enfrentamento dos impactos da covid-19 nas relações de trabalho. *In: O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 435-458. *E-book*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 21 abr. 2020

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm#:~:text=0%20P%20RESIDENTE%20DA%20REP%20C%20ABRILICA%20%20C%20fa%20C%20A7o. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, [2020f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Medida provisória n. 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 9 maio 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial n. 1612887/PR. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento: 28.4.2020. Publicação: DJe 7.5.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601778772&dt_publicacao=07/05/2020. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo interno no recurso especial n. 1646967/RJ. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgamento: 20.4.2020. Publicação: DJe 23.4.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700010599&dt_publicacao=23/04/2020. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula n. 44. Redação original RA n. 41/1973, DJ 14.06. 1973. Revisão e manutenção: Resolução n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-44. Acesso em: 23 jul. 2020.

- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 15. ed. rev. atual. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Editora Método, 2018.
- COELHO, Fabiano; GASPAR, Danilo Gonçalves; MIZIARA, Raphael; SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. A polêmica acerca da configuração do fato do príncipe. *In: Covid- 19 e os impactos na área trabalhista*. Volume único, p. 40, 2020. Editora Revista dos Tribunais, 2020, *E-book*.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Normas regulamentadoras e saúde do trabalhador em tempos de coronavírus. *In: O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 236-256. v. único. *E-book*.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral das obrigações. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Suélen Ramos de; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Suspensão de cumprimento de acordos trabalhistas e força maior**. 2020. (prelo).
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Limites da aplicabilidade do artigo 15 do novo Código de Processo Civil no processo do trabalho. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 79, jul./ago. 2017, p. 54-72.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Comentários à Lei da Pandemia (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 - RJET). <https://jus.com.br/artigos/46412/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-n-14-010-de-10-de-junho-de-2020-rjet>. Jun. 2020. Acesso em: 15 jul. 2020.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2. *E-book*.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnica de pesquisa**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus (covid-19)**. Dados do setor. Brasília, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 21 abr. 2020.

- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**. direito das obrigações. 1ª parte. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV. *E-book*.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2. *E-book*.
- SILVA, De Plácido e. **Vocábulo jurídico**. 28. ed. atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth L. W; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2. *E-book*.

O direito universal ao trabalho digno, o trabalho decente e as novas relações de trabalho (*)

The universal right to worthy labor, decent work and the new employment relationship

El derecho universal al trabajo digno, el trabajo decente y las nuevas relaciones laborales

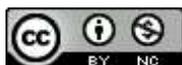
Larissa Paiva Furieri ¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregón²

Sumário: Introdução. 1. O Direito Internacional do Trabalho e a proteção ao trabalhador 2. O direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente 3. As novas relações de trabalho e o (des)respeito ao direito universal ao trabalho digno e ao trabalho decente. – Considerações Finais. – Referências

Resumo: O presente estudo objetiva analisar se as novas relações de trabalho, intermediadas pela tecnologia, por meio dos aplicativos, respeita o direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente. Para tanto, a pesquisa será desenvolvida com base na análise do direito internacional do trabalho e da proteção ao trabalhador, bem como no estudo do direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente, para então aplicá-los as novas relações de trabalho. A pesquisa se desenvolverá

(*) Recibido: 16/09/2020 | Aceptado: 26/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Graduanda em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
larissafurieri@hotmail.com.

² Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br.

a partir da metodologia dialética tendo como principais bases os autores Ludmila Costhek Abilio e Sidney Guerra.

Palavras-chave: Direito Internacional do Trabalho, Trabalho decente, Trabalho Digno, Uberização do trabalho.

Abstract: This study aims to analyze whether the new work relationships, mediated by technology, through applications, respect the universal right to worthy labor and the decent work. To this end, the research will be developed based on the analysis of international labor law and in the workers' protection, as well as the study of the universal right to worthy labor and decent work, and then applying them to new labor relations. The research will be developed based on the dialectical methodology based on the authors Ludmila Costhek Abilio and Sidney Guerra.

Keywords: International Labor Law, Decent Work, Worthy Labor, Uberization.

Resumen: Este estudio tiene como objetivo analizar si las nuevas relaciones laborales, mediadas por la tecnología, a través de aplicaciones, respetan el derecho universal al trabajo digno y al trabajo decente. Para ello, la investigación se desarrollará a partir del análisis del derecho laboral internacional y la protección del trabajador, así como el estudio del derecho universal al trabajo digno y al trabajo decente, para luego aplicarlos a las nuevas relaciones laborales. La investigación se desarrollará en base a la metodología dialéctica basada en los autores Ludmila Costhek Abilio y Sidney Guerra.

Palabras clave: Derecho Internacional del Trabajo, Trabajo decente, Trabajo digno, Uberización del trabajo.

Introdução

Diante do cenário de desemprego observado em diferentes países, novas relações de trabalho surgem, destacando-se aquelas intermediadas pela tecnologia por meio dos aplicativos. Trata-se da busca por subsistência dos trabalhadores, os quais recorrem ao trabalho informal e desregulamentado que passou a ser ofertado pelas plataformas digitais. Tem-se denominado “uberização do trabalho” como identificador dessa nova forma de trabalho, já que a empresa Uber ganhou notoriedade mundial baseando-se em tal modelo.

Nesse contexto, indaga-se se esses novos modelos de relações trabalhistas respeitam os conceitos de trabalho decente e trabalho digno, os quais são formalizados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua missão de promover e assegurar a justiça social e a proteção do trabalhador internacionalmente.

Efetivar tais conceitos e aplicar os objetivos da OIT é compromisso assumido pelos países membros dessa organização, por meio do desenvolvimento de projetos e políticas que objetivem a concretização do trabalho decente e a aplicação e o

desenvolvimento dos objetivos estratégicos da organização, visando à proteção ao trabalhador em diversas esferas.

Esta pesquisa, adotando o método dialético, é estruturada em três tópicos, sendo o primeiro deles voltado à análise do direito internacional do trabalho e a proteção ao trabalhador. Em seguida, a abordagem será direcionada ao estudo dos conceitos de trabalho digno e trabalho decente. Por fim, a partir da análise das novas relações de trabalho intermediada pelos aplicativos, será analisada a observância, ou não, ao trabalho digno e ao trabalho decente nesse novo modelo.

1. O Direito Internacional do Trabalho e a proteção ao trabalhador

O Direito Internacional caracteriza-se pela existência de um conjunto de normas que regulam as relações existentes entre os diversos atores que compõe a sociedade internacional como, Estados, Organismos Internacionais, Sistemas de integração e até mesmo cidadãos (GUERRA, 2019).

Nesse sentido, o Direito Internacional pode ser dividido em dois ramos: o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Esse último é entendido como o direito de solução de conflitos nos espaços geográficos e busca, portanto, solucionar conflitos entre leis de diferentes estados soberanos em um mesmo território.

Já o Direito Internacional Público, a partir de sua definição contemporânea, pode ser conceituado como o conjunto de normas e princípios que têm por objetivo regular as relações externas dos sujeitos de direito internacional, tendo por escopo a busca pela manutenção da paz, justiça social e o desenvolvimento dos povos (GUERRA, 2019).

O Direito Internacional Público divide-se, ainda, em diferentes ramos especializados, sendo o Direito Internacional do Trabalho (DIT) um desses ramos. O DIT tem por objetivo a universalização dos princípios de justiça social, buscando ampliar a cooperação internacional para melhoria das condições de vida dos trabalhadores (SÜSSEKIND, 2000).

Atualmente, o Direito Internacional do Trabalho tem abrangido cada vez mais temas relacionados à proteção ao trabalhador. Nesse sentido, Sússekind (2000) destaca que normas sobre direitos humanos relacionadas com o trabalho, a seguridade social, a política social das empresas multinacionais, o combate ao desemprego e ao subemprego, dentre diversos outros temas, retratam o novo dimensionamento do Direito Internacional do Trabalho.

Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é crucial na aplicação dos objetivos do Direito Internacional do Trabalho, bem como na proteção internacional dos trabalhadores, já que essa se fundamenta no princípio da paz universal e permanente, sendo tal princípio instrumento de concretização e universalização da justiça social e proteção do trabalhador no mundo internacional do trabalho (ALVARENGA, 2007).

A OIT é uma das agências das Nações Unidas (ONU), que surgiu no ano de 1919 com a finalidade de universalizar os princípios da justiça social, a partir da melhoria nas condições de trabalho. Essa é a única das agências da ONU que tem estrutura

tripartite, ou seja, há representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores, sendo composta por 183 Estados-membros em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização.

A atuação da OIT se dá de diferentes formas, mas destaca-se na elaboração de convenções internacionais e recomendações, que são aplicadas para a regulamentação internacional do trabalho. As convenções internacionais são espécies de tratados, ou seja, documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados pela entidade internacional, aos quais aderem voluntariamente seus membros. Já as recomendações são compreendidas como diplomas programáticos que apresentam aperfeiçoamentos normativos relevantes para serem incorporados pelos Estados (DELGADO, 2006).

Observa-se, portanto, que a OIT tem por objetivo adotar uma política social de cooperação e de desenvolvimento social entre os sistemas jurídicos nacionais, a partir da implementação de normas protetivas de caráter universal aos trabalhadores, tendo como finalidade a melhoria das condições de trabalho e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos do Trabalhador (ALVARENGA, 2007).

Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho instituiu o trabalho decente como o objetivo central de todas as suas políticas e programas e definiu o conceito de trabalho digno. Busca-se, então, compreender tais conceitos e objetivos para que se possa relacioná-los com as novas relações de trabalho existentes na contemporaneidade.

2. O direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente

A Organização Internacional do Trabalho, em sua missão de promover e assegurar a justiça social e a proteção do trabalhador internacionalmente, formalizou no ano de 1999 o conceito de trabalho decente. Esse é definido como “um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade [sic] e segurança, capaz de garantir uma vida digna” (OIT, 2006).

A criação do conceito de trabalho decente e sua aplicação convergem os quatro objetivos estratégicos da OIT, quais sejam: a) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); b) a promoção do emprego produtivo e de qualidade; c) a ampliação da proteção social; e o d) fortalecimento do diálogo social (OIT, 2006).

Assim, ao formalizar o conceito de trabalho decente, aplicando os objetivos estratégicos da OIT, tanto a organização como os países membros assumem o compromisso de desenvolver projetos e políticas que objetivem a concretização do trabalho decente e a aplicação e o desenvolvimento dos objetivos estratégicos, visando à proteção ao trabalhador em diversas esferas.

Nesse contexto, o Brasil lançou o Plano Nacional do Trabalho Decente no ano de 2010, o qual conceitua o trabalho decente como

(...) uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Em inúmeras publicações, o Trabalho Decente é definido como o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. (BRASIL, 2010)

A definição brasileira de trabalho decente o destaca como central para a superação e redução das desigualdades sociais, além de estabelecê-lo como fundamental para a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Observa-se que a definição e o estudo sobre o trabalho decente indicam esse como um conceito amplo que abrange diversas dimensões de proteção do trabalhador. Assim, para que se concretize o trabalho decente é necessário que o trabalho seja exercido em condições dignas, observando direitos como à saúde, segurança, remuneração adequada e tantos outros que busquem a concretização da vida digna do trabalhador.

O trabalho decente deve, portanto, assegurar o direito ao trabalhador à realização de trabalho em condições dignas, para que então possa ser chamado de trabalho decente (FELIX e AMORIM, 2017) e, propiciar uma vida digna. Nesse contexto, não se pode afastar a necessidade de observância ao conceito de trabalho digno, o qual se confunde com o trabalho decente.

O trabalho digno é direito fundamental do trabalhador e é conceituado pela Organização Internacional do Trabalho (2010) como

O conceito de trabalho digno resume as aspirações de homens e mulheres no domínio profissional e abrange vários elementos: oportunidades para realizar um trabalho produtivo com uma remuneração justa; segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias; melhores perspectivas [sic] de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam as suas vidas; e igualdade de oportunidades e de tratamento. (p. 1)

A partir de tal conceituação observa-se que o trabalho digno definido pela OIT busca promover condições básicas de dignidade relacionadas ao trabalho, como remuneração e liberdade, efetivando direitos fundamentais do ser humano enquanto trabalhador.

Assim, devem ser asseguradas formas de trabalho que sejam responsáveis pelo desenvolvimento pessoal do trabalhador, de modo que o trabalho por ele realizado seja suficiente para a integração desse no meio social, bem como possa propiciar proteção e segurança para sua família.

A concretização do trabalho digno tem, portanto, importância basilar na efetivação do direito à vida digna do trabalhador, bem como de sua família e daqueles que os cercam. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado (APUD FELIX e AMORIM, 2017) salienta que:

Não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno. Da mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna (p. 27).

Apesar dos conceitos de trabalho decente e trabalho digno confundirem-se, e se tocarem em diversos momentos, pode-se se compreender que o trabalho digno

“traz as aspirações do ser humano como profissional e o trabalho decente é a condição fundamental para a superação da pobreza.” (FELIX e AMORIM, 2017, p. 27), ou ainda, que “o trabalho decente remeteria à noção de cidadania e a uma concepção operacional, (...) enquanto o trabalho digno remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e é dependente de uma rede de direitos” (ROSENFILED e PAULI, 2012, p. 319).

Independente do entendimento adotado é incontroverso que tanto o trabalho digno como o trabalho decente precisam ser aplicados em conjunto e em sua completude, buscando condições de trabalho que respeitem os direitos fundamentais dos trabalhadores e que assegurem justiça social e proteção aos trabalhadores.

3. As novas relações de trabalho e o (des)respeito ao direito universal ao trabalho digno e ao trabalho decente

A influência da tecnologia nas relações e nas formas de trabalho marcou diferentes períodos históricos. Isso se deu, por exemplo, com a utilização da máquina a vapor na indústria inglesa, com o desenvolvimento tecnológico por meio da produção e comercialização de automóveis, rádios e telefones e diante da revolução tecnocientífica no pós-Segunda Guerra Mundial.

Os avanços tecnológicos ocorridos na contemporaneidade têm influenciado diretamente no modo em que as pessoas se relacionam, e em diversos outros aspectos da vida em sociedade, incluindo-se as relações de trabalho. Nesse contexto, a tecnologia passa ser incorporada cada vez mais ao mundo do trabalho, buscando desenvolvê-lo, facilitando e potencializando o trabalho humano, economizando tempo e esforço.

O trabalho, então, passa a ganhar novos contornos a partir da conexão instantânea proporcionada pelas novas tecnologias, o que acarretou em mudanças bruscas nas relações de trabalho. Surge nesse contexto um novo tipo de empresa as “empresas plataformas”, as quais utilizam plataformas virtuais especializadas em fornecer determinado serviço, e reúnem trabalhadores, por meio dos aplicativos e da internet, dispostos a realizar a tarefa solicitada pelo consumidor.

Pode-se identificar tal relação como uma relação triangular entre consumidor, plataforma e prestador de serviço, na qual a plataforma irá ser meio de contato entre o consumidor – aquele que necessita do serviço oferecido -, e o prestador desse serviço – o trabalhador -, o qual receberá um valor pré-determinado para realização da tarefa.

As plataformas especializadas em conectar pessoas com interesses comuns, seja a partir de necessidade de um produto, entrega de alimentos, ou transporte, recebe como contrapartida uma porcentagem da transação entre o consumidor e o trabalhador prestador do serviço.

Esse novo modelo adotado pelas “empresas plataformas” fundamentam-se na ideia de efetivarem a economia de compartilhamento e o empreendedorismo, já que seriam meios de conectar trabalhadores autônomos, ou empreendedores, com o

consumidor final, facilitando sua inserção no mercado e a realização de suas atividades econômicas.

Não se pode afastar, porém, que a utilização da tecnologia, apesar de seus benefícios, também é responsável por mudanças na forma do trabalho, tendo como principais consequências à expansão do trabalho precarizado, bem como enormes níveis de desemprego (ANTUNES e ALVES, 2004).

Assim, ao mesmo tempo em que a tecnologia aplicada ao trabalho acarretou em desemprego, essa também passa a ser subterfúgio de inúmeros desempregados ao redor do mundo. Nesse cenário, o trabalho informal e desregulamentado passa a ser procurado como forma de subsistência, e as plataformas digitais são a expressão dessas novas relações de trabalho.

Esses novos modelos são, então, fomentados pela aplicação da tecnologia, já que são as plataformas digitais que conectam esses trabalhadores/prestadores de serviço, aos consumidores. Na atualidade, tem-se denominado “uberização do trabalho” como identificador dessas novas relações, já que a empresa Uber ganhou uma importância mundial baseando-se em tal modelo.

Ludmila Abilio (2020) destaca que o termo Uberização “(...) se refere a processos que não se restringem a essa empresa [Uber] nem se iniciam com ela, e que culminam em uma nova forma de controle, gerenciamento e organização do trabalho” (p. 112).

Esse modelo baseia-se na organização de um trabalho informal, no qual uma massa de trabalhadores desempregados se insere em um sistema que os controlam, sob o discurso de liberdade e autonomia de gerenciar seu próprio trabalho. O que ocorre nessas novas relações de trabalho, porém, é que é dado ao trabalhador parte do gerenciamento do trabalho, mas ao mesmo tempo os custos dessa atividade são também a ele transferidos (ABILIO, 2020).

Assim, a partir do desenvolvimento das tecnologias da informação, têm-se novas formas de gestão e gerenciamento do trabalho, fundamentando-se no autogerenciamento e na participação do trabalhador na administração de sua própria produtividade, transferindo riscos e custos, bem como eliminando meios rígidos de remuneração, de controle do tempo, de execução do trabalho, sem que isso signifique perda de produtividade ou de controle sobre o trabalhador. (ABILIO, 2020).

Os trabalhadores passam a ficar a disposição dessas novas formas de trabalho, as quais são basicamente desregulamentadas, de modo que ignoram direitos desses trabalhadores, acarretando em uma superexploração do trabalho. A uberização do trabalho, portanto,

organiza a informalização e aprofunda a precarização do trabalho; organiza a massa de trabalhadores que não encontram emprego e tem de se inserir no mercado informal; aprofunda a precarização do trabalho no repasse de todo e qualquer custo do trabalho para o trabalhador, sem que ele possa negociar suas condições de trabalho e o valor de seu serviço ou produto. (UCHOA-DE-OLIVEIRA, 2020, p. 3)

No Brasil, segundo pesquisa do Instituto Locomotiva (GAVRAS, 2020) apps como Uber, iFood e Rappi seriam os maiores “empregadores” brasileiros caso se unissem em uma única companhia, abarcando em conjunto aproximadamente 4

milhões de entregadores e motoristas. O que é comum entre esses trabalhadores são as horas exaustivas de trabalho – podendo chegar até 18 horas por dia –, a baixa remuneração por distância percorrida, a falta de segurança, dentre outras evidências de precarização do trabalho humano.

Nesse contexto, o trabalho decente, que pressupõe um trabalho adequadamente remunerado e exercido em condições de liberdade, é infringido. Essas novas formas de trabalho buscam caracterizar-se por autonomia e liberdade, mas impõe aos trabalhadores apenas parte do gerenciamento do trabalho e ao mesmo tempo transferem os custos e os riscos da atividade.

Observa-se, também, que esses aplicativos sub-remuneram os trabalhadores e não oferecem condições de manutenção e proteção da saúde e segurança. Essa situação relaciona-se às exaustivas horas de trabalho que são necessárias para que se possa conseguir uma remuneração minimamente adequada para manutenção das condições de vida do trabalhador e de sua família.

Há, então, uma “[...] crescente eliminação de proteções ao trabalhador, especialmente com relação às determinações e proteções sobre os limites da jornada de trabalho, sobre a remuneração, sobre os riscos e custos.” (ABILIO, 2020, p. 115).

Nesse cenário de superexploração do trabalho e precarização extrema, não se observa a existência de condições básicas de dignidade relacionadas ao trabalho, como remuneração e segurança. Assim, não há a efetivação de diversos direitos fundamentais do ser humano enquanto trabalhador, bem como se verifica a infração ao direito universal ao trabalho digno, destacando-se a mácula a vida digna do trabalhador e ao desenvolvimento pessoal desse.

Essas novas relações de trabalho, portanto, não propiciam condições de trabalho que respeitem os direitos fundamentais dos trabalhadores em sua completude, de modo que não asseguram a justiça social e a proteção dos trabalhadores e de suas famílias.

Assim, ao analisarmos as novas relações de trabalho retomando os tópicos anteriores, parece aparente que esses novos modelos frente à precarização que impõem aos trabalhadores, advindos de uma realidade de alto desemprego, afrontam a dignidade desses, desrespeitando, portanto, o direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente.

Considerações finais

O mundo do trabalho historicamente sofreu com transformações relacionadas à tecnologia, e na contemporaneidade com a internet e demais avanços tecnológicos, novas relações de trabalho foram formadas. Esses novos modelos ficaram conhecidos como “uberização do trabalho” e se espalharam pelo mundo, principalmente diante de um cenário de desemprego. Buscou-se, portanto, observar se o trabalho digno e o trabalho decente são respeitados por essas novas relações de trabalho.

O primeiro tópico abordou o Direito Internacional do Trabalho, como ramo do Direito Internacional Público, que tem como objetivo a universalização dos

princípios de justiça social, tendo como escopo a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) atua internacionalmente por meio da implementação de normas protetivas aos trabalhadores, tendo como finalidade a melhoria das condições de trabalho e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos do Trabalhador.

O segundo tópico apresentou o trabalho decente e o trabalho digno, conceitos distintos, mas que buscam, em linhas gerais, o exercício do trabalho em condições dignas, observando direitos como à saúde, segurança, remuneração adequada, os quais efetivam os direitos fundamentais do ser humano enquanto trabalhador.

Por fim, o terceiro tópico abordou as mudanças na forma do trabalho relacionadas à aplicação da tecnologia, como fomentadora de desemprego, mas também como subterfúgio de inúmeros desempregados. Nesse cenário, o trabalho informal e desregulamentado, por meio das plataformas digitais, passa a ser procurado como forma de subsistência, tendo como principal consequência à expansão do trabalho precarizado.

O fenômeno da “uberização do trabalho” é marcado, portanto, pela não proteção do trabalhador quanto aos limites da jornada de trabalho, a remuneração e sobre os riscos e custos da atividade, evidenciando uma superexploração do trabalhador.

Assim, conclui-se que essas novas relações de trabalho são marcadas pela desregulamentação e precarização, desrespeitando em diferentes esferas os direitos fundamentais dos trabalhadores, o direito universal ao trabalho digno e o trabalho decente, não assegurando a justiça social e a proteção dos trabalhadores e de suas famílias.

Referências

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time?. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 111-126, Abr. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100111&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 Set. 2020.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, jan. 2007. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/80598>> Acesso em: 15 ago. 2020.

ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 87, p. 335-351. maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21460.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Plano Nacional de Trabalho Decente**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226249.pdf>. Acesso em 16 ago. 2020.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.
- FELIX, Ynes da Silva; AMORIN, Antônio Leonardo. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 21 – 35, Jan/Jun. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2017.v3i1.2153>> Acesso em: 23 ago. 2020.
- GRAVAS, Douglas. Aplicativos como Uber e iFood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos. **Locomotiva: Pesquisa & Estratégia** [Internet]. 28 abr 2019. Disponível em: <<https://www.ilocomotiva.com.br/singlepost/2019/04/29/ESTAD%C3%83O-Na-criseaplicativos-como-Uber-e-iFood-viram-maiorempregador-dopa%C3%ADs>> Acesso em 5 set. 2020.
- GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Digno**. Lisboa, 2010. Disponível em: <https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_650867/lang-pt/index.htm>. Acesso em 24 de ago. 2020.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Agenda Nacional do Trabalho Decente**. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226229.pdf> Acesso em: 15 ago. 2020.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Conheça a OIT**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>> Acesso em: 17 nov. 2020.
- ROSENFELD, Cinara L.; PAULI, Jandir. Para além da para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. **Caderno CRH**, Salvador, v. 25, n. 65, p. 319-329, Maio/Ago 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792012000200009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 15 ago. 2020.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- UCHOA-DE-OLIVEIRA, Flávia Manuella. Saúde do trabalhador e o aprofundamento da uberização do trabalho em tempos de pandemia. **Revista brasileira de saúde ocupacional**, São Paulo, v. 45, e. 22, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572020000101501&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 set. 2020.

**DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

O Processo Constitucional e a Covid19 ^(*)

The Constitutional Process and Covid19

El Proceso Constitucional y la Covid19

Cláudia Mansani Queda de Toledo¹

Lúcia Helena Polleti Bettini²

Sumário: Introdução. **1.** Princípios Fundamentais e a decisão política fundamental do Estado Brasileiro. **2.** As Ações Constitucionais em tempo de Covid 19 e a manutenção dos Princípios Fundamentais. **3.** Estudo de caso: competência concorrente e a proteção do sistema único de saúde. – Conclusões. – Referências.

Resumo: O presente artigo estuda e analisa os efeitos das decisões políticas decorrentes do Covid 19 nas ações constitucionais que, a partir de final de fevereiro de 2020, passam a ser utilizadas largamente como mecanismos de defesa da Constituição, especialmente para a proteção do

(*) Recibido: 17/08/2020 | Aceptado: 27/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Possui Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (2012). É docente nas áreas de Direito Constitucional, com ênfase na área de Direito à Educação, Direitos Humanos e Metodologia da Pesquisa Científica e Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é sócia e coordenadora do escritório Toledo e Mesquita Sociedade de Advogados, em Bauru e São Paulo e docente nos cursos de graduação, pós-graduação lato e *stricto sensu* no curso de direito da Instituição Toledo de Ensino. É Reitora do Centro Universitário de Bauru.
quedatoledo@uol.com.br

² Doutora em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2009); Mestre em Direito do Estado na subárea Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP(2004; É Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, onde integra o núcleo do Direito do Estado e, também, do Centro de Comunicações e Letras da UPM; É Professora da Escola de Direito e Humanidades da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – USCS; Sócio-Membro do IBDC; Advogada em São Paulo.
lhpbettini@uol.com.br

núcleo material constitucional, princípios fundamentais e direitos fundamentais. Se o processo existe para assegurar direitos, o processo constitucional passa a ser largamente utilizado, destacadamente para que se dê efetividade aos direitos fundamentais, no caso, o direito fundamental à saúde, especialmente em tempos de pandemia.

Palavras-chave: Constituição, Princípios Fundamentais, Ações Constitucionais, Direito à Saúde.

Abstract: This article studies and analyzes the effects of the political decisions arising from Covid-19 on constitutional actions which, from the end of February of 2020, will be widely used as mechanisms to defend the Constitution, especially for the protection of the constitutional material core, fundamental principles and fundamental rights. If the process exists to ensure rights, the constitutional process will now be widely used, particularly to give effectiveness to fundamental rights, in this case the fundamental right to health, especially in times of pandemic.

Keywords: Constitution, Fundamental Principles, Constitutional Actions, Right to Health.

Resumen: Este artículo estudia y analiza los efectos de las decisiones políticas derivadas de la Covid 19 en acciones constitucionales que, desde finales de febrero de 2020, se utilizan ampliamente como mecanismos para la defensa de la Constitución, especialmente para la protección del núcleo material constitucional, los principios fundamentales y los derechos fundamentales. Si el proceso existe para garantizar los derechos, el proceso constitucional se utiliza ahora ampliamente, especialmente para dar eficacia a los derechos fundamentales, en este caso, el derecho fundamental a la salud, especialmente en tiempos de pandemia.

Palabras clave: Constitución, Principios Fundamentales, Acciones Constitucionales, Derecho a la Salud.

Introdução

Desde o final de 2019 que o mundo parou para enfrentar o mesmo inimigo, invisível, mas que tem causados inúmeros efeitos avassaladores na vida das pessoas que, num primeiro momento, não pareciam críveis, possíveis e mais se aproximavam de filme de ficção. Distante de nós e só presente na informação jornalística, o novo corona vírus, Covid 19 e seus efeitos, foram num primeiro momento desconsiderados por muitos, até que sua chegada ao nosso país, oficialmente em final de fevereiro e facilidade em elevar o número de pessoas infectadas e mortas, já alcançou milhares de pessoas, sendo que no Brasil, mais de 100 mil pessoas até o início de agosto de 2020 vieram a óbito.

Como nos demais países que a doença se instalou, mereceu medidas de cuidado e atenção tanto pela Administração Pública como pelos particulares. Ocorre que, infelizmente, existe em nosso Estado um desarranjo quanto às tomadas de

decisões por cada um dos entes federados, especialmente pelo governo federal que se distancia das orientações técnicas, tanto no plano interno quanto internacional, tão necessárias para conter alastramento e os efeitos da doença, as mortes e colapso do sistema de saúde, têm somado a todas essas situações nefastas, inúmeros pedidos judiciais, e com destaque no presente artigo, a utilização do processo constitucional, no plano abstrato ou difuso, em defesa da Constituição.

Existem, atualmente, mais de duas mil ações constitucionais, sendo que esse número fica desatualizado dia após dia, e, muitas delas, vêm ao encontro da proteção dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, que será o objetivo do presente artigo e discussão do papel do Supremo Tribunal Federal na manutenção do equilíbrio do pacto federativo, da separação dos poderes e democracia. Utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica e buscas no site do Supremo Tribunal Federal.

1. Princípios Fundamentais Constitucionais e a decisão política fundamental do Estado brasileiro.

Uma das grandes discussões dos estudos do constitucionalismo está intrinsecamente relacionada com os tipos de governo e da adoção de uma decisão política fundamental, ou seja, como é formada a vontade estatal e se essa respeita os limites constitucionais que identificam e delimitam o exercício dos atos de poder, ou ainda, se ela é a representatividade de único detentor do poder³. Estamos a reconhecer as democracias constitucionais e o autoritarismo que também decorre do constitucionalismo, mas que não se traduz por governo do povo, vez que a participação deste e os mecanismos de controle externo dos atos de poder não são possíveis em tal regime.

Karl Lowenstein⁴ apresenta uma relação triangular, na qual, parlamento, governo e povo se mostram como os detentores do poder do Estado, o que se traduz pela decisão política fundamental, sendo permeada pela execução de tal decisão e controle político das mesmas, que são as referências de manutenção do equilíbrio das democracias constitucionais. Não iremos falar dos diversos tipos de democracia constitucional, mas apenas destacar o presidencialismo, vez que nos afeta⁵.

Falar em presidencialismo é obrigatoriamente reconhecer e afirmar sua relação com a separação dos poderes e conseqüente afastamento de práticas despóticas de cada uma das funções de Estado, ou seja, por meio da mútua coordenação e funções precípua. Afasta-se a separação total, vez que a visão atual se traduz pela possibilidade de controle dos atos de poder de cada uma das funções

³ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editora Ariel, 1976. Pág. 81 e ss. O Autor faz a distinção entre regime constitucional e o regime democrático constitucional que, não se confunde com as autocracias.

⁴ Idem. Pág. 92 2 93.

⁵ Idem ibidem págs. 95 e ss. O autor faz referência à democracia direta, governo de assembléia, governo parlamentar em suas diversas acepções, presidencialismo e o governo *sui generis* suíço.

de Estado⁶. Ainda, Lowenstein, afirma a essência das Constituições ou seu telos como a possibilidade de controle dos atos de poder de cada uma das funções do Estado, desenvolvido pela ideologia liberal.

Nesse contexto, o reconhecimento das matérias constitucionais se impõe, especialmente pela delimitação constitucional dos princípios fundamentais e dos direitos fundamentais. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Título I apresenta uma carta de princípios que são a positivação da decisão política fundamental de nosso Estado, que somado ao Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, são o núcleo material constitucional.

Identificamos como princípios fundamentais a separação dos poderes, o princípio republicano, o princípio federativo e o princípio democrático, cada um deles representando a essência da Constituição e delimitando o agir de cada um dos representantes das funções do poder estatal. Reforçamos a existência dos mecanismos de controle, tal e qual as competências expressas e enumeradas de cada uma das estruturas do poder, o mesmo ocorre com o controle, vem de maneira expressa no texto constitucional.

No presente artigo, o foco de atenção é para a Administração Pública em sentido estrito, ou seja, à função executiva e as atuações voltadas para o covid19. O princípio republicano se apresenta com especial destaque, vez que estamos a referir os deveres do presidente da república, ou seja, por meio de mandato eletivo, por prazo determinado deve a realização da gestão da coisa pública e a prestação de contas desse mandato eletivo. Há inúmeras normas constitucionais que sustentam tal princípio, especialmente a responsabilidade dos agentes públicos, a possibilidade de impeachment do Presidente da República, submissão ao princípio da legalidade estrita, publicidade de todos os atos administrativos, proteção dos direitos fundamentais e respeito ao orçamento previsto em lei, entre vários outros mecanismos de sua manutenção⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet, com base nas lições de J. J. Gomes Canotilho, aponta para *“uma estrutura político-organizatória que garante as liberdades fundamentais e assegura o controle de poder”*⁸. Se mostra como um instrumental de otimização da ordem e liberdade, sempre na concretização do bem comum, do agir orientado para o interesse público⁹.

O princípio federativo, também estruturante do Estado brasileiro, apresenta como grande característica a autonomia de cada um dos entes federados, por meio de competências expressas e enumeradas, sendo que a existência de um tribunal

⁶ Vale referir os freios e contrapesos ou “check and balances”, pelo qual ocorre o controle político das funções do poder estatal, tais como o veto presidencial e a atuação das comissões de trabalho do congresso, este, com missão muito mais ampla na questão do controle dos atos do executivo. Também existe controle por meio do povo e partidos políticos e a câmara dos deputados e o controle judicial, com especial destaque ao Supremo Tribunal Federal.

⁷ Nesse sentido: J. J. Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior, entre outros.

⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Editor, 2015. Págs 285 e 286.

⁹ Idem. Pág. 286.

constitucional é uma das garantias da manutenção do pacto e autonomia que lhe é inerente, seja pelas competências materiais, legislativas e fiscais, todas elas da maior importância para se verificar, no plano concreto, essa autonomia e manutenção do pacto federativo¹⁰.

A descentralização político-administrativa em razão da dimensão territorial é apresentada pela adoção do modelo de estado federal, e, a grande questão vem ao encontro da manutenção da autonomia dos entes federados somada à existência de rendas, de recursos próprios para que, pela existência da condição orçamentária, ocorra a implementação de suas tarefas e consequente autonomia¹¹.

Compõe o núcleo estruturante dos princípios fundamentais o princípio democrático, que vem de maneira expressa na Constituição no Artigo 1º, caput, ao lado dos demais já enunciados acima e, indica a necessária observância da soberania popular, ou seja, o poder do povo que, o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, para a satisfação dessas necessidades sociais que se expressam pela vida vivida e experimentada sempre com a intencionalidade da busca do bem comum. Nunca é demais repetir que essa atuação voltada para atingimento do interesse público e não do interesse particularizado, é opção constitucional do Estado brasileiro que, também no elenco dos princípios fundamentais traz os objetivos fundamentais a serem buscados e implementados¹². É princípio da maior importância e determina uma série de atuações voltadas para sua implementação.

Toda a estruturação do Estado brasileiro, democrático de direito, vem fundamentada no liberalismo, mas também no estado do bem estar social, o que se traduz não só pelos direitos individuais ou relativos à proteção das liberdades públicas, como também pela atuação positiva que garanta a igualdade por meio de diversas prestações sociais.

Portanto, todas as discussões convergem para a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sejam os relativos às liberdades ou à igualdade, tamanha a sua importância, o que vem reforçada pela cidadania como fundamento do Estado brasileiro, como também as discussões sobre o ideal liberal e social, sem se afastar da dimensão plural de sociedade, o que se traduz pela soberania popular por meio da democracia representativa ou direta¹³.

¹⁰ Nesse sentido: Celso Ribeiro Bastos, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior

¹¹ Inúmeras vezes, somente por meio da divisão e distribuição de rendas que, especialmente os municípios irão ter verbas para implementação de suas tarefas administrativas o que gera uma fragilidade da autonomia.

¹² Cf. Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹³Idem ibidem pág. 264 e 265.

Governo do povo, pelo povo e para o povo, foi a fórmula adotada pela Constituição e traz diversas implicações na realização das tarefas administrativas, ou seja, a finalidade pública sendo o referencial a ser realizado, sem esquecer do pensamento de Konrad Hesse que se traduz pela eficácia das normas constitucionais e não somente um olhar para suas normas de forma abstrata, mas sempre em atenção ao seu germe vital que assente nas relações interpessoais, na vida vivida¹⁴.

2. Ações Constitucionais em tempos de covid19 e a manutenção dos Princípios fundamentais

Com o reconhecimento dos princípios fundamentais e dos direitos fundamentais como sendo núcleo material constitucional, faz-se necessário apresentar os mecanismos de defesa da Constituição, especialmente, seus princípios sensíveis. Tal controle ocorre por meio das ações constitucionais integrantes do sistema de controle de constitucionalidade.

Tal sistema, no Brasil, é considerado misto¹⁵ e complexo¹⁶, vez que tanto possibilita manifestações incidentais de inconstitucionalidade em sede de qualquer ação, com a intenção de afastar o requerente do cumprimento de lei ou ato normativo inconstitucional, sendo competente todo o judiciário, por meio do controle difuso ou concreto, com a declaração de nulidade “incidenter tantum”, antecedente ao julgamento do mérito; ou ainda, pelo controle abstrato, via Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁷, competente o Supremo Tribunal Federal¹⁸ para apreciar e julgar, devendo o ato inconstitucional ser expurgado do sistema de normas, afastando-se seus efeitos para todos.

¹⁴ Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Págs. 13 a 19.

¹⁵ Quando referimos sistema misto, estamos a indicar a existência do controle político e judicial, sendo o primeiro, predominante nos países europeus, com especial destaque às Cortes Constitucionais à época da Revolução Francesa, e o último, com o famoso caso julgado pelo Juiz Marshall, “*Marbury x Madison*”, com o afastamento da aplicação de leis inconstitucionais pelo Judiciário.

¹⁶ A doutrina cita várias formas de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, que são: judicial e não judicial, preventivo e repressivo, concreto e abstrato, incidental e principal, e difuso e concentrado.

¹⁷ Com a EC nº 3/93, houve a inclusão da Ação Declaratória de Constitucionalidade. O texto original previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹⁸ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993]

.....

Cabe a nós no presente artigo cuidar especificamente e dar destaque à proteção e defesa da Constituição por meio de uma instância julgadora voltada a realizar o controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos¹⁹, ou seja, pelo controle abstrato das normas constitucionais, seja a inconstitucionalidade material ou formal, para que se alcance a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial os atinentes à saúde em tempos de covid 19.

No tocante ao controle direto ou abstrato de constitucionalidade na atual Constituição, afirma-se que houve redução importante do chamado controle difuso ou concreto, uma vez que os legitimados ativos para a propositura da ação direta de constitucionalidade, conforme art. 103 da Constituição²⁰, foram ampliados. Somou-se o controle abstrato por omissão, também estabelecido com a atual Constituição, ao lado do remédio constitucional mandado de injunção²¹.

Não basta haver uma Constituição que traga as regras de organização política e definidoras dos direitos fundamentais, faz-se necessário a existência de mecanismos de defesa e de controle dos atos normativos que a afrontem e firam direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, somados à pandemia, verificamos a existência de mais de duas mil ações constitucionais voltadas à proteção do núcleo material constitucional, via controle de constitucionalidade.

Portanto, por meio de ação direta de inconstitucionalidade se busca a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. [\(Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#)

~~*§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. [\(Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93\)](#)*~~

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

¹⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005. Págs. 3 a 8. O autor fala em processo constitucional e a apresenta não como disciplina autônoma, nem como sub-ramo do direito processual, mas sim matéria constitucional. Tal dimensão constitucional traz a relação com a proteção dos direitos fundamentais.

²⁰ Cf. SILVA MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Págs. 62 a 64.

²¹ Cf. SILVA MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Pág. 65.

contrários à Constituição²², com o consequente expurgar do sistema de normas tal lei ou ato normativo inconstitucional²³. É a forma mais conhecida e recorrente.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por missão trazer condição de aplicabilidade a comandos constitucionais que dependam de legislador infraconstitucional que não atuou, se ficou inerte, ou ainda, não teve atuação satisfatória, portanto, se omitiu quanto a um dever constitucional de possibilitar que norma constitucional seja plenamente satisfeita.

Ao lado da Ação direta de inconstitucionalidade, temos a Ação Declaratória de Constitucionalidade que visa declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal de duvidosa constitucionalidade, colocando fim às decisões contraditórias e afastando a insegurança jurídica que delas decorrem.

Também há a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, essa vem como um instrumental de defesa da Constituição, dos direitos fundamentais e valores constitucionais. O instituto aparece pela primeira vez em 1988, com a atual Constituição e numa norma de eficácia limitada, conforme classificação de José Afonso da Silva²⁴, que vem a ser implementada em 1999, por meio da Lei 9.882 de 03.12.1999²⁵. Seu objetivo é preservar preceito fundamental, evitando, reparando e afastando controvérsias constitucionais sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição, sendo afirmado seu caráter preventivo e repressivo, ou seja, apta a evitar ou a reparar lesões respectivamente.

Diante desse instrumental processual constitucional, pelo controle repressivo destacadamente, temos os meios de trazer o equilíbrio ao Estado brasileiro com a manutenção da Constituição e sua força ativa, vez que não basta ter vontade de poder, há que existir também a vontade de Constituição, sendo que seu germe ativo aparece na vida vivida e experimentada, ou ainda com a cidadania sendo exercida e preservada por meio da condição de destinatários da proteção dos direitos fundamentais, no caso em estudo, o direito fundamental à saúde. Nesse contexto, observa-se que o Tribunal Constitucional, com missão precípua de guardião da Constituição, está sendo chamado a se pronunciar e decidir pela efetividade do direito fundamental à saúde em inúmeras ações constitucionais.

²²Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Editor, 2015. Pág. 949. Luiz Guilherme Marinoni lembra que a Grécia antiga foi o embrião do *judicial review* nos EUA, próximo ao sistema inglês. Refere também a similaridade com o sistema europeu, derivado do sistema austríaco, com fundamento em Hans Kelsen.

²³ Nesse sentido: José Afonso da Silva, Paulo Hamilton Siqueira Júnior, Gilmar Ferreira Mendes, Willis Santiago, Luiz Guilherme Marinoni entre outros.

²⁴ Cf. SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editor, 1998. Págs. 66 e ss.

²⁵ O Ministério da Justiça criou uma comissão, pela portaria 572/97, integrada por Arnold Wald, Ives Gandra da Silva Martins, Oscar Dias Corrêa e, presidida, por Celso Ribeiro Seixas Bastos.

3. Estudo de caso: competência concorrente e a proteção do sistema único de saúde.

O Supremo Tribunal Federal recebeu e julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 do Distrito Federal, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, com pedido de liminar, para afastar as incompatibilidades com a Constituição, da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Destaque-se que, em 15 de abril de 2020, o Tribunal referendou por maioria a competência da União para editar normas gerais em matéria de proteção à saúde e, por meio de interpretação conforme à Constituição, explicita a competência do Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada um dos entes da Federação²⁶.

A discussão vem sustentada pela estruturação e manutenção do poder no que diz respeito à sua dimensão territorial, ou seja, sua descentralização em razão do território que tem por características essenciais a autonomia e, entre outras, a existência de corte constitucional vocacionada a dar sustentação ao pacto federativo. A condição de autonomia a cada um dos entes federados tem seu fundamento e sustentação por meio de competências expressas e enumeradas, ou seja, repartidas entre ordens parciais, dentro de regras que desde sua origem são válidas²⁷.

Celso Ribeiro Bastos afirmava que a forma federativa é a que melhor se adéqua aos Estados democráticos vez que as tomadas de decisão estão mais próximas dos cidadãos, os reais afetados pelas mesmas e titulares do poder estatal, portanto a descentralização traz maior chance de efetividade do exercício da democracia²⁸.

Não há dúvidas que o papel da União, seja por sua condição de ente central, soberano e ente autônomo, lhe confere especial destaque quanto à competência legislativa, da qual as normas gerais sobre diversos temas influenciam e fundamentam as decisões pelos demais entes federados, mas existem outras competências que vem ao encontro da autonomia de cada ente federado, portanto reservadas aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, respectivamente aos primeiros, as competências para as especificidades e aos últimos, os interesse local, o que reafirma a melhor realização do princípio democrático na medida que existe uma maior proximidade dos que são os titulares do poder.

No presente artigo não daremos ênfase às competências materiais e tributárias, mas somente às competências legislativas, e quanto às últimas, temos as competências privativas e as concorrentes²⁹, com uma inclinação para a atuação da

²⁶ Ver <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

²⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. Págs. 469 e ss. Para o autor a autonomia “...não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre, os princípios fixados na Constituição”.

²⁸ Idem pág. 474-475.

²⁹ Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

União como titular da maior parte das competências privativas, sendo os Estados membros competentes residualmente para questões específicas.

Com o direcionamento às discussões do presente artigo, no que diz respeito à competência legislativa sobre as questões da saúde, o Supremo Tribunal Federal decide sobre a regra a ser aplicada no Estado brasileiro acerca da legislação sobre saúde em tempos de Covid 19, que se amolda à essa dimensão que aproxima as decisões das questões locais, a essa maior proximidade com os cidadãos e suas necessidades específicas e locais, criando condições de, no plano concreto, de haver uma maior proximidade com o chamado germe ativo da Constituição e, nos dizeres de Hesse, com a vontade de Constituição.

Também houve a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para prevenir e afastar ausências ou incongruências de implementação de políticas públicas e medidas protetivas da saúde em tempos de Covid 19, uniformes e respeitadas às autoridades da saúde, internas e internacionais, por parte do Governo Federal, ADPF 672. Tal propositura ocorreu por meio da Ordem dos Advogados do Brasil –OAB com intenção de viabilizar políticas públicas de saúde, ou seja dar efetividade à direito fundamental de segunda geração ou dimensão, aqueles que se faz necessário um agir estatal para sua implementação.

Houve concessão de medida liminar³⁰, no mesmo sentido da ADI 6341, que vem ao encontro da realização das competências concorrentes pois, a decisão

...

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

...

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. [\(Vide Lei nº 13.874, de 2019\)](#)

³⁰ Cf. Decisão liminar, parcialmente concedida pelo relator do caso, Ministro Alexandre de Moraes: Em 8 de abril de 2020: "(...) CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de

aponta para cada um dos entes federados atuando para implementação de políticas de saúde, para proteção da saúde das pessoas por meio de uniformização das decisões relativas à pandemia em cada um dos Municípios e Estados, respeitantes às orientações mundiais, destacadamente pela Organização Mundial da Saúde, e, no plano interno, conforme as especificidades de cada região e peculiaridades locais. Tal decisão, sem dúvidas, realiza não só o princípio federativo e autonomia que dele decorre, como também, o respeito ao princípio democrático pois, se aproxima das vontades locais e especificidades de cada município e estados respectivamente e viabiliza a efetividade dos direitos fundamentais.

Conclusões

A defesa da Constituição em Estados Democráticos de Direito é de importância singular, vez que a manutenção da estrutura e equilíbrio estatal ocorre, também, por meio desse instrumental previsto constitucionalmente. No Brasil, esse sistema de defesa da Constituição é misto e complexo e se traduz de forma abstrata e concreta.

O que pudemos observar em tempos de pandemia e sua dinâmica de surpresa em relação as tomadas de decisão pelo Estado brasileiro, muitas das decisões no plano interno, especialmente quanto ao governo federal, foi, muitas vezes, um distanciamento de protocolos internacionais já experimentados e comprovados, sendo desprovidas as decisões de respaldo científico.

Diante de acertos e desacertos, o que se destaca como meio de manutenção do equilíbrio dos princípios fundamentais e efetividade dos direitos fundamentais, o núcleo material essencial constitucional, são as ações constitucionais que compõe o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil.

Ganhou destaque em nosso estudo o controle abstrato de constitucionalidade, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, especialmente pela ADI 6341 e ADPF 672, ambas voltadas para explicitar o conteúdo das competências legislativas concorrentes, dando a cada um dos entes federados sua parcela de autonomia para legislar sobre medidas e políticas que envolvam o Covid 19 e, conseqüentemente, dar efetividade ao direito fundamental à saúde.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente. Intimem-se e publique-se."

- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editora Ariel, 1976.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Editor, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editor, 1998.
- GOMES CANOTILHO, J. J.** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

VARIOS

Políticas públicas para la autocomposición de conflictos y la formación actual de profesionales del derecho en Brasil^(*)

Public policies for the self-composition of conflicts and the current training of law professionals in Brazil

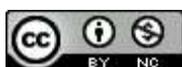
Camila Silveira Stangherlin¹

Fabiana Marion Spengler²

Sumario: Consideraciones iniciales. 1. Política pública de acceso a la justicia: políticas judiciales recientes implantadas en el país y sus especificidades. 2. Resolución nº 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia y sus reflexiones en educación jurídica. 3. Educación jurídica básica y sus perspectivas actuales en el contexto autocompositivo. – Consideraciones finales. – Referencia.

Resumen: En los últimos años, Brasil ha instituido una política pública dirigida a la realización del derecho de acceso a la justicia a través de mecanismos de composición que se basó en la emisión de normas. Los cursos de derecho recibieron pautas de ajuste de acuerdo con estas

(*) Recibido: 12/08/2020 | Aceptado: 18/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Estudiante de doctorado en Derecho en la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC; Master en Derecho por la Universidad Regional Integrada del Alto Uruguay y las Misiones - URI / Santo Ângelo; Especialista en Derecho Procesal Civil - UNINTER; Concluyendo el Curso de Formación Pedagógica para Docentes - IFFar; Miembro del Grupo de Investigación de Políticas Públicas en el tratamiento de conflictos, vinculado al CNPq. Abogada. Docente en derecho. camilastangherlin@hotmail.com
- ² Postdoctorado en Derecho por la *Università degli Studi di Roma Tre*, en Roma, Italia, con beca CNPq (PDE). Doctor en Derecho por el Programa de Posgrado Stricto Sensu de la Universidad de Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - RS, con beca Capes, Magíster en Desarrollo Regional, con concentración en el área Política Institucional de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS, profesor de cursos de posgrado, amplio y stricto sensu, UNISC, Coordinador del Grupo de Investigación "Políticas Públicas en el Tratamiento de Conflictos" vinculado al CNPq; coordinadora y mediadora del proyecto de extensión: "La crisis de la jurisdicción y la cultura de paz: la mediación como medio democrático, autónomo y consensual de abordar los conflictos" financiado por la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC. fabiana@unisc.br

implementaciones. Esta investigación tiene como objetivo comprender el escenario actual de la formación básica de los profesionales del derecho, esencialmente, con respecto a su preparación para las prácticas de solución basadas en la autonomía y la consensualidad. El método de enfoque es deductivo y la recolección de datos se realizó por fuentes primarias y secundarias. El problema que mueve el trabajo es: ¿las pautas de la formación jurídica fundamental están alineadas con las disposiciones normativas actuales que contemplan actividades de autocomposición? La conclusión apunta a una capacitación que aún es incipiente en lo que concierne al estudio y capacitación para formas consensuadas.

Palabras clave: autocomposición, conflicto, educación legal, políticas públicas, profesionales del derecho.

Abstract: In recent years, Brazil has instituted a public policy aimed at the realization of the right of access to justice through composition mechanisms based on the issuance of standards. The law courses were given guidelines for adjustment in accordance with these implementations. This research aims to understand the current scenario of basic training of legal professionals, essentially, with respect to their preparation for settlement practices based on autonomy and consensus. The method of approach is deductive and data collection was performed by primary and secondary sources. The problem that drives the work is: are the legal training guidelines aligned with the provisions present in the resolutions that contemplate self-composition activities? The conclusion points to a training that is still incipient in terms of study and training for consensual forms.

Key words: autocomposition, conflict, legal education, public politics, legal professionals.

Consideraciones iniciales

El derecho fundamental de acceso a la justicia, inscrito en el art. 5, el artículo XXXV, de la Constitución Federal de 1988, no puede ser sinónimo de acceso al poder judicial. Es un derecho más amplio, que abarca la calidad de la prestación de servicios legales y la satisfacción de la jurisdicción con la respuesta obtenida a su demanda. Por lo tanto, se sabe que no siempre la decisión de ejecución (decisión adjudicada) tiene el poder de dar al resultado un resultado que favorezca los intereses de los involucrados, así como, en la mayoría de los casos, no favorece la pacificación de las relaciones sociales, uno de los objetivos jurisdiccionales.

Por lo tanto, la política pública de acceso a la justicia se instituyó con el objetivo de proporcionar a los ciudadanos prácticas que fomenten la difusión de la cultura pacifista. A través de medios como la conciliación y la mediación, los conflictivos, con la ayuda de un tercero imparcial, tienen la oportunidad de participar activamente en la construcción de una solución que, juntos, eligen justamente. La política, que nació de manera amplia, estaba recibiendo gradualmente una gestión

específica de algunos segmentos del Poder Judicial, como en el campo penal, a través de la Justicia Restaurativa y en el campo laboral, con la Política Judicial de tratamiento adecuado de disputas de intereses en el Alcance de la justicia laboral.

Sin embargo, para lograr concreción, es necesario que los profesionales del derecho, sujetos responsables de conectar a los ciudadanos y la justicia estatal, obtengan apoyo en la educación básica de la profesión, a través de una preparación que no privilegia solo el litigio convencional basado en procedimientos contenciosos, sino que también ofrece aprendizaje en formas que se basan en la justicia consensuada.

Por lo tanto, el presente trabajo tiene como objetivo comprender el escenario actual de capacitación de profesionales del derecho, esencialmente, con respecto a su preparación para las prácticas de resolución de conflictos basadas en la autonomía, el diálogo y el consenso entre los involucrados. En cuanto a la metodología adoptada, el método de enfoque es deductivo y la recopilación de datos se realizará a través de fuentes primarias y secundarias (investigación documental e investigación bibliográfica). En este sentido, el problema que mueve el trabajo es: ¿las pautas de la formación jurídica fundamental están alineadas con las disposiciones normativas actuales que contemplan actividades de autocomposición?

La hipótesis planteada apunta a una respuesta afirmativa, ya que, si existe una norma legal disciplinada sobre el tema, la presencia de acciones que dan significado a lo que ha sido preestablecido se vuelve razonable, dando lugar a la sustanciación del tema.

Se estudiará inicialmente el establecimiento de políticas públicas sobre acceso a la justicia, en general, a través de la Resolución No. 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia - CNJ, y las políticas judiciales nacionales posteriores que fueron implementadas por la Resolución No. 225/2016, también del CNJ, y la Resolución 174/2016, del Consejo Superior para la Justicia Laboral - CSJT. En consecuencia, la Resolución No. 125/2010 será abordada en función de sus designaciones para profesionales que trabajan en un mecanismo pacífico de resolución de conflictos, desde la perspectiva de las instituciones en el área de la educación (Licenciatura en Derecho) y sus responsabilidades.

Finalmente, se investigarán las pautas actuales que abordan el enfoque en la autocomposición de conflictos dentro del alcance de la capacitación legal, a fin de analizar su adecuación a las perspectivas planteadas por la política pública de acceso a la justicia cualitativa. Con este fin, se tendrá en cuenta la normativa de la agencia pública encargada de formular y evaluar la política nacional sobre educación en educación superior.

1. Política pública de acceso a la justicia: políticas judiciales recientes implantadas en el país y sus especificidades.

Hablar del Poder Judicial es hablar del monopolio de la jurisdicción, ya que esta es una de sus principales características. Sin embargo, este alcance legal centrado en la imposición de soluciones a disputas de interés ha demostrado ser insuficiente

y / o inadecuado para el perfil altamente complejo de las relaciones sociales previsto en los últimos años.

Ante un escenario de alto litigio, el derecho fundamental de acceso a la justicia fue rechazado ante un Poder Judicial que no prestó atención a los obstáculos diarios presentes en los tribunales, como demoras, altos costos para el ciudadano, formalismo excesivo, falta de información, entre otros, lo que los autores Mauro Cappelletti y Bryant Garth identificaron como "barreras de acceso" (1988, p. 29).

Encontrar formas de superar tales obstáculos es un desafío constante. En opinión de Rodolfo de Camargo Mancuso, una posible forma de salir de un callejón sin salida en este sentido, con un enfoque en la satisfacción de la sociedad con las respuestas/servicios proporcionados por el Poder Judicial, se encuentra en una combinación de factores:

uno de carácter social, a saber, la superación de la mentalidad demandante y la cultura judicial, con la promoción de otros medios, propios y heterocompositivos; otro vinculado a la voluntad política, que consiste en la producción de leyes procesales progresivas e innovadoras, acompañado de las inversiones necesarias en estructura y logística (MANCUSO, 2014, p. 342).

El Estado, para dar efecto a los dictados del derecho de acceso a la justicia derivado de la CF / 88, le corresponde identificar y neutralizar esta gama de obstáculos a través de programas, acciones y actividades específicas, traducidos en políticas públicas. En este sentido, la conciencia de la necesidad de implementar una política pública que aborde los problemas identificados comenzó a tomar forma frente a las inquietudes producidas por diferentes movimientos (de profesionales del derecho, académicos, grupos de estudio / investigación, profesionales otras áreas, entre otras).

En este contexto, se publica la Resolución No. 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia - CNJ. Bajo la "necesidad de consolidar una política pública permanente para alentar y mejorar los mecanismos consensuales de resolución de disputas" (Consejo Nacional de Justicia, 2010), la Política Judicial Nacional para el tratamiento adecuado de los conflictos de intereses dentro del Poder Judicial se desglosa como una verdadera línea divisoria, que introduce prácticas como la mediación y la reconciliación en la realidad de los tribunales.

Además, se ha debatido la reformulación del derecho de acceso a la justicia. Se puede decir que, a través de la Resolución No. 125/CNJ, hubo una inversión del Estado en una política pública fuerte, con el objetivo de impulsar, principalmente, los medios de autocomposición. En el reverso de presentar sus conflictos al Poder Judicial, "las partes comienzan a interactuar con el establecimiento del diálogo, con la ayuda de un conciliador o mediador en la búsqueda de un consenso. Interactúan y participan en el proceso de forma dialéctica, reconociendo los límites de sus derechos comunes y recíprocos" (AQUINO, 2017, p. 225). Así, como política pública permanente para alentar y mejorar los mecanismos consensuados para resolver disputas, la Política Judicial Nacional para el tratamiento de conflictos de intereses produjo reflejos.

El Consejo Superior para la Justicia Laboral - CSJT, basado en el contenido de la Resolución No. 125/2010 (así como el material reunido y discutido

conjuntamente por un determinado grupo de estudios), disciplinó el tema de la autocomposición judicial de la emisión de la Resolución No. 174, de 30 de septiembre de 2016, que trata, precisamente, de la política judicial nacional de tratamiento adecuado de disputas de intereses en el ámbito del Poder Judicial del Trabajo, y toma otras medidas.

La inserción de mecanismos de justicia consensuada en las relaciones conflictivas del campo laboral, en la línea de mediación y conciliación, tuvo que recorrer un largo camino, en comparación con la institucionalización de estas prácticas en el escenario de Justicia Común. Hubo una resistencia muy fuerte, sobre todo, con posiciones que defienden que "las normas laborales traen derechos no disponibles para su titular, porque tienen habilidades alimenticias" (SPENGLER, 2017, p. 114).

Así, fuertemente arraigado en la seguridad jurídica, la prioridad era mantener profesionales en el campo (magistrados y funcionarios inactivos), ya adaptados al sistema procesal de jurisdicción convencional, para desempeñar el papel de mediador. Este es un aspecto que merece gran atención, ya que el juez tiene el perfil de un profesional "tendido a decidir y sentencia" (SPENGLER, 2017, p. 129).

En opinión de Gutiérrez y Magalhães (2019, p. 176), existe un "yeso regulador, promovido por el cuerpo principal de la Justicia Laboral brasileña, de métodos consensuales, que no permiten su desarrollo orgánico". La atención excesiva a los preceptos que mantiene el desarrollo de los medios de autocomposición bajo los auspicios de la seguridad jurídica termina contribuyendo a una disminución de la autonomía de los conflictivos, que encuentran en el conciliador/mediador el simbolismo adecuado del Poder Judicial.

De hecho, la Resolución 174/2016 aparece como una acción resultante de la política pública iniciada por el CNJ en 2010, respaldada por la idea central de reformular las formas de jurisdicción tradicional (gran parte de la cual también fue fomentada por prácticas que demostraron éxito soluciones extrajudiciales). Sin embargo, la traducción de esta concepción inicial resultó ser adversa: sin abandonar el carácter jerárquico, típico de la actividad estatal de decir el derecho, el representante del Estado se mantuvo en el centro, aunque se habla de autocomposición. De ahí la fundamentalidad de una formación básica que prepare a todos y cada uno de los profesionales del derecho para las prácticas de justicia consensuada.

Otro segmento del Poder Judicial que buscó regular los mecanismos que propagan un orden legal justo fue el área criminal.

Con su núcleo en el derecho fundamental de acceso a la justicia y la realización de medios que brinden la solución efectiva de los conflictos a través de mecanismos voluntarios de consenso, la Resolución No. 225, del 31 de mayo de 2016, del Consejo Nacional de Justicia, estableció la política sistema nacional de justicia restaurativa dentro del Poder Judicial. Consustanciado en las recomendaciones hechas por las

Naciones Unidas - ONU³, el CNJ instituyó la provisión de procedimientos de reparación, basados en la interrelación de la víctima, el delincuente y la comunidad.

En este contexto, el conflicto recibe una connotación diferente: se asocia con la práctica de la violencia, comienza a traer víctimas. A partir del establecimiento de un proceso dialógico, la intención es reemplazar el modelo punitivo tradicional, centrado en la retribución, a través de una propuesta que abarque la restauración de lo lesionado.

Es cierto que la reparación no siempre estará al alcance de los límites y las posibilidades de los involucrados, sin embargo, aun así, el camino hacia la realización de la justicia tiene su contribución en los pasos iniciales, provistos por la propuesta de restauración. Para una mejor comprensión del concepto de justicia restaurativa, la reflexión de Howard Zehr sobre el cambio paradigmático que involucra el tema del crimen y la justicia es pertinente:

Cuando se hace un mal, la pregunta central no debe ser "¿qué debemos hacer al delincuente?", "O" ¿qué merece el delincuente?", Pero "¿qué debemos hacer para corregir la situación?". En lugar de definir la justicia como retribución, la definiremos como restauración. Si el delito es un acto perjudicial, la justicia significará reparar la lesión y promover una cura. Los actos de restauración, en lugar de más violaciones, deberían compensar el daño derivado del delito (ZEHR, 2008, p. 175).

Con respecto al daño, es importante resaltar que la política judicial nacional ha intentado proporcionar una connotación más amplia, no restringiendo los reflejos dañinos solo al campo material/financiero, sino también al alcance abstracto (que puede incluir psicología, cultura, sentimental o simbólico, por ejemplo). De esta manera, es esencial establecer una atmósfera que se adapte a este propósito, y que tenga la capacidad de dar la bienvenida a cada participante con un enfoque en los supuestos para llevar a cabo un procedimiento restaurativo satisfactorio.

Por lo tanto, en términos de mejoras en la asignación de espacios legales para la implementación de métodos de autocomposición, menos formales y más accesibles para el ciudadano, está claro que la política pública de acceso a la justicia ha proporcionado iniciativas en otros segmentos, con innovaciones en la estructura normativa. Mientras tanto, la calidad de la prestación del servicio que abarca esta totalidad de componentes depende de la aceptación de los profesionales del derecho para tomar parte de esta responsabilidad por sí mismos. Los cambios legales y/o administrativos, aunque representan una parte considerable de este replanteamiento de la actividad judicial contemporánea, no producen en sí mismos el efecto previsto.

En el contexto de la amplia política pública constituida, como lo expresaron André Leonardo Copetti Santos y José Luis Bolzan de Moraes (2007, p. 69), "la ley comienza a tener un carácter transformador de la realidad y a privilegiarse como su agente no más, o simplemente, individuos, pero grupos, colectividades, multitudes [...]", y, para eso, es crucial prestar atención al proceso formativo aplicado a la Ley,

³ La ONU recomendó a sus estados miembros la implementación de canales destinados a la justicia restaurativa. Mediante las Resoluciones 1999/26, 2000/14 y 2002/12, guió la adopción de programas que permiten el logro de objetivos restaurativos en materia penal, capaces de promover la armonía social mediante la asociación de víctimas, delincuentes y la comunidad.

que, la mayoría de las veces, se basa en el tratamiento de pretensiones de una naturaleza individual. El siguiente tema desarrollará el enfoque de este tema.

2. Resolución nº 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia y sus reflexiones en educación jurídica.

En general, las políticas públicas para la autocomposición de conflictos han presentado variaciones que perciben la capacitación de los intermediarios como un requisito esencial. La Resolución N° 125/2010 habla de la educación y capacitación adecuadas no solo de los conciliadores y mediadores, sino también de los funcionarios, "con miras a la buena calidad de los servicios" (art. 2). A su vez, la Resolución N° 225/2016 establece que es posible ejercer el papel de facilitador restaurador por "servidor judicial, agente público, voluntario o designado por entidades asociadas", siempre que estén capacitados en técnicas de autocomposición y solución consensual de conflictos típicos de la justicia restaurativa (art. 1, inc. II).

La resolución 174/CSJT, a diferencia de las otras, indica de inmediato a quién se vinculará la autocomposición. El magistrado es la tercera persona que ejercerá el rol de pacificador en el conflicto y, cuando no actúe directamente en este rol, supervisará al servidor público que esté activo. Por lo tanto, también se proporcionó capacitación para prácticas consensuadas con el fin de servir a estos profesionales. Similar a lo dispuesto en la Resolución No. 125/2010, art. 3er inc. II, de la Política Judicial Nacional para el tratamiento de disputas de intereses laborales, estipula, "con miras a la buena calidad de estos servicios", el logro, por parte de magistrados y funcionarios, de una adecuada formación y capacitación para ejercer la conciliación y mediación, pudiendo, incluyendo asociaciones con entidades públicas y privadas.

Con la excepción de las peculiaridades de cada regla, hay una atención, presente en las políticas judiciales nacionales, con respecto a la preparación de los sujetos responsables de hacer efectivas las prácticas de autocomposición (no solo los terceros facilitadores, como ya se mencionó, sino los servidores en general, subrayando cambio paradigmático). En este reconocimiento, existe un pilar para establecer políticas públicas con excelencia en la provisión de esta novedosa modalidad de servicios legales, que está umbilicalmente vinculada al acceso a la justicia cualitativa. De hecho, como afirmó Boaventura de Sousa Santos, "la suposición es que, si no hay capacitación específica, la ley obviamente no se aplicará bien" (2015, p. 100).

Pero, avanzando un poco más, está claro que no se trata solo de una capacitación centrada en la correcta aplicación de los dictados normativos (aunque es muy importante, incluido lo que aborda la postura ética de los mediadores y conciliadores, por ejemplo). Más que eso, la capacitación adecuada pasa por la noción de la relación dialógica entre el cumplimiento de los lineamientos contenidos en la norma y la función social detrás de las políticas públicas.

En este sentido, los cursos destinados a la constitución de profesionales capaces de este universo (tanto los cursos de Licenciatura en Derecho como los cursos preparatorios específicos señalados por las resoluciones) no pueden resultar

herméticos para las tendencias humanistas, interdisciplinarias y plurales. El vínculo entre el Estado y la sociedad ya no es el mismo, y la interacción de la ley con los conflictos sociales debe acompañar esta evolución a través de sujetos con conocimientos similares.

Además, como afirma la autora Fabiana Marion Spengler (2017, p. 69), "la política pública que instituye la mediación y la conciliación como medios alternativos para tratar los conflictos, pretende, entre otras cosas, construir otra mentalidad con juristas brasileños", lo que apunta a un compromiso amplio, que va más allá de la barrera de los resultados inmediatos (problemas aparentes), entrando en el campo de la percepción cultural de un pueblo.

Uno de los puntos centrales que enfatiza esta actividad receptiva y que deben llevar a cabo las instituciones educativas está contenido en el art. 6 de la Resolución No. 125/CNJ. La política judicial eligió como responsabilidad del Consejo Nacional de Justicia "buscar la cooperación de los organismos públicos competentes y las instituciones públicas y privadas en el área de la educación, para la creación de disciplinas que permitan el surgimiento de una cultura de solución pacífica a los conflictos" (CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA, 2010).

Una década después de la entrada en vigor de la resolución, hay avances notables en este aspecto que merecen un análisis. El siguiente ítem investigará los principales logros en educación legal, en general, con respecto a la construcción de una cultura pacifista entre los profesionales legales en capacitación.

3. Educación jurídica básica y sus perspectivas actuales en el contexto autocompositivo.

La formación académica de los graduados en derecho ha echado raíces profundas y, durante casi dos siglos en el país, se ha priorizado el estudio jurídico en la línea del conservadurismo. Además, la creciente comercialización de la enseñanza ha provocado la difusión de varios cursos de Derecho que están demasiado comprometidos con la facturación a expensas de la calidad de la formación profesional de sus estudiantes. El sesgo pedagógico, científico y humanista durante mucho tiempo fue rechazado, por lo que el Derecho se engendró como una ciencia estática y como un fenómeno social aparte del contexto dinámico de la sociedad. Se convirtió en rehén de las normas establecidas en los códigos y, por lo tanto, evitó la reestructuración requerida por la nueva faceta de los conflictos sociales.

Como si la complejidad fuera efímera, la Ley insistió en su posición inerte, y dio segmento a la formación de verdaderos "técnicos legales", calificados para cumplir con la letra de la ley. Sin embargo, "la complejidad no desaparece". Crece y seguirá creciendo, ya que todos se benefician de la comodidad y la libertad que conlleva; caracteriza la democracia" (SERRES, 2018, p. 82). Brindar respuestas adecuadas a los diferentes conflictos que entran en la esfera legal es el papel del Estado como garante del acceso cualitativo a la justicia para sus ciudadanos.

Bajo tal sesgo, y para hacer efectivos los preceptos de política pública inaugurados por la Resolución No. 125/2010 del CNJ, las instituciones educativas

pronto vieron la necesidad de adaptarse a esta nueva coyuntura. Para ajustar las pautas de los cursos de pregrado en Derecho a las propuestas para fomentar los mecanismos consensuales, se publicó la Resolución CNE/CES n° 5, de 18 de diciembre de 2018.

En este sentido, vale la pena mencionar que el Ministerio de Educación - MEC (órgano de la administración federal directa que tiene la política educativa nacional como su área de competencia) es responsable de preparar las directrices básicas del currículo nacional que guían los cursos de pregrado, estableciendo una composición organizacional común a todos los involucrados en la educación jurídica. A su vez, es responsabilidad del Consejo Nacional de Educación - CNE, y sus respectivas Cámaras (la Cámara de Educación Superior - CES es una de ellas), asegurar la participación de la sociedad en el desarrollo, mejora y consolidación de una educación nacional de calidad.

Así, la Resolución CNE/CES n° 5 agregó a la lista de contenidos necesarios para la capacitación técnico-legal del Bachillerato en Derecho, el estudio de formas consensuadas de resolución de conflictos, según lo recomendado por la Resolución 125/CNJ. Un avance significativo en el campo de las disciplinas que, comúnmente, apareció en la lista de asignaturas optativas/optativas, y, finalmente, no se acompañó de un sesgo pedagógico capaz de implementar una reconstrucción de la visión tradicional del soltero.

Aun así, introdujo en el curso de su texto expresiones relacionadas con la diversidad sociocultural, la interdisciplinariedad, el pluralismo contemporáneo y la importante preparación académica para la resolución de conflictos basada en el diálogo y la autonomía de los involucrados, como se puede ver:

Art. 3 El curso de graduación en Derecho debe garantizar, en el perfil del estudiante universitario, una sólida formación general, humanística, capacidad de análisis, dominio de conceptos y terminología jurídica, capacidad para argumentar, interpretar y valorar fenómenos jurídicos y sociales, además de dominio de las formas consensuales de composición de conflictos, combinado con una postura reflexiva y una visión crítica que fomenta la capacidad y aptitud para el aprendizaje, autónomo y dinámico, indispensable para el ejercicio de la Ley, la provisión de justicia y el desarrollo de la ciudadanía.

En el mismo entendimiento, el artículo 4 enfatiza la esencialidad de las actitudes educativas que permiten la enseñanza y el aprendizaje que también están inmersos en el área interpersonal (y no estrictamente en el área cognitiva), siendo este impulsor de una cultura pacifista:

Art. 4 El curso de licenciatura en derecho debe permitir la formación profesional que revele, al menos, habilidades cognitivas, instrumentales e interpersonales, que permitan a la licenciatura:

[...]

VI - desarrollar una cultura de diálogo y el uso de medios consensuales para resolver conflictos;

Complementariamente, el artículo 5 enfatiza el contenido obligatorio vinculado a las disciplinas de auto composición, de modo que los proyectos pedagógicos de los cursos de derecho deben adaptar sus contenidos para incluir la enseñanza que incluya las formas consensuadas de resolución de conflictos.

Art. 5 El curso de graduación en Derecho, priorizando la interdisciplinariedad y la articulación del conocimiento, debe incluir en el PPC, contenidos y actividades que cumplan con las siguientes perspectivas formativas:

[...]

II - Capacitación técnico-legal, que incluye, además del enfoque dogmático, el conocimiento y la aplicación, la observación de las peculiaridades de las diferentes ramas del derecho, de cualquier naturaleza, sistemáticamente estudiadas y contextualizadas de acuerdo con su evolución y aplicación a los cambios sociales y económicos. aspectos políticos y culturales de Brasil y sus relaciones internacionales, incluidos, necesariamente, entre otros, consistentes con el PPC, contenidos esenciales que se refieren a las áreas de Teoría del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho laboral, derecho internacional, derecho procesal; Ley de Seguridad Social, formas consensuadas de resolución de conflictos;

Cabe señalar también que el art. 14 establece la fecha límite para la implementación de los lineamientos presentados por la resolución, determinando que los HEI deben implementar los Lineamientos Curriculares Nacionales, obligatoriamente, dentro de un período máximo de hasta dos años, a los estudiantes entrantes, a partir de su fecha de publicación.

La publicación de un acto normativo que indica la necesidad de una formación menos centrada en procedimientos contenciosos refleja los logros de una discusión que comenzó hace muchos años, que vio la alteración/ajuste de las matrices curriculares legales, una condición indispensable para el cambio cultural: a favor de una sociedad más pacífica y con menores tasas de judicialización de conflictos. Obviamente, no se puede creer que el contenido resolutorio sea suficiente para construir tal transición.

Por lo tanto, además de una reestructuración del contenido mínimo de la capacitación jurídica, en línea con la política judicial nacional, es esencial prestar atención a las influencias y desarrollos pedagógicos que guían a los maestros y estudiantes en el aula. Como afirmó Morin (2004, p. 105), "cualquier concepción de la raza humana significa el desarrollo conjunto de las autonomías individuales", asociado, aún, con el sentimiento de pertenencia a la colectividad. Tales suposiciones no pueden obtenerse solo a través del aprendizaje técnico, sino a través de la instrumentalidad de la pedagogía ciudadana.

De esta forma, la complementariedad con las coordenadas establecidas por el Consejo Nacional de Educación/Cámara de Educación Superior requiere una mirada cuidadosa dentro del campo educativo, con prácticas asociadas con las pautas que surgen del conjunto normativo, pero, sobre todo, con actitudes que cumplen con los preceptos de una sociedad más armoniosa y menos dependiente de la imposición de decisiones judiciales para resolver los conflictos sociales cotidianos. Sin embargo, un análisis en profundidad del campo educativo para abordar esta propuesta pedagógica anhela una investigación que priorice dichos elementos, que pueden llevarse a cabo en el futuro.

De esta manera, las perspectivas inmanentes a la formación jurídica básica en el contexto de la autocomposición de conflictos demuestran la adopción de pasos importantes para ser implementados en un conjunto de acciones, guiados por el propósito inicial definido por la política pública de acceso a la justicia.

Consideraciones finales

En la última década, la emisión de la Resolución No. 125/2010, del Consejo Nacional de Justicia - CNJ, representó una reacción/confrontación por parte del Estado a las altas tasas de judicialización de los conflictos sociales, con las consecuencias y pronósticos que confirieron a la Política Judicial Nacional de Tratamiento adecuado de los conflictos de intereses dentro del Poder Judicial, precursor de una serie de acciones a favor de la institucionalización de los mecanismos de autocomposición. La Resolución No. 225/2016 del CNJ, así como la Resolución No. 174/2016 del Consejo Superior para la Justicia Laboral - CSJT, también representaron un avance en la búsqueda de prácticas más dialogadas, consensuadas y autónomas, respetando las peculiaridades intrínsecas de cada una de ellas.

En este reajuste contemporáneo de la estructura de los servicios jurídicos puestos a disposición de los ciudadanos, es necesario realinear el papel de los profesionales jurídicos. En este sentido, la norma legal que disciplinó la política judicial nacional para la resolución pacífica de conflictos intentó orientar la búsqueda de la cooperación de los organismos públicos e instituciones públicas y privadas competentes en el área de la educación, para la creación de disciplinas que propicien el surgimiento de una cultura de autocomposición.

Con la finalización de esta investigación, se puede concluir que las pautas de la formación jurídica básica (Bachillerato en Derecho) están en una adaptación notoria a las disposiciones contenidas en la legislación antes mencionada. Esto se debe a que, con la emisión de la Resolución CNE/CES nº 5, del 18 de diciembre de 2018, los cursos jurídicos comenzaron a guiarse por una lista de contenidos fundamentales diferenciados, donde el estudio de formas consensuadas de resolución de conflictos es obligatorio.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en vista de la variedad de contenidos destinados a la preparación de profesionales capacitados para la disputa judicial tradicional, todavía es incipiente insertar temas que prioricen la formación humanística, así como contenidos que aborden una instrucción menos beligerante. Los estudiantes, cuando se encuentran en el centro de la capacitación legal, necesitan una comprensión más profunda del derecho de acceso a la justicia, para que luego se hagan responsables de implementar el contenido de las reglas que tratan con una justicia más autónoma y consensuada.

Referencias

- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: Uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesses?** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Resolução CNE/CES 9/2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.

Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 15 Fev 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 14 Fev 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**.

Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_0206201616161414.pdf.

Acesso em: 25 Jan 2020.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Resolução 174, de 30 de setembro de 2016**. Disponível em:

http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023. Acesso em 12 Fev 2020.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota; MAGALHÃES, Victor Alves. Acesso à justiça e igualdade: críticas à Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Revista Juris Poiesis** – Rio de Janeiro Vol. 22, nº 30, pg. 168-185, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 9ª Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. **O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito**: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SERRES, Michel. *Polegarzinha*. Tradução Jorge Bastos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2ª Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas, Athenas, 2008.

La herencia agraria en Cuba. Necesaria contextualización^(*)

The agrarian inheritance in Cuba. Necessary contextualización

Arlietys Núñez Rodríguez¹

Manuel Alejandro del Toro de la Cruz²

Arlen Pérez Cristiá³

Sumario: Introducción. Cuestiones relativas al procedimiento de la sucesión mortis causa de la tierra y demás bienes agropecuarios. Prospecciones de los autores sobre la sucesión mortis causa de la tierra y los bienes agropecuarios en el ordenamiento jurídico cubano a la luz de las deficiencias detectadas. – Conclusiones. – Referencias.

Resumen: El presente trabajo titulado “La herencia agraria en Cuba. Necesaria contextualización”, desarrolla una temática de gran relevancia jurídica. Su investigación posibilitó fundamentar la necesidad de perfeccionar el tratamiento jurídico de la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios en el Decreto-Ley No. 125 de 1991, al ser uno de los mecanismos con que cuenta el Estado cubano para dar continuidad a la actividad agrícola tan importante para el mantenimiento y desarrollo del país. Se hace referencia al procedimiento de la herencia de la tierra y demás bienes agropecuarios propiedad del agricultor pequeño en el Decreto-Ley No. 125 de 1991, realizando un análisis crítico del mencionado cuerpo legal, delimitando puntos de referencia de la regulación del tema en Centroamérica y proponiendo para el perfeccionamiento de la institución cambios en su tratamiento jurídico. Para el cumplimiento de los objetivos trazados se emplearon métodos teóricos como el teórico- jurídico, histórico- lógico, exegético- analítico y

^(*) Recibido: 28/10/2020 | Aceptado: 30/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Magíster. Profesora de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez.
arlietys@nauta.cu
- ² Magíster. Abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Morón.
manuel.alejandro@cav.onbc.cu
- ³ Lic. Registradora del Registro del Estado Civil, Morón.
arlenpc@nauta.cu

el hermenéutico, y métodos empíricos como el de observación y el análisis de documentos. Además de utilizarse el instrumento de la entrevista.

Palabras Claves: agricultura, herencia, tierras.

Summary: The present work titled "The agrarian inheritance in Cuba. Necessary contextualization", develops a thematic of great juristic relevance. Its investigation allowed to base the necessity to improve the juridical treatment of the succession mortis it causes of the earth and the agricultural goods in the Ordinance-Law number 125 of 1991 due to it is one of the mechanisms with which the Cuban State counts to give continuity to the agricultural activity so important for the maintenance and development of the country. Reference to the procedure of the inheritance of the earth and the small farmer's other agricultural goods property in the Ordinance-Law number 125 of 1991, carrying out a critical analysis of the mentioned legal body, defining points of reference of the regulation of the topic in Central America and changes in its juridical treatment are proposed for the improvement of the institution. For the execution of the objectives theoretical methods were used like the theoretical-juridical, historical-logical, exegético-analytic and the hermeneutic one, and the empiric methods as observation and the analysis of documents. Besides the instrument used in this work was the interview.

Key Words: agriculture, inheritance, lands.

Introducción

Desde tiempos inmemoriales ha existido en la humanidad la relación inquebrantable entre el hombre y la tierra, la posesión de la misma en el transcurso de todos los regímenes socioeconómicos ha recibido atención especial por parte del Estado. Precisamente por ello ha sido necesario identificar una especialización en el Derecho, conocida como Derecho Agrario; encargada de orientar y regular las relaciones jurídicas en esta esfera.

Cuba es un país eminentemente agrícola y como tal, este sector desempeña un papel indispensable en la economía patria; contribuye al desarrollo de la industria, la obtención de disímiles productos para el abastecimiento de la sociedad cubana, y como medio de exportación, logrando satisfacer las necesidades sociales de primer orden y siendo fuente de empleo de una parte importante de la nación. Es por ello, que las relaciones jurídicas agrarias tienen un valor trascendental, no solo para los sujetos que intervienen, sino para el Estado.

Se muestran indicios en Cuba de la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios, desde las Ordenanzas de Cáceres⁴, con las nuevas

⁴ Aparecen en 1574, facultando a los ayuntamientos o cabildos de las villas a promover sitios de labor en las haciendas que formaban corrales y hatos, fue el primer cuerpo legal hecho en y para Cuba, hasta que en 1819 la Real Cédula del rey FERNANDO VII enunció como únicos y legítimos propietarios

designaciones de tierras que se efectuaron y la necesidad de transmitir las una vez fallecido el titular. Posteriormente, se implementaron leyes que poco a poco fueron evolucionando y perfeccionando la institución. No es hasta el triunfo revolucionario de la isla y la implementación de la Primera Ley de Reforma Agraria⁵, que se producen cambios sólidos y radicales sobre la herencia de la tierra a partir de todas las modificaciones que atravesó el país en su estructura agrícola.

Luego se fueron desencadenando varias transformaciones con la puesta en práctica de una serie de resoluciones, dictámenes y leyes que trataron, en su momento, de encaminar el tratamiento de la transmisión hereditaria agraria. Actualmente esta sucesión se regula a través del Decreto-Ley No. 125 de 1991 sobre el Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la tierra y bienes agropecuarios⁶ y su Reglamento, contenido de la Resolución No. 24 de 1991⁷ y el Reglamento de Procedimientos Administrativos Agrarios: Resolución No.170 de 2017⁸.

La necesidad de abordar este tema desde una perspectiva científica se plantea el **Problema Científico**: ¿Cómo perfeccionar el tratamiento jurídico de la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios en el Decreto-Ley No. 125 de 1991? Para cumplir el siguiente **Objetivo General**: Fundamentar la necesidad de perfeccionar el tratamiento jurídico de la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios en el Decreto-Ley No. 125 de 1991.

La investigación se ha realizado utilizando los siguientes **Métodos Teóricos**: **Teórico-jurídico, Histórico-lógico, Exegético-analítico, Hermenéutico** que permitieron el análisis de fuentes bibliográficas, profundizando en la evolución y las distintas concepciones teóricas, doctrinales y jurídicas de la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios, facilitando la interpretación del sentido y alcance de las normas a fin de determinar las posibles insuficiencias y consecuentemente las propuestas para su erradicación y perfeccionamiento. Dentro de los **Métodos Empíricos**: **Observación no participante de manera directa y Análisis de documentos** permitieron profundizar en aspectos teóricos-normativos vinculados con el tema en cuestión.

a las personas que habían recibido tierras respaldadas por las Ordenanzas de Cáceres o a quienes probaran la propiedad permanente de la tierra por al menos 40 años. Por primera vez se reconoció en Cuba la titularidad sobre las tierras. MC CORMACK BEQUER, M. C., *Evolución histórica del Derecho Agrario*, en Colectivo de Autores, coordinador MATILLA CORREA, A., *El Derecho como saber cultural*. Homenaje al Dr. CARRERAS CUEVAS, D., Editorial Ciencias Sociales / Editorial UH, La Habana, Cuba, 2011, p. 355

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 7, La Habana, de 3 de junio de 1959.

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 1, La Habana, de 30 de enero de 1991.

⁷ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 1, La Habana, de 30 de enero de 1991.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 20, La Habana, de 28 de junio de 2017.

Desarrollo:

Cuestiones relativas al procedimiento de la sucesión *mortis causa* de la tierra y demás bienes agropecuarios en Cuba

Las relaciones jurídicas agrarias por sus peculiaridades e importancia del objeto sobre el que versan, necesitan regularse por medio de una legislación especial. En consonancia con lo que estipula el Código Civil cubano en su Disposición Final Primera sobre normar a través de leyes especiales varios asuntos, entre ellos, lo concerniente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios, en Cuba, existe el Decreto-Ley No. 125 de 1991 que lo regula, así como el Reglamento de Procedimientos Administrativos Agrarios, Resolución No.170 de 2017.

La actual norma le concede fuerza legal a principios enunciados en la Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, como el de indivisibilidad de las tierras, acordando que para el caso de herencia de tierras en que existan varios herederos se adjudica la propiedad en copropiedad; y solamente en los casos que proceda se podrá efectuar su división o parcelación con la debida autorización del Ministerio de la Agricultura. Tienen derecho a heredar del causante: sus hijos, padres, hermanos y el cónyuge sobreviviente, siempre y cuando hayan laborado en la tierra de manera estable y permanente desde cinco años antes de la muerte de este; aunque excepcionalmente se les puede ofrecer el derecho a la adjudicación a personas que no reúnan estos requisitos.⁹ Se muestra flexibilidad al consagrar el derecho a heredar la tierra a los nietos y sobrinos, siempre que reúnan los requisitos exigidos cuando sus progenitores hayan fallecido, o si estando vivos no tuvieran derecho a heredar la misma.¹⁰

Resulta interesante que se elimina el derecho a heredar por partes iguales la tierra, teniéndose en cuenta para la proporción a entregar, el trabajo desempeñado por quienes les asiste el derecho de herencia.¹¹ Este particular es significativo, entendiendo que atenta contra el principio de indivisibilidad de la tierra, al crear en las mentes de los justiciables, la idea de división teórica; lo cual en la práctica acarrea fraccionamientos reales del predio.

También se prevé el derecho a ciertas personas a cobrar el precio de la tierra y los bienes agropecuarios, aun cuando estas no estuvieran explotando la tierra al fallecer el propietario, siempre y cuando carezcan de ingresos propios y dependieran económicamente del causante cinco años antes de su deceso. En principio, el Estado ante esta situación se adjudica la tierra y los bienes agropecuarios y les paga el valor de los mismos a las personas con estos requisitos. Se reconoce excepcionalmente también el derecho anteriormente referido ante determinadas situaciones. Sostiene la exclusión de la tierra y los bienes

⁹ Cfr. artículos 18 y 32, *Idem*. Con respecto a estos particulares es válido resaltar que en la sucesión agraria no existe un orden de prelación entre los herederos como sucede en la legislación civil común, sino que todos van a la herencia en igualdad de derechos, lo que resulta contraproducente y un tema a tener en consideración para cualquier modificación legislativa. *Vid.* artículo 511 de la Ley No. 59 de 1987, Código Civil cubano.

¹⁰ Cfr. artículo 18 del Decreto-Ley No. 125 de 1991.

¹¹ Se manifiesta en este precepto el principio de la tierra para el que la trabaja.

agropecuarios de la sucesión testada, precepto que obstaculiza la voluntad del causante.

En el orden adjetivo o instrumental, el Decreto-Ley No. 125 de 1991, le concede alcances absolutos de jurisdicción al Ministerio de la Agricultura en sus diferentes instancias, para la resolución de cualquier litigio o reclamación relacionado con la herencia de tierras y bienes agropecuarios, incluso la facultad de concederle el derecho a heredar a personas que no reúnan todos los requisitos exigidos.¹², exceptuando de la vía judicial cualquier trámite o procedimiento. Es evidente que este proceder ocasiona demoras innecesarias, pues al ser un único organismo el actuante, con poco personal preparado jurídicamente, con términos en el procedimiento muy breves, ostenta una sobrecarga de trabajo significativa que menoscaba la minuciosidad y transparencia requerida en el proceso agrario.

Ante el fallecimiento del causante los presuntos herederos poseen un término de noventa días para iniciar los trámites hereditarios ante un funcionario de la Dirección Municipal de la Agricultura. Ni el Decreto-Ley No. 125, ni la Resolución No. 24, ambos de 1991, enuncian ante qué Dirección Municipal la solicitud sea presentada, solo se dice a la que corresponda; se infiere de la lectura de ese particular que sea la Dirección enmarcada en el municipio en que se encuentre la tierra objeto del asunto, o que sea designada por el funcionario responsable, particular este, que es aclarado por la Resolución 170, al plantear que la Declaración Jurada se presenta en la Unidad de registros Agropecuarios del municipio donde se ubica el fundo a adjudicarse¹³.

No coinciden además estas normas en cuanto a la competencia para iniciar los trámites, pues el Decreto-Ley No. 125 de 1991 establece que las personas interesadas realicen la solicitud ante la representación territorial del Ministerio de la Agricultura, mientras que la Resolución No. 24 de 1991, como ya se había mencionado, orienta que se efectúe ante un funcionario de la Dirección Municipal y por otro lado la Resolución No. 170 establece que las solicitudes se tramitan ante la Unidad de Registros Agropecuarios del municipio. En la práctica, en definitiva y durante muchos años, este acto se ha materializado según lo preceptuado en la Resolución No. 170. Como otro de los dilemas que se pueden presentar en la tramitación de la herencia de la tierra y los bienes agropecuarios, aparece la interpretación de cuáles verdaderamente se consideran tierras agropecuarias. En el artículo 2 inciso a) del Decreto-Ley No. 125 de 1991 se expresan los supuestos para considerarla como tal, pero se enuncian los criterios de definición de tierra por la ubicación, el origen y el destino de manera simultánea y no se esclarece en ningún momento si es necesario que se aprecien todos, o si con uno es suficiente para darle el carácter de agropecuarias o al menos la delimitación de reglas para su denominación; cuestión que en ocasiones pudiera acarrear divergencia para un procedimiento justo y dilataciones innecesarias a la hora de identificarlas.

En el artículo 2 inciso b) del Decreto-Ley No. 125 de 1991, se pueden evidenciar problemas de interpretación, pues por la redacción del precepto se

¹² Cfr. artículos 19 y 32, Disposición Especial Primera y Disposición Transitoria Segunda del Decreto-Ley No. 125 de 1991.

¹³ Ver al respecto artículo 34.

ocasionan discrepancias a la hora de clasificar determinados bienes como agropecuarios.¹⁴ Es menester señalar, que con este proceder el legislador quizás intentó prescindir de representación letrada queriendo agilizar los trámites y con el menor costo posible, pero evidentemente a falta de abogados, los campesinos que generalmente poseen poco nivel de escolaridad, incumplen con los términos y la documentación necesaria; ocasionando problemas en la calidad de las diligencias, atribuibles también a los funcionarios y técnicos de la Dirección Municipal de la Agricultura por la poca cultura jurídica y la inexistencia de asesoría legal.

La utilización de expresiones ambiguas como “término prudencial” o “podrán disponer” en el Decreto-Ley No. 125 de 1991 arrojan inseguridad en el precepto, pues no se precisa si realmente se posee o no el derecho de adjudicarse la tierra y los bienes agropecuarios, o si ello se queda como potestad discrecional del Ministerio de la Agricultura. De igual forma sucede en el artículo 25 donde no se esclarece la consecuencia de la solicitud, procesalmente hablando, no se sabe si se trata de un común derecho a reclamar o de un derecho a tener lugar la reclamación. Como antes se apuntaba, la norma marca un término de noventa días contados a partir del momento de fallecimiento del agricultor pequeño en el Decreto-Ley No. 125 como en su Reglamento ambos de 1991, para que los individuos interesados puedan promover la solicitud de comenzar con el procedimiento de adjudicación de la tierra y los bienes agropecuarios del fallecido.

De transcurrir este período sin que se efectuara gestión alguna, si se manifiestan las razones convincentes de la imposibilidad de la ejecución, se concede un nuevo plazo de noventa días. Ambos términos resultan breves para la realización del mencionado trámite, si se tiene en cuenta lo reciente del deceso de un ser querido y la escasa cultura jurídica que poseen, generalmente, las personas de zonas rurales. Es válido destacar también, que los efectos de la inejecución son muy drásticos, pues no existe la posibilidad ni siquiera del cobro del valor de la tierra y los bienes agropecuarios, solo su traspaso directo al Estado, no se valora la significación para el campesino y su familia de poder poseer y trabajar nuevamente la tierra, situación que tiene incluso fuerza constitucional.

El hecho de que las personas interesadas deban reconocer su derecho a la herencia por medio de pruebas como requisito fundamental para que se puedan promover los trámites correspondientes para la adjudicación, es significativo; pues se debe comprobar el parentesco, el trabajo permanente y estable de la tierra durante el período de cinco años, así como la ausencia de ingresos propios y dependencia económica. El funcionario de la Dirección Municipal de la Agricultura cuando se hayan comenzado las diligencias con la proposición de la solicitud, se encargará de realizar un expediente que contendrá la Declaración Jurada, la documentación aportada por quienes promuevan el proceso, las pruebas e investigaciones efectuadas para comprobar los datos adquiridos, además, del Certificado del Registro de Tenencia de la Tierra o la solicitud de inscripción al Registro del causante o de los presuntos herederos.

¹⁴ Es una realidad que los bienes que muestran mayor controversia en estos trámites, para identificar el carácter de agropecuarios son los medios de transporte propiedad del agricultor pequeño fallecido.

Luego se elabora un dictamen que será avalado por el Director Municipal y se consignará a su reflexión, quiénes son las personas con derecho a la herencia de la tierra y los bienes agropecuarios y, cuáles a su valor. La Dirección Municipal de la Agricultura tiene un término de cuarenta y cinco días a partir de la radicación del expediente para la práctica de pruebas y conformar el dictamen, dicho término generalmente se excede incumpliendo con lo estipulado, y las Delegaciones Territoriales no les exigen su cumplimiento a las instancias inferiores. No obstante lo anterior, la Resolución No. 170 de 2017 incorporó un capítulo destinado a la regulación del control de los términos en ella establecidos – los que evidentemente coinciden en su generalidad con los previstos en sus antecesoras y jerárquicamente superiores-, partiendo dicho control de informaciones tipo estadística que deben rendirse desde los municipios y provincias al Ministerio de la Agricultura sobre los expedientes de reclamaciones radicados, así como otros controles más direccionados con frecuencia mensual o trimestral en dependencia de su nivel de ejecución.

Posteriormente se eleva el expediente al Delegado Territorial correspondiente por conducto del Departamento Jurídico de la Delegación; funcionario que podrá mediante resolución nombrar al administrador de la finca cuando los interesados no se pongan de acuerdo con la elección y practicar nuevas pruebas si lo estima conveniente; para lo que cuenta con un período de cuarenta y cinco días, que en la práctica generalmente se dilata y repercute en que la Resolución se dicte fuera del plazo estipulado. Cuando concurren a la adjudicación tanto personas con derecho a la tierra y los bienes agropecuarios, como a su valor, el Delegado Territorial tiene la facultad de disponer que los herederos con derecho a la tierra conserven en usufructo la parcela pagada, cuando la extensión de la tierra sea pequeña o cuando no resulte de interés inmediato para el desarrollo estatal o cooperativo, o se podrá integrar al patrimonio estatal.

También puede influir en que la adjudicación no se efectúe a partes iguales cuando exista diferencia sustancial en las cantidades de parcelas explotadas por los herederos. El Departamento Jurídico de la Delegación Territorial responde porque la Resolución emitida por el Delegado sea comunicada a todos los herederos del fallecido. Como mecanismo para cambiar el curso de lo decidido, se puede interponer recurso de apelación contra la Resolución final emitida por el Delegado Territorial, ante este mismo funcionario, en un término de treinta días siguientes a la notificación; el Delegado Territorial elevará el expediente al Ministerio de la Agricultura dentro de los quince días posteriores de haberse interpuesto el recurso para que sea resuelto por esta instancia. Resulta apropiada la posibilidad de no elevar este trámite al Ministro y que pueda ser modificada la Resolución por el Delegado Territorial cuando sea evidente el motivo de improcedencia de lo estipulado, contando este con quince días para efectuar el cambio, evitando de esta manera las innecesarias demoras en la solución del asunto.

El Decreto-Ley No. 125 de 1991 fija un término para la interposición del recurso de apelación en las decisiones sobre la herencia de tierra y bienes agropecuarios, pero no define el de resolución. Esta situación ha acarreado demoras en la tramitación de los expedientes elevados en apelación al Ministerio de la Agricultura por años y los interesados no cuentan con herramientas legales para

frenar esta realidad, sin embargo, la Resolución No. 170 estipula términos perentorios para la realización de cada trámite, aunque de hecho, la realidad no ha variado sustancialmente. Es por ello válido valorar la posibilidad de proceder según lo estipulado en el Decreto-Ley No. 67 de 1983 sobre La Organización de la Administración Central del Estado en cuanto a evidenciar las consecuencias del silencio administrativo, que deja abierta la vía del procedimiento contencioso-administrativo; pero no se puede acudir a este procedimiento, pues el propio Decreto-Ley No. 125 de 1991 no consiente que contra las Resoluciones del Ministro de la Agricultura proceda ni recurso ni procedimiento alguno en la vía judicial.

También existe la posibilidad del procedimiento de revisión ante el Ministro de la Agricultura en el término de un año siguiente a la firmeza de la Resolución final. Dicho proceder puede efectuarse de oficio o a instancia de parte, y deben concurrir determinadas situaciones para que pueda prosperar, tales como: que se aporten nuevos elementos que no hayan sido de conocimiento en su momento por el interesado; que se aprecien de manera incorrecta algún elemento *de facto* o *de iure*; que surjan razones excepcionales que justificaran la revisión. En el primero de los supuestos se contará el año a partir del conocimiento por parte del interesado de los nuevos elementos.

Es necesario acotar que la resolución de ambos, tanto del recurso de apelación como el procedimiento de revisión, resulta inapropiada e injusta si se tiene en cuenta que son solucionados por la misma instancia y autoridad violándose, de cierto modo, las garantías procesales en materia agraria. Es una realidad, que los anteriores, se emplean para poder enmendar errores, omisiones, acciones fraudulentas o negligencias que frustran la transparencia del proceso y la eficacia de las normas procesales en este sector; sin dudas, son medios idóneos para evitar injusticias en la tramitación del procedimiento de adjudicación de la tierra y bienes agropecuarios al deceso del agricultor pequeño, así como en otros trámites. Las dilaciones indebidas exceden lo que pudiera llamarse como tiempo razonable, situación que evidentemente entre otros factores puede ser propiciada por deficiencias normativas, como la ausencia de términos para la realización de determinados trámites. También influyen en las demoras, así como en la calidad de los procedimientos, la falta de preparación profesional y jurídica de los funcionarios encargados de gestionar y decidir sobre los expedientes de adjudicaciones de tierra y demás bienes agropecuarios, aparejada a las negligencias que pudieran suceder, las deficiencias de recursos materiales y la inexistencia de asesoramiento jurídico.

Todo ello puede acarrear injusticias en la tramitación de este proceso, el extravío de los expedientes y documentos que corresponden a los procedimientos agrarios, sin dejar de mencionar los posibles deterioros y pérdidas de los bienes, planes productivos e intereses de los campesinos, además de los retrasos injustificados en los pagos al fisco que contiene un tipo de impuesto sobre la transmisión de bienes y herencias.¹⁵ Puede contribuir al detrimento de las relaciones personales y familiares, agravándose los conflictos entre los sujetos litigantes. Estas situaciones evidentemente atentan contra la seguridad jurídica, y generan la desconfianza de los ciudadanos en las instituciones estatales.

¹⁵ Cfr. artículos 196 al 215 de la Ley No.113 de 2012, del Sistema Tributario.

Prospecciones de los autores sobre la sucesión mortis causa de la tierra y los bienes agropecuarios en el ordenamiento jurídico cubano a la luz de las deficiencias detectadas

No cabe duda de la necesidad de reforma de las normas que hoy regulan la sucesión *mortis causa* de la tierra y los bienes agropecuarios. El Derecho Agrario, tanto desde su vertiente sustantiva como procesal, debe atemperar las normas que rigen la herencia al punto de que logren desde una misma perspectiva, flexibilidad y reglamentación; pero más que nada, no ha de escaparse a la óptica agrarista legislativa, la enunciación de principios procesales y de interpretación que den la medida del sentido de la ley y el carácter eminentemente productivo que ha de buscarse en toda regla agraria. Evidentemente, tales objetivos tendrían que centrar su mirada inicial en el Decreto-Ley No. 125 de 1991 que como antes se ha expresado es la norma que con carácter más amplio regula el instituto hereditario. Consecuentemente se podría apuntar, como uno de los elementos indispensables a tener en cuenta a la hora de la sucesión agraria, a los mecanismos y condiciones de acceso a la herencia.

Por supuesto que la existencia de parentesco entre finado y *heres* ha de ser indispensable en esta forma de adquisición de la propiedad, sin embargo, hay que tener en consideración las características especiales del campesinado y la sociedad cubana. La flexibilidad como mecanismo excepcional ha de cobrar virtualidad en la vida práctica, tal es el caso de la existencia de hermanos o hijos de crianza, personas allegadas al causante; que paralelamente a los familiares verdaderos o incluso a pesar de los mismos, laboran la tierra y contribuyen al desarrollo productivo del predio con la anuencia del titular, resultando justo su inclusión en la herencia, quizás circunscribiéndolos en el artículo 32 del Decreto-Ley No. 125 de 1991.¹⁶

A valorar también se presta la inexistencia de orden de prelación/exclusión entre los herederos, que de lograrse facilitarían la aplicación de la justicia y limitarían la creación de copropiedades que tan productoras de conflictos resultan y que en la práctica son sin dudas las máximas responsables de la violación del principio de indivisibilidad de la tierra; en este punto bien resultaría seguir la sistemática que al respecto ha establecido el Código Civil cubano, con las salvedades señaladas en el párrafo anterior y manteniendo el requisito del trabajo estable y permanente. Aspecto este último que debería ser revisado en el sentido de reducir el tiempo necesario de su ejecución para acceder a la herencia, pues los cinco años que exige el artículo 18 del Decreto-Ley No. 125 de 1991 es extenso en demasía, debiéndose reducir a por lo menos dos años.

No resulta un desatino la determinación legal de criterios de prelación/exclusión, pues la indivisibilidad del fundo quedaría respaldada en un vínculo cercano entre los cotitulares, y las excepcionalidades continuarían jugando

¹⁶ En la práctica este artículo se emplea para el caso de que una persona con derecho a heredar no cumpla con el término de los cinco años de trabajo permanente y estable de la tierra, no ocurriendo así para el caso del parentesco que de igual manera es un requisito exigible para la adjudicación, pero la práctica en este sentido es más estricta. Información obtenida por medio de las entrevistas realizadas a expertos en la materia. *Cfr.* artículo 32 del Decreto-Ley No. 125 de 1991.

su papel en todo cuanto fuera menester. Igualmente, la interiorización por los funcionarios del Ministerio de la Agricultura, a sus diferentes instancias, del carácter ficticio de los porcentajes de cotitularidad, y la transmisión al campesinado de esta forma, contribuiría a desterrar los falsos conceptos de «la parte de la tierra que me toca» y generalizaría criterios válidos de dominio universal y de poder de decisión fraccionados; con independencia de la existencia certera del administrador, contra lo que hoy atenta sin dudas el tercer párrafo del artículo 18 del Decreto-Ley No. 125 de 1991 al vincular la partición con la forma de explotación, que sería más acertado sustituir los términos “en correspondencia con la forma con que se haya explotado la unidad de producción” por en correspondencia con el papel más/menos activo del heredero de cara a la producción.

Otro punto álgido de la discusión procesal y que sin dudas merece de atención reformista, es el relativo a la coexistencia de herederos con derecho a adjudicarse la tierra con otros con derecho al cobro del valor de la misma. En este sentido se propone que en contraposición con lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 22 del Decreto-Ley No. 125 y el 34 de la Resolución No. 24 ambos de 1991, además de la preservación del principio de indivisibilidad – que también ha de operar frente al Estado-, una vez que suceda este hecho, se cargue en primer lugar al heredero con derecho al fundo con el pago del porcentaje que correspondería a los demás herederos, transmitiéndose así, en propiedad, la parte de la cotitularidad que le correspondería al resto y cuya transferencia se ve validada con dicho desembolso monetario, quedando en segunda opción, ante la negativa o imposibilidad del particular de asumir el costo de la tierra, que sea el Estado quien se adjudique dicha parte. Sin dudas, una de las transformaciones a realizar en el futuro inmediato sería la inclusión en la masa hereditaria de las deudas, obligaciones y acciones de carácter patrimonial que dejase latentes el agricultor pequeño a su deceso, ampliando el rango de posibilidades del heredero y no dejando desamparados a los terceros que tenían vínculos negociales o de otro tipo con el fallecido, que encontrarían respaldo legal en la sustitución del heredero en el lugar y grado del causante. Un mecanismo sencillo para lograr tal cometido resultaría de cambiar el concepto de bienes agropecuarios, evocándose la conceptualización de lo que se entiende por *res* agrícolas y no a la enumeración de elementos como hoy se ha determinado.

En relación indisoluble con lo anterior deben incorporarse en la norma que regule la sucesión, la declaración de reglas de interpretación legal que permitan la mejor comprensión del tema, la imbricación de los principios agrarios y la técnica procesal, que, a falta de precisión, logren salvar las situaciones fácticas que la vida impone. Esto, con independencia de las propias interpretaciones que al respecto deba realizar el propio operador de la norma como parte de la función que de él dimana. Así cabe señalar, que, aunque resulta establecido en el artículo 8 y la Disposición Final Primera del Código Civil cubano la supletoriedad de esta norma, rara vez es ejecutada en la materia agraria por desconocimiento u otra razón, pero sin lugar a dudas, su puesta en práctica, en los marcos de los principios que informan el Derecho de la tierra, contribuiría a salvar la gran mayoría de las falencias que hoy obstaculizan la justicia agraria.

Procesalmente hablando existen disímiles elementos a perfeccionar en la materia agraria. Sería sano *prima facie*, que se pudiese conceder un período de tiempo más extenso y que resultara obligatoria la representación legal del

promovente y los intervinientes, en la elaboración de la Declaración Jurada que pone en marcha la maquinaria jurídica que da al traste con la transmisión del fundo. Ello no solo carga de garantías al justiciable, que se dota de un defensor pertrechado de los conocimientos legales necesarios para el impulso y supervisión de todos los trámites, sino además que protege el proceso de posibles ilegalidades y parcialismos que las miradas objetivas de los letrados de los contendientes ponen en perspectiva.

La ampliación del tiempo para solicitar el inicio del proceso hereditario también afecta en la productividad del predio, pues para nadie es un secreto que es descartable el porcentaje de la tierra estatal que resulta productiva. Esta modificación limitaría las posibilidades adquisitivas del Estado como *heres*, tanto de la tierra como de los bienes agropecuarios, aunque en la práctica no se lleva a cabalidad su cumplimiento. Resulta imperiosa la necesidad de estipular un término estricto para la práctica de pruebas que demuestren los requisitos exigidos para proceder con la adjudicación de la herencia, pues ello contribuiría a agilizar dicho trámite, o al menos a estabilizarlo, permitiendo que se franqueen recursos o remedios (de instancia de parte) ante su incumplimiento. Consecuentemente, sería preciso estipular el tiempo justo para todas las diligencias requeridas en este proceso, y una vez determinadas en caso de incumplimiento, imponer medidas disciplinarias a quienes lo violen. Con respecto a los recursos de apelación, de decidirse su mantenimiento, se puede asimilar a lo dispuesto en el Decreto-Ley No. 67 de 1983 sobre La Organización de la Administración Central del Estado, eliminando de esta manera lo preceptuado en el artículo 41 del Decreto-Ley No. 125 de 1991.

Quien resuelve los procedimientos agrarios de esta naturaleza son los Delegados Territoriales de la Agricultura, lo que motiva el alejamiento del proceso del campesino, la violación del principio de inmediación probatoria que satisface los requerimientos más básicos de la justicia, la absolutización de la escritura y por lo tanto, carga el proceso de formalidades cuando debería ser ágil y sencillo – más parecido al campesinado y su cultura-. También imposibilita el conocimiento por el juzgador de elementos, que, aun siendo subjetivos, contribuyen al dominio real de lo que se conoce, garantizan una solución más equitativa, entre muchos otros factores.

Elementos estos que motivan a considerar que el órgano que en efecto debería resolver, no sin antes cargarse con el conocimiento jurídico elemental y luego de incorporar en el proceso un momento conciliatorio oral entre las partes, es en primera instancia, el Delegado Municipal de la Agricultura. Este funcionario, dada su actuación más directa, resuelve todas las falencias antes descritas, además conoce a los involucrados como consecuencia del resto de sus funciones fiscalizadoras y así quedaría sin dudas más cerca de la realidad su determinación y podrá en definitiva verificar la eficacia de su fallo y tomar experiencias para el futuro.

En casi todos los países en materia agraria la legislación es amplia y dispersa, situación que se aprecia por la complejidad de las relaciones jurídicas de este tipo. En el mundo actual es una tendencia lógica la creación de Tribunales o Salas especializadas en el sector agropecuario, para dotar al proceso fundiario de mayores garantías a la hora de impartir justicia, contándose con vastos conocimientos en la temática, legislaciones especiales más completas y una imparcialidad casi

inquebrantable – por no caer en generalidades dañinas-. En Cuba, valorando la situación económica, política y social que existe, la conformación de Salas especializadas en la materia agropecuaria distribuidas en los Tribunales Provinciales, sería lo apropiado para cambiar el modelo administrativo que ha hegemonizado el conocimiento de los asuntos de la tierra, sin grandes modificaciones legislativas¹⁷. Únicamente, se requeriría la creación de una Sala de lo Agrario en los Tribunales Provinciales y el Tribunal Supremo Popular, así como establecer un procedimiento especial por el que trabajen las mismas, que bien podría asimilar los elementos fundamentales del procedimiento administrativo de hoy, legándose al Ministro de la Agricultura la facultad de promover los posibles procesos de Revisión ante el Tribunal Supremo.

Serían del conocimiento de las Salas de lo agrario de los Tribunales Provinciales Populares las reclamaciones por inconformidad con lo dispuesto por el Delegado Municipal – en los casos de herencias- o Territorial en el resto de los casos, admitiéndose los recursos de casación y los procedimientos de Revisión ante el Tribunal Supremo Popular, siendo así, se alcanzaría un mayor nivel de igualdad en cuanto a los procedimientos jurídicos en el país, lográndose a pesar de la especialidad que caracteriza a los temas del *ius agrario*, similitud con los asuntos civiles y penales, atendiendo a mayores garantías procesales para los agricultores pequeños.

Conclusiones

El Decreto-Ley No. 125 de 1991 sobre el Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la tierra y bienes agropecuarios y su Reglamento la Resolución No. 24 del mismo año, y la Resolución No.170 de 2017, presentan deficiencias sustentadas en omisiones legales, interpretativas, vocablos ambivalentes, sumado a un proceso deficiente en su concepción y práctica. La judicialización del proceso agrario, al menos en segunda instancia y la responsabilización del Delegado Municipal de la Agricultura con el resultado del proceso agrario-hereditario, serían sin dudas elementos que contribuirían a eliminar las sobrecargas en la jurisdicción administrativa agraria, los incumplimientos reiterados de términos legales, coadyuvaría a la preparación jurídica y profesional de los funcionarios responsables de gestionar y decidir sobre los asuntos de adjudicaciones de tierra y bienes agropecuarios, y sometería el proceso a una verdadera revisabilidad, con las garantías que ello implica para los agricultores pequeños y la justicia.

Referencias

Cuba. Ley No. 59 de 1987, Código Civil Cubano, publicado en la Gaceta Oficial, Edición Extraordinaria No. 3, La Habana, Cuba, de 20 de enero de 1988.

¹⁷ ¿Por qué no hacerlo, si en cuanto a otros bienes de naturaleza menos importante se permite la revisión judicial del proceso administrativo in integrum?

Cuba. Ley No. 113 de 2012 del Sistema Tributario, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No. 53, La Habana, Cuba, de 21 de noviembre de 2012.

Cuba. Decreto-Ley No. 125 de 1991 sobre el Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la tierra y bienes agropecuarios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 1, La Habana, Cuba, de 30 de enero de 1991.

Cuba. Resolución No. 170 de 2017, reglamento de Procedimientos Administrativos Agrarios, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No.20, La Habana, Cuba, de 28 de junio de 2017.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Cronología de una pandemia: ¿podrá tornarse la crisis en oportunidad?(*)

Timeline of a pandemic: can the crisis become an opportunity?

Sergio García Magariño

Recensión a cargo de:

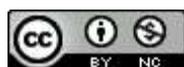
Antonio Sánchez-Bayón¹

García Magariño, S. (2020). *Cronología de una pandemia: ¿podrá tornarse la crisis en oportunidad?*, Porto: Ed. Sínderesis (ISBN: 978-84-18206-45-0; 114 páginas).

<https://editorialsinderesis.com/producto/cronologia-de-una-pandemia-podria-tornarse-la-tesis-en-oportunidad>

Tal como advierte el autor –invitando a la reflexión desde el inicio- la crisis del coronavirus irrumpió en el mundo de forma inesperada, a pesar de que los biólogos llevaran tiempo alarmando acerca de las consecuencias que la explotación del medio

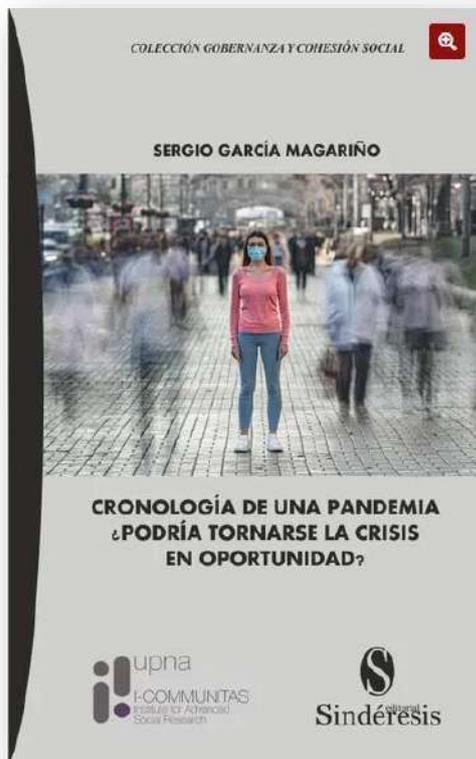
(*) Recibido: 28/11/2020 | Aceptado: 15/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho por UCM, en Teología por UMU, en Humanidades-RRII por UVA, en Filosofía por UCM; doctorando en Economía por UVA y UCM; acreditado como Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF); ganador de diversos premios internacionales (v.g. Lima-Argentina), por su amplia producción (en 5 idiomas, medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Economía Aplicada en la Univ. Rey Juan Carlos. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. Harvard, DePaul, Baylor) y Latinoamérica (v.g. IIDH, UCR, URL). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y Family Sapiens en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.
antonio.sbayon@urjc.es

ambiente y la reducción de la biodiversidad podrían tener para la vida humana, y de que la Organización Mundial de la Salud hubiera alertado del riesgo inminente de una pandemia. El nivel de movilización y acción gubernamental, de restricciones y de alarma social difícilmente encuentra parangón en el recuerdo de esta generación.



Las noticias, las muertes, la incertidumbre, los confinamientos, las recomendaciones, la globalización del problema, la escasez de material sanitario, imprimieron un tono épico a una situación de por sí ya dramática.

El autor de esta obra es Sergio García Magariño: doctor en sociología y especialista en educación y desarrollo social. Actualmente trabaja como investigador del Instituto de Estudios Sociales Avanzados de la Universidad Pública de Navarra, I-Communitas. Es cofundador y director del Instituto para el Conocimiento, la Gobernanza y el Desarrollo globales y ha ejercido de coordinador de la Oficina de Asuntos Públicos de la Comunidad bahá'í de España durante más de seis años. Algunas de sus líneas de investigación abarcan los procesos de radicalización violenta, los mecanismos de buena gobernanza, la seguridad colectiva, el desarrollo social y económico y algunas cuestiones

relacionadas con la sociología de la ciencia y de la religión. Es colaborador habitual de la revista cultural *Entreletras*, de *Periodista Digital*, *Actualidad RT* y de la plataforma de divulgación geopolítica *The Global World*.

La editorial es Sindéresis, que sigue ofreciendo ediciones muy bien acabadas, en un formato muy manejable y con una letra legible –cuestión clave para los lectores veteranos-.

Cronología de una pandemia, es un texto reflexivo nacido de la propia experiencia del autor. El Dr. García Magariño vio en esta crisis una oportunidad para hacer los arreglos institucionales en la arquitectura global, los cambios en los patrones de comportamiento, de relación y de consumo y los ajustes en las políticas y la estructura económica que hace décadas parecían necesarios para organizar el mundo de manera racional. En particular, el proceso de integración política internacional podría concluirse, sin necesidad de una tercera guerra mundial, como resultado del revulsivo impreso por la pandemia.

Según el autor, el debate público en España, al menos en las primeras etapas de la crisis sanitaria, en marzo y abril, parecía romper los horizontes de posibilidades cerrados antes de la COVID-19. Muchos autores, en diferentes medios, de derechas y de izquierdas –o si se prefiere, más o menos intervencionistas-, de

periódicos y revistas generalistas y especializados, planteaban la necesidad de transformar el sistema económico, a fin de reconfigurar uno circular, sostenible, anclado en lo local y más justo; de revisar la globalización; de reconsiderar los mismos fundamentos de la sociedad moderna; de rescatar la noción de comunidad geográficamente localizada; de federalizar las relaciones internacionales; de fortalecer la cooperación internacional; de reemplazar el modelo tradicional del trabajo por uno más digital; de experimentar con nuevos modelos educativos en entornos virtuales; de fortalecer la familia; en definitiva, de avanzar hacia un orden más justo, cooperativo, pacífico y sostenible –todos estos postulados del autor evocan la nostalgia de la paz perpetua kantiana, pese a que se terminó imponiendo el estatalismo hegeliano: para este lector es clave reflexionar a fondo para distinguir discursos de realidades, además de valorar los resultados y no las intenciones, sin caer en sentimentalismos sino seguir una lógica ética, siendo algo que se ha echado de menos durante la pandemia-.

Dado el optimismo vital del autor, llega a considerar esa etapa como gloriosa, dulce, esperanzadora, innovadora, aunque termina reconociendo que se fue disipando con los meses, a medida que la crisis se alargaba, que la economía se resentía y que los cambios aparentemente positivos generaban circunstancias ambivalentes. El discurso económico más duro fue implacable: el verano no se puede perdonar; la economía tradicional no puede sucumbir; la epidemia mata, pero los problemas económicos también. Esta versión económica nada tiene que ver con la más sofisticada que buscaba indagar en la compleja y rica relación entre la economía y la salud. Era una versión procedente de los lobbies económicos que ejercían presión sobre el gobierno para que las cosas siguieran como antes.

Este es el contexto de este libro. El autor, desde el comienzo de la pandemia, tal como se ha señalado, vio la crisis como una gran oportunidad; quizá la última oportunidad de reorganizar la vida política y económica mundial de manera racional y pacífica, atendiendo a las desigualdades y teniendo en cuenta la complejidad e interconexión del mundo de hoy. La obra recoge de manera cronológica las reflexiones publicadas en diferentes medios de divulgación y especializados, desde *El País*, *The Conversation*, la Revista Cultural *Entreletras* y *Claves de Razón Práctica*, hasta *ABC*, *Periodista Digital* y revistas científicas internacionales.

Estas reflexiones giran en torno a tres vectores. El primero es descriptivo. Pretende realizar un diagnóstico de los problemas más acuciantes tomando una perspectiva distante a la pandemia. ¿Qué problemas arrastrábamos, importantes pero invisibles, marginales en el debate público a pesar de su asombrosa actualidad? El segundo busca identificar nuevos patrones de conducta, nuevas pautas de relaciones, nuevas tendencias que han emergido con la pandemia. En otras palabras, busca resaltar algunos cambios sociológicos de calado que pueden haber surgido con la pandemia y que no está claro si han llegado para quedarse o no. El tercero supone un intento prospectivo, prescriptivo y normativo, a fin de encontrar vías de acción, principios, enfoques y conceptos que nos permitan superar la encrucijada actual y salir fortalecidos. La ciencia, especialmente la social, también puede y debe preocuparse del progreso, de la mejora humana, de la solución de los problemas comunes. No obstante, en esta dimensión, en la de lo posible, se necesita diálogo, deliberación y generación de conocimiento nuevo en la práctica. Experiencia y experticia, participación y dirección, ciencia y política, acción individual y colectiva,

ética e incluso religión han de conjugarse en esa búsqueda más necesaria que nunca de modelos alternativos, viables y más efectivos de organización política, económica y social. La pandemia puede que nos brinde esa oportunidad.

En definitiva, la idea de que esta pandemia tiene un lado positivo, como es la oportunidad de aprender a convivir mejor, es un mensaje esperanzador y necesario hoy en día, por ello se recomienda encarecidamente la lectura de esta obra.

Dr. Antonio Sánchez-Bayón

Prof. Economía Aplicada

Universidad Rey Juan Carlos (España).

Ensayos de Economía Política (*)

Essays on Political Economy

Jesús Huerta de Soto

Recensión a cargo de:
Antonio Sánchez-Bayón¹

Huerta de Soto, J. (2014). *Ensayos de Economía Política*, Madrid: Unión Editorial, p. 498.
ISBN: 9788472096493

<https://www.unioneditorial.net/libro/n-o-50-ensayos-de-economia-politica/>

Ensayos de Economía Política es una obra que completa la labor de otras dos previas, como son *Estudios de Economía Política* y *Nuevos Estudios de Economía* (más los tres volúmenes posteriores de *Lecturas de Economía Política*). Se recopilan aquí los principales artículos académicos y de divulgación publicados en la última década por el Prof. Jesús Huerta de Soto. De esta manera –tal como se señala en la introducción de este libro–, se facilita la labor de acceso y consulta de un

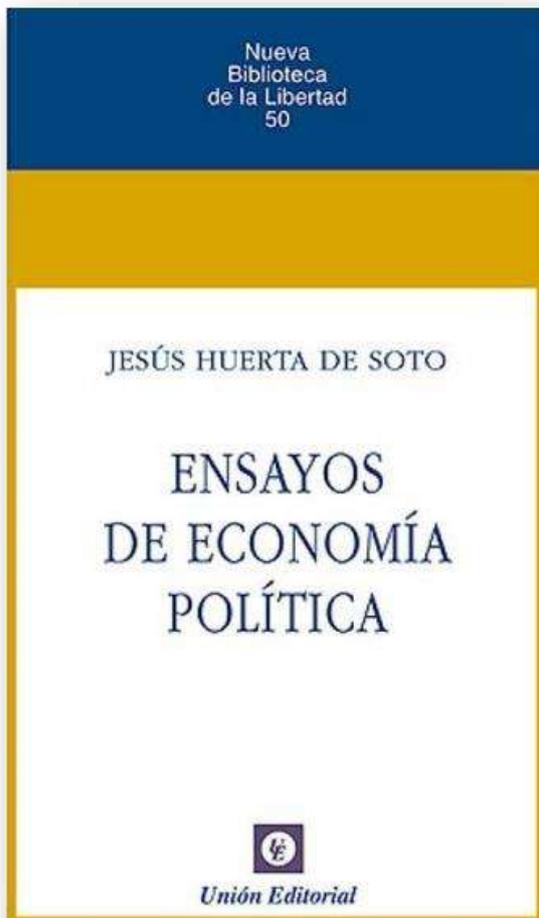
(*) Recibido: 28/11/2020 | Aceptado: 15/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho por UCM, en Teología por UMU, en Humanidades-RRII por UVA, en Filosofía por UCM; doctorando en Economía por UVA y UCM; acreditado como Prof. titular en CC.SS. y Jurídicas (ANECA), con sexenios (CNEAI) y Autoridad Internacional (VIAF); ganador de diversos premios internacionales (v.g. Lima-Argentina), por su amplia producción (en 5 idiomas, medio centenar de libros y el doble de artículos en publicaciones indexadas). Actualmente es Prof. Economía Aplicada en la Univ. Rey Juan Carlos. Ha sido docente e investigador en España (Dir. Investigación en ISEMCO-UNIDAM, CEDEU-URJC y en UCJC); además de académico visitante en EE.UU. (v.g. Harvard, DePaul, Baylor) y Latinoamérica (v.g. IIDH, UCR, URL). Ha sido abogado ejerciente (ICAM), analista-consultor en centros de alto rendimiento (v.g. CIEJYP, IMDEE, IAECoS) y mediación socio-empresarial (v.g. GRIN y Family Sapiens en Venezuela), y colaborador en diversos medios de comunicación.
antonio.sbayon@urjc.es

pensamiento original y crítico sobre los temas más variados de teoría económica y filosofía política, así como de su respectiva aplicación a los problemas más acuciantes de la realidad social.



El autor es el famoso libertario y profesor universitario Jesús Huerta de Soto: Catedrático de Economía Aplicada (específicamente, Economía Política y Hacienda Pública) en la Universidad Rey Juan Carlos (desde hace más de dos décadas –y casi dos más como profesor universitario). Cuenta en su haber con más de una decena de libros (en su mayoría *best-sellers*), traducidos a una veintena de idiomas y con diversos premios internacionales. Distinguido con varios doctorados: en Derecho (1984), en Economía (1992), más tres doctorados *honoris causa*, como el de la Univ. Francisco Marroquín en Guatemala. Dirige la revista *Procesos de Mercado*, colabora con el Instituto Mises, el Instituto Juan de Mariana, etc.

Ensayos de Economía de Política es una obra clave de reflexión y guía tras la globalización, para comprender las relaciones entre Derecho, Política y Economía.

Se organiza la obra en cinco partes, cada una con múltiples capítulos, con una estructura de contenidos como la que sigue (con epígrafes muy descriptivos del objeto de estudio):

- Parte I Ensayos de teoría económica y filosofía política. Capítulo 1. La teoría de la eficiencia dinámica. Capítulo 2. Liberalismo versus Anarcocapitalismo. Capítulo 3. El pensamiento económico en la Antigua Grecia. Capítulo 4. Socialismo y descivilización. Capítulo 5. Nota crítica sobre el “Socialismo de mercado”. Capítulo 6. La crisis del socialismo. Capítulo 7. Algunas reflexiones complementarias sobre la crisis económica y la teoría del ciclo. Capítulo 8. En defensa del euro: un enfoque austriaco (con una crítica a los errores del BCE y al intervencionismo de Bruselas). Capítulo 9. La escuela austriaca.
- Parte II Conferencias magistrales. Capítulo 10. Conferencia pronunciada en la *London School of Economics* en memoria de Hayek. Capítulo II. Conferencia pronunciada en la Catedral de Segovia sobre el Obispo Diego de Covarrubias, los escolásticos españoles y la escuela austriaca. Capítulo 12. Conferencia sobre “Lincoln y la Unión... Europea” (con una crítica a la denominada “teoría de la

liquidez”). Capítulo 13. Conferencia magistral en la Fundación Rafael del Pino el 19 de abril de 2012: “Crisis financiera, reforma bancaria y el futuro del capitalismo. Capítulo 14. Presentación de la Escuela Austriaca en la Universidad Católica de Lisboa. Capítulo 15. La paranoia antideflacionista.

- Parte III Notas y comentarios. Capítulo 16. Civilización, mercado y orden moral (reflexiones con motivo de la jornada mundial de la juventud, Madrid, agosto 2011). Capítulo 17. Carta abierta al Excmo. Sr. Cristóbal Montoro Romero, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Capítulo 18. In memoriam de James M. Buchanan. Capítulo 19. Homenaje a Luis Reig Albiol. Capítulo 20. La crisis actual según la Escuela Austriaca. Capítulo 21. El error fatal de solvencia II. Capítulo 22. El sistema financiero ideal. Capítulo 23. El error fatal de Ben Bernanke.
- Parte IV Ensayos bibliográficos. Capítulo 24. El *Essai sur la nature du commerce en général* de Ricardo Cantillón: nota bibliográfica. Capítulo 25. Reseña de *El método de las ciencias sociales* de Carl Menger. Capítulo 26. Reseña del libro de Jörg Guido Hülsmann *Mises: the last knight of liberalism*. Capítulo 27. La influencia de la *Acción humana* de Mises y los *Fundamentos de la libertad*). Capítulo 28. Reseña del libro *The first great recession of the 21st century: competing explanations*. Capítulo 29. Reseña del libro *Los árabes: del imperio otomano a la actualidad*. Capítulo 30. Prefacio al libro *El verdadero Lincoln* de Thomas J. DiLorenzo. Capítulo 31. Publicación de la primera edición española del libro de Faustino Ballvé *Los fundamentos de la ciencia económica*. Capítulo 32. La crítica del profesor Juan Ramón Rallo a la *Teoría general* de Keynes en el 75 aniversario de su publicación. Capítulo 33. Prefacio al libro *Introdução à Gestão das Organizações, Conceito e Estudos de Casos*, del profesor Kiamvu Tamo. Capítulo 34. Presentación del primer número de la revista *Procesos de Mercado*. Capítulo 35. Presentación del libro *Hacia una nueva libertad* de Murray N. Rothbard. Capítulo 36. Prólogo al libro *En busca del pleno empleo* de Adrián Ravier. Capítulo 37. Prefacio al libro *Raíces intelectuales del pensamiento económico moderno* de Óscar Vara Crespo. Capítulo 38. Prólogo al libro *La teoría evolutiva de las instituciones* de César Martínez Meseguer. Capítulo 39. Prefacio al libro *Plan, acción y mercado* de Ángel Rodríguez García-Brazles. Capítulo 40. Prólogo al libro de Jordi Franch Parella. Capítulo 41. Prefacio a la edición española del libro *La gran depresión* de Murray N. Rothbard. Capítulo 42. Prólogo al libro *El orden jurídico de la libertad* de José Carlos Herrán Alonso.
- Parte V Entrevistas. Capítulo 43. *Los discípulos de Jesús*: entrevista al profesor Jesús Huerta de Soto publicada en el número de julio de 2011 de *Actualidad Económica* por Miguel Ors. Capítulo 44. Entrevista a Jesús Huerta de Soto en el programa “Sin complejos” de Esradio (18 de septiembre de 2010). Capítulo 45. Entrevista en la televisión “Libertad digital”. Capítulo 46. Entrevista al profesor Huerta de Soto publicada en *Expansión* el pasado 29 de septiembre de 2009. Capítulo 47. El profesor Jesús Huerta de Soto entrevistado en Bloomberg TV. Capítulo 48. Entrevista en “Alba” al profesor Huerta de Soto (9 de octubre de 2008). Capítulo 49. Entrevista para “Libertad digital” efectuada por José Carlos Rodríguez al profesor Huerta de Soto: “Corresponde al siglo XXI desmontar al Estado”. Capítulo 50. Entrevista en el diario *Expansión* al profesor Huerta de

Soto el 14 de abril de 2005: “Habría sido peor que el PSOE hubiera hecho algo en economía”.

En definitiva, 498 páginas de profunda –y sin embargo ágil- reflexión, desde un pensamiento propio, llegando a generar nuevos conceptos y teorías (v.g. teoría de la eficiencia dinámica de la economía –en contraposición a la generalmente aceptada teoría del equilibrio económico). Con este libro, el Prof. Huerta de Soto sigue avanzando en su síntesis de la heterodoxa –así considerada- Escuela Austriaca de Economía (EAE): combinando el enfoque teórico de Mises, el histórico-evolutivo de Hayek, el ético de Rothbard y el de función empresarial de Kirzner. A diferencia de la doctrina económica dominante, la EAE ofrece una visión económica más humanista y realista, pues no se articula desde supuestos y modelos macroeconómicos, tratados econométricamente, desde la inteligencia burocrática direccionista, sino que se procura descubrir aquellas leyes o principios económicos generales a confirmar en la acción humana concreta de la función empresarial.

En este libro, además de las aportaciones científico-académicas, el Prof. Huerta de Soto ofrece un repertorio de conferencias magistrales y ensayos bibliográficos, con los que tiene puentes con otras instituciones, escuelas de pensamiento y autores varios.

En definitiva, se trata de un libro muy valioso y útil, para desarrollar un pensamiento económico autónomo. Se recomienda encarecidamente su lectura, junto con las otras publicaciones relacionadas y ya citadas al inicio de esta reseña.

Dr. Antonio Sánchez-Bayón
Prof. Economía Aplicada
Universidad Rey Juan Carlos (España).

Introdução ao pensamento complexo (*)

Introduction to complex thinking

Introducción al pensamiento complejo

Edgar Morin

Resenha da obra:

Adair Adams¹

Tiago Anderson Brutti²

Claudia Almeida Adams³

Luís Guilherme Nascimento de Araujo⁴

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4ta. Edição. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

(*) Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 18/11/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Doutor em Educação nas Ciências pela Unijuí e professor no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - Campus Vacaria.
Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9298383745925682>
adairadas@gmail.com
- ² Doutor em Educação nas Ciências pela Unijuí e professor nos cursos de Direito e de Mestrado em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Unicruz.
Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7589012980070073>
tiagobrutti@hotmail.com
- ³ Graduada em Administração de Empresas pela Unopar e estudante de Psicologia na Uniplac.
Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6617056743803749>
adairadas@gmail.com
- ⁴ Graduando em Direito pela Unicruz.
Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4792610473021789>
guilhermedearaujo@live.com

Resumo: Neste trabalho realiza-se uma resenha crítica da obra “Introdução ao pensamento complexo”, de Edgar Morin. O argumento central da obra está na relação entre o desenvolvimento dos conhecimentos e as consequências de um pensamento circunscrito ao “paradigma da simplicidade”. Para o autor, a raiz da “inteligência cega” está na falta de complexidade do pensamento e da compreensão de que cada objeto pode ser estudado fora da teia de relações e fenômenos a que está ligado. O filósofo francês propõe a adoção de uma visão crítica sobre os conhecimentos produzidos, no sentido de que complexidade está numa relação reflexiva entre diversas áreas do saber.

Palavras-chave: pensamento complexo, simplicidade, inteligência cega, visão crítica.

Abstract: In this work, we carried out a critical review of Edgar Morin’s “Introduction to complex thought”. The central argument of the work is in the relationship between the development of knowledge and the consequences of thinking limited to the “simplicity’s paradigm”. For the author, the root of “blind intelligence” lies in the lack of complexity of thinking and the understanding that each object can be studied outside the web of relationships and phenomena to which it is linked. The French philosopher proposes the adoption of a critical view on the knowledge produced, in the sense that complexity is in a reflexive relationship between different areas of knowledge.

Keywords: complex thought, simplicity, blind intelligence, critical vision.

Resumen: En esta obra se hace una revisión crítica de la obra “Introdução ao pensamento complexo”, de Edgar Morin. El argumento central de la obra radica en la relación entre el desarrollo del conocimiento y las consecuencias de un pensamiento limitado al “paradigma de la simplicidad”. Para el autor, la raíz de la “inteligencia ciega” radica en la falta de complejidad del pensamiento y en la comprensión de que cada objeto puede ser estudiado fuera de la red de relaciones y fenómenos a los que está conectado. El filósofo francés propone la adopción de una visión crítica del conocimiento producido, en el sentido de que la complejidad se encuentra en una relación reflexiva entre varias áreas del conocimiento.

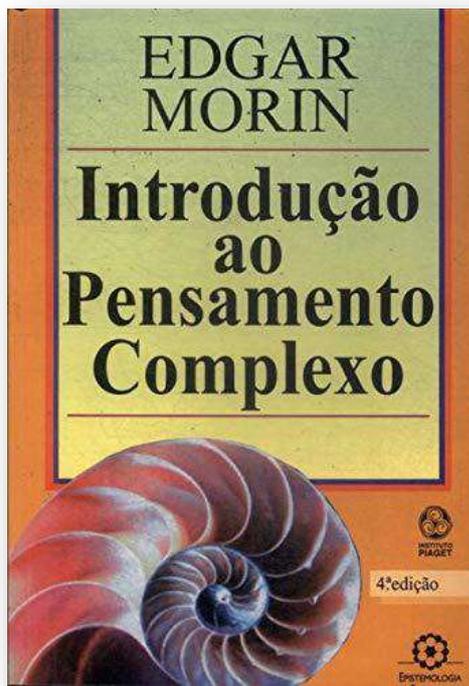
Palabras clave: pensamiento complejo, simplicidad, inteligencia ciega, vision crítica.

Edgar Morin e o pensamento complexo

A obra *Introdução ao pensamento complexo* reúne publicações do filósofo francês Edgar Morin acerca dos processos responsáveis pelo desenvolvimento do pensamento complexo nos indivíduos. O autor se debruça sobre as formas de articulação de conceitos e os diferentes tipos de conhecimento. O pensamento complexo é aquele capaz de interligar e articular os diversos campos de investigação humana, o que não é possível nos limites de um pensamento simples, que, segundo Morin, é segmentado e desconexo, incapaz de traçar um panorama conceitual que se aproxime da realidade. O livro é dividido em seis partes, intituladas, respectivamente: *A inteligência cega; O desenho e intenção complexos, o esboço e o*

projeto complexos; Paradigma complexo; Complexidade e ação; A complexidade e a empresa; e Epistemologia da complexidade.

Segundo o autor, a causa principal da formação de uma “inteligência cega” está na organização dos conhecimentos. O problema decorre de uma visão restrita que não revela os conceitos inibidores do conhecimento e mascaradores do real. A distinção feita por Descartes entre o sujeito pensante e o conhecimento do mesmo permitiu avanços no conhecimento científico, mas pode ser considerada responsável, também, pela separação entre o saber e sua reflexão, isolando os três principais campos do conhecimento científico: a física, a biologia e a ciência do homem. A exatidão na busca da Ordem Universal separa as junções buscadas, mantendo por realidade apenas os meios que organizam essa busca.



A incapacidade do pensamento de conciliar o único e o múltiplo, a diversidade e a unidade, consolida a “inteligência cega”. Com isso, não há uma relação entre os elementos disjuntivos do saber. Dessa forma, o homem, por assim dizer, não existe, é uma ilusão. O sentido e a natureza de toda pesquisa passam a ser irrelevantes, maquinizando as ações, causando tragédias individuais (para o homem) e coletivas (para a humanidade). Concebendo a complexidade como a totalidade de movimentos do mundo fenomenal, Morin pensa o conhecimento sob a tarefa de organizar os fenômenos de desordem que se integram na complexidade. Descobriu-se que não há uma organização do cosmos, mas que a vida é um conjunto complexo de organizações. Logo, forma-se um pensamento complexo. O conhecimento necessita, primeiramente, de uma

reflexão do complexo em si para, a partir daí, refletir sobre seus elementos e processos formadores.

Morin examina as formas de complexidade que aparecem em diversos discursos, enfatizando que sua presença permeia o vocabulário corrente mais do que o discurso científico. Mas também na ciência e na teoria do conhecimento há complexidade. A incompatibilidade da antropologia com as ciências naturais se dá em razão da sobrenaturalidade do homem segundo o pensamento do século XIX. Para integrar o homem no pensamento complexo é necessária a unidade das ciências que o comportam simultaneamente à teoria da sua complexidade. Portanto, faz-se necessário que o conceito de ciência seja repensado relevando os limites entre a diferença e a unidade.

Uma reorganização paradigmática é necessária, advoga Morin, dadas as rupturas ocorridas na epistemologia da ciência clássica. Quebram-se os conceitos que sustentavam a existência dos extremos, mesmo que infinitos, suprimindo a

realidade simplista, compreendida como clara e evidente, em que nos situamos. O simples é apenas uma transição entre o complexo mínimo e o complexo máximo. Adotado o sistema como a associação de elementos distintos e a sistematização generalizada no campo fenomenal, tem-se uma teoria centrada na totalidade formada pelo todo e não pelas partes distintas constitutivas; tem-se o sistema como uma noção fictícia, ambígua; e, ainda, tem-se o sistema como a possibilidade de pensar a unidade e a diferenciação das ciências em todo o campo cognoscível.

A concepção de um sistema aberto construída a partir da termodinâmica formou a base para outros sistemas físicos e sistemas vivos, uma vez que a necessidade do meio externo para sua manutenção tornou imprescindíveis uma alimentação material/genética e uma alimentação organizacional/informacional. Isto rompe com a ideia de antagonismo entre equilíbrio e desequilíbrio, pois não há equilíbrio na relação do sistema que é dependente do meio e de sua alimentação. Inicialmente, compreende-se que o desequilíbrio que mantém o sistema é que o possibilita estar em equilíbrio. Para Morin, o sistema permanece apenas quando se fecha em si, mesmo que seus constituintes estejam em renovação. O problema ignorado pelas ciências está na manutenção do sistema e na mudança dos constituintes sem a devida abertura. O sistema aberto vê desequilíbrio nas organizações do ser vivo e a necessidade de inteligibilidade no próprio sistema tanto quanto na sua relação com o meio. O sistema aberto possibilita pensar a sua relação com o ecossistema de igual ordem material/energética e organizacional/informacional.

Com os avanços no campo da complexidade, o classificacionismo tende a se extinguir, assim como os sistemas fechados. A partir disso, a lógica e a teoria passam a ser concebidas como sistemas abertos. Contudo, a teoria dos sistemas se assimila às ciências humanas de forma imprópria: o tecnocrático e o vulgar. A informação é uma esfera ambígua, uma vez que esbarra na teoria da comunicação. Inicialmente tida como a transferência de uma mensagem, foi associada à telecomunicação. O esquema informacional proposto se defasou na possibilidade de transmissão de dados pela genética: “A informação é uma noção nuclear, mas problemática. Daí, toda a sua ambiguidade: não se pode dizer quase nada sobre ela, mas não se pode passar sem ela” (MORIN, 2001, p. 36). Assim como a informação é imprescindível para a manutenção do sistema aberto, faz-se necessária uma ordenação das informações nela contidas. Tendo conhecimento do elo que rompe e une a ordem física e a ordem viva no sistema, tem-se um fundamento teórico para a relação de inseparabilidade existente entre a informação e a organização.

Todas as ações e relações que são fixadas por teorias e sistemas exigem a existência de uma organização ou uma teoria da organização. Como não há uma organização da teoria da organização, pode-se construir uma noção desta a partir da complexificação e da concretização do sistemismo: o “[...] organicismo, numa palavra, supõe uma organização complexa e rica, mas não a propõe” (MORIN, 2001, p. 43). A própria vida estabelece traços de organização que fogem a regras moldadas pelo homem e pela máquina. Forma-se, dessa maneira, um traço de auto-organização.

A auto-organização está longe da compreensão e inserção nos atuais sistemas, uma vez que a própria organização emerge na indefinição. Adotar o artificialismo da auto-organização é impossibilitar o ser vivo de ser conhecido ou inviabilizar a

aplicabilidade prática da teoria da auto-organização. A complexidade da ordem auto-organizada apenas é atingida no momento em que estiver em desordem. Portanto, a máquina artificial possui um princípio de organização exterior determinado pelo homem.

A complexidade, sempre redimida pela ordem científica, determinava apenas a ordem simples e as unidades elementares, inserindo-se na ciência apenas na fundação da cibernética. Complexidade “[...] é um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades [...] combina, também, incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios” (MORIN, 2001, p. 51). Há uma ligação direta entre a ordem e a desordem na composição da complexidade. Não é possível reconhecer a existência de fenômenos como a liberdade e a criatividade fora da complexidade. A partir do cérebro humano, tem-se a construção de várias esferas para a complexidade em função dos fatores da auto-organização, resultando na hipercomplexidade.

No que diz respeito à relação entre sujeito e objeto, na sua concepção moderna, sobretudo na cartesiana, Morin procura mostrar a partir da noção de sistema aberto, pensado numa relação entre várias ciências, que o sujeito e o objeto não são dissociáveis. Cada um desses conceitos trabalhado de forma separada se mostra insuficiente em relação ao que pretende fazer compreender.

Nem a subjetividade nem a objetividade em si podem constituir o fundamento da existência: “[...] o mundo está no interior do nosso espírito e este no interior do mundo. Sujeito e objeto, nesse processo, são constitutivos um do outro” (MORIN, 2001, p. 64). Pensando dessa forma, evita-se o erro ontológico do fechamento e restrição dos conceitos fundamentais da ciência e da filosofia em compreensões unilaterais. A proposição do autor em relação a esses conceitos ontológicos é trabalhá-los numa perspectiva complexa: “[...] o sujeito deve permanecer aberto, desprovido de um princípio de resolubilidade nele mesmo; o próprio objeto deve permanecer aberto, de um lado sobre o sujeito, de outro sobre o seu meio, o qual, por sua vez, se abre necessariamente e continua a abrir-se para lá dos limites do nosso entendimento” (MORIN, 2001, p. 65).

Através dos conceitos de coerência e abertura epistemológica, busca-se uma forma de adotar o conhecimento como objeto a ser conhecido. Isso permite uma autorreflexão do objeto pelo sujeito cognoscente. Uma forma de adoção parte dos exames biológicos que compõem o conhecimento e de suas determinações ideológicas. Os progressos do conhecimento decorrem da ruptura de sistemas fechados. Portanto, o conhecimento está diretamente associado a uma abertura sistêmica. Para Morin, há um sentido epistemológico na relação entre sujeito e objeto. O objeto é integrante do mundo aberto e, teoricamente, sujeito e objeto seriam um e outro integráveis. A concepção de complexidade exige e permite meios de autocrítica: “Ela exige num desenvolvimento natural o segundo olhar epistemológico e traz verdades que são biodegradáveis, são mortais, e por isso mesmo, vivas” (MORIN, 2001, p. 71).

Essa novidade conceitual permite uma *scienza nuova*. Morin salienta que seu itinerário pela complexidade do pensamento permitiu indagar os paradigmas de disjunção/redução/simplificação na adoção da nova ciência. No âmbito da antropologia, tem-se a hipercomplexidade, a qual condensa uma metodologia aberta

e específica. Na busca por uma metodologia aberta e coerente, tem-se um conjunto teórico formador da *scienza nuova*: “Vai tentar-se aqui um discurso multidimensional não totalitário, teórico, mas não doutrinal (a doutrina é a teoria fechada, autossuficiente, logo insuficiente), aberto para a incerteza e a ultrapassagem; não ideal/idealista, sabendo que a coisa não será nunca totalmente encerrada no conceito, e que o mundo nunca será aprisionado no discurso” (MORIN, 2001, p. 73).

É no horizonte dessa compreensão que o autor pensa a unidade da ciência. Adotando a possibilidade e a necessidade de uma ciência universal, tem-se a sua incompatibilidade, dado o fechamento crescente dos conhecimentos. As ciências não relevam às suas concepções aquilo que não corresponde ao seu conjunto de princípios; e como não há possibilidade do conhecimento interdisciplinar, é necessária uma mudança para se chegar ao conhecimento: ou o saber disciplinarizado ou o espírito humano.

No que diz respeito à integração das realidades banidas pela ciência clássica, o autor destaca que uma ciência apenas preza pelo seu sentido se as realidades que compunham as ciências anteriores às do século XVIII e XIX forem restituídas; deve-se reincluir o meio no conceito de mundo e o ser-auto-organizado no conceito de sujeito: “[...] trata-se pelo menos de reconhecer o que foi ignorado nas teorias de evolução: a inventividade e a criatividade” (MORIN, 2001, p. 77). Desconsiderando as consequências, a *scienza nuova* propõe a adequação da ciência ao objeto igual à adequação do objeto à ciência.

Essa nova ciência requer a ultrapassagem de alternativas clássicas. Morin afirma que muitos conceitos clássicos sofrem uma distorção de sentido, como é o caso das oposições entre quantidade/qualidade, sujeito/objeto, e assim por diante. Na consolidação da *scienza nuova* os conceitos clássicos são reconstituídos em termos antagônicos, contraditórios e complementares ao mesmo tempo em que se propõe uma visão universalizada. Isso significa uma viragem paradigmática: “[...] a pedra angular de qualquer sistema do pensamento afeta simultaneamente a ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e conseqüentemente a prática, a sociedade, a política” (MORIN, 2001, p. 80). A partir dessas considerações, tem-se uma noção da amplitude e da complexidade requerida em uma reforma paradigmática: faz-se necessária a mudança de um raciocínio em seu início e das relações associativas e repulsivas estabelecidas por conceitos iniciais. O maior problema está na mudança a ser feita na pedra angular sobre a qual todo o intelecto é edificado. Essa dificuldade decorre da ruptura feita em toda a estrutura de ideias que rege a forma de pensar.

Morin desenvolve a concepção paradigmática de complexidade, mostrando as diferenças em relação ao paradigma da simplicidade. Como o paradigma da complexidade não fica restrito às novas concepções científicas, ele está muito presente no cotidiano, tanto no caso de uma simples partícula quanto nas relações sociais. No século XIX surgiu a concepção de que o universo era uma máquina determinista perfeita, sobre a qual o autor destaca: “[...] essa concepção que julgava poder dispensar Deus tinha introduzido no seu mundo os atributos da divindade: a perfeição, a ordem absoluta, a imortalidade e a eternidade. É esse mundo que se vai transformar e depois desintegrar” (MORIN, 2001, p. 85).

Para o autor, o paradigma da simplicidade “[...] é constituído por um tipo de relação lógica extremamente forte entre noções mestras, noções chave e princípios chave. Esta relação e estes princípios vão comandar todos os propósitos que obedecem inconscientemente ao seu império” (MORIN, 2001, p. 85). Esse paradigma propõe uma ordem reduzida a um princípio. A simplicidade não possibilita que o uno esteja imerso no múltiplo e no contrário; este princípio quer separar o que é unido e o que está unificado. No entanto, a bem da verdade, sob qualquer olhar prático, é possível concluir que há uma desordem generalizada no universo físico, ligada a toda ação.

Tendo como premissa a constância entre a ordem e a desordem no universo, é lícito afirmar que mesmo antagônicas elas cooperam para a manutenção de uma organização no universo: “A complexidade da relação ordem/desordem/organização surge quando se verifica empiricamente que fenômenos desordenados são necessários em certas condições, em certos casos, para a produção de fenômenos organizados, que contribuem para o aumento da ordem” (MORIN, 2001, p. 92). Uma análise do universo nas perspectivas do tempo e do espaço permite observar que algo foge a elas: a complexidade, mas isso não anula a existência dessas dimensões, pois o tempo e o espaço são presenciados inclusive no momento em que não se pode vencer uma contradição. Dessa forma, “[...] há harmonia na desarmonia e vice-versa” (MORIN, 2001, p. 93).

Refletindo sobre as teorias da auto-organização, Morin afirma que é difícil conceber a complexidade do real. O sujeito é o centro de seu mundo, de sua realidade. Portanto, sua subjetividade é complexa mesmo que englobe o meio. O mesmo ocorre com a noção de autonomia; sua complexidade está na dependência das condições externas e na reciprocidade com o meio para sua manutenção. O sujeito é uma mistura de conceitos complexos como a liberdade, a autonomia, a heteronomia, dentre outros presentes no inconsciente.

O conceito de complexidade pode ser vinculado a uma noção de dificuldade, mesmo que a complexidade esteja ligada à desordem ou a contradições lógicas. Uma contradição não significa de forma alguma um erro. Pelo contrário, é o ápice de entendimento da realidade. Daí a dificuldade em seu entendimento. Com isso, tem-se a distinção entre complexidade e completude. Completude é o resultado de uma visão universal que não ignora nada, que vê tudo o que está correlacionado. Ver o todo possibilita o caráter multidimensional da realidade, e define com imparcialidade uma visão especializada. Então, surge a relação entre completude e complexidade. Compilação, por sua vez, não corresponde a uma esfera concomitante a da complexidade e sim a um de seus constituintes.

O racional é o meio central de conhecimento do universo complexo, ao lado da autorreflexão. A razão busca uma visão coerente dos fenômenos, da realidade. Enquanto que a racionalização consiste na tentativa de encerramento da realidade em um sistema coerente e fixo. De certa forma antagônicas, a racionalidade e a racionalização não possuem uma fronteira específica e determinada. A racionalidade é uma constante entre as estruturas lógicas criadas por um espírito que está “intersubjetivando” com o mundo real.

Morin advoga que o pensamento não deve ficar restrito a uma fronteira específica. Faz-se necessário pensar por completo, não se limitando ao objeto em si.

O objeto deve ser pensado como o centro, mas sem as limitações a ele impostas. O autor propõe três conceitos que auxiliam a pensar a complexidade: o diálogo permite que esferas antagônicas como a ordem e a desordem sejam conciliadas em uma mesma unidade; o segundo princípio é a repercussão organizacional na qual os “[...] produtos e os efeitos são ao mesmo tempo causas e produtos daquilo que os produziu” (MORIN, 2001, p. 108); o terceiro princípio é o hologramático, segundo o qual um ponto pode condensar informações de dimensões maiores: “Não apenas a parte está no todo, mas o todo está na parte” (MORIN, 2001, p. 108). Forma-se, desse modo, uma relação entre o conhecimento adquirido pelo todo na parte e aquele adquirido pela parte no todo, uma relação dialógica.

O pensamento da complexidade, numa relação entre o conhecimento que está no todo e o que está na parte do todo, é uma relação antropossocial. A partir disso, compreende-se a importância de se ver a sociedade sob os aspectos exteriores e interiores ao mesmo tempo. A determinação da complexidade surge com a adoção de concepções reformuladas e reorganizadas de tal forma que o resultado final esteja ainda incerto: “Juntai a causa e o efeito, e o efeito voltará sobre a causa, por retroação, o produto será também produtor”. A conjunção complexa será determinante para a formação do princípio da complexidade, cabendo maior responsabilidade à cultura, profunda e histórica.

Para Morin, a ação de certa forma é também uma aposta. A ação busca a simplificação de uma solução ainda não alcançada. Portanto, é um ato de decisão que exige uma escolha quanto ao procedimento. Geralmente, a ação está impregnada de bifurcações. Tomado o caminho errado, não há como fugir das consequências do erro. Para a realização de uma ação é fundamental que haja a consciência da mutabilidade e das bifurcações que a constituem. Exige-se uma reflexão sobre a própria complexidade. Toda ação iniciada pelo indivíduo sofre um conjunto de interferências do meio determinando um sentido independente do desejo do indivíduo. É possível, dessa forma, que ocorra o contrário das intenções com que a ação foi empenhada: “A ação supõe a complexidade, quer dizer, imprevisto, acaso, iniciativa, decisão, consciência dos desvios e das transformações” (MORIN, 2001, p. 118).

Por essa perspectiva, trivial é a máquina que obedece a uma ordem quanto aos seus resultados, podendo ser previstos os resultados desde que se saiba o que foi colocado nela. De certa maneira, os seres humanos são máquinas triviais. Contudo, há um momento em que a máquina foge à normalidade, inviabilizando a previsão dos seus resultados. Por isso, é preciso se preparar para o inesperado. Não é com a complexidade que os problemas causados pelo inesperado podem ser diminuídos. A complexidade apenas ameniza as dificuldades do inesperado por nos tornar mais alertas com o que parece trivial. Isso não indica que a complexidade recuse a clareza, ela apenas a considera limitante. O pensamento complexo é uma forma de arquitetar soluções para os problemas, enquanto que o pensamento simples os resolve sem a necessidade de sanar os problemas causados no pensamento.

O autor ressalta que a complexidade também está na forma de ser e agir da empresa. Destacam-se, neste ponto, três etapas no pensamento complexo: primeira, a limitação que o pensamento simples coloca para resolver problemáticas do conjunto: “Um todo é mais do que a soma das partes que o constituem” (MORIN, 2001, p. 124). Segunda, há um limite para a conciliação de unidades diferentes que,

em determinado momento, saturam-se: “O todo é então menor que a soma das partes” (p. 124). Terceira, surge o conflito intelectual do entendimento da estrutura: “O todo é simultaneamente mais e menos que a soma das partes” (p. 124).

É possível compreender a complexidade na relação entre produtor e produto: “[...] quem produz as coisas ao mesmo tempo autoproduz-se; o próprio produtor é o seu próprio produto” (MORIN, 2001, p. 125). Na sequência desta relação surgem as três casualidades: a casualidade linear, quando a produção de um produto segue uma linha determinada com os efeitos para uma causa específica; a casualidade circular retroativa, que consiste na ação de regulação feita pelo produtor buscando mais ou o melhor produto de forma invariável em relação às condições externas; e a casualidade recursiva, em que há uma dependência intercalada entre os produtos e os produtores: “[...] o produto é produtor daquilo que o produz” (p. 126). Dito de outro modo: “A empresa, organismo vivo, se auto-organiza e faz a sua autoprodução. Ao mesmo tempo faz auto-eco-organização e auto-eco-produção” (p. 127). A auto-eco-organização está associada ao princípio hologramático, segundo o qual cada parte possui uma teia de informações que está contida no todo, do qual fazemos parte, e que está, também, no nosso espírito.

Há simultaneidade e antagonismo em qualquer relação no interior de uma empresa. O antagonismo possibilita a flexibilidade do trabalho e isso permitiu a manutenção das funções. A ordem limita as mudanças com o caráter genérico que denota, enquanto que a desordem necessita ser conciliada com a ordem para que as empresas se mantenham, e eis a problemática: fazer essa adaptação em um mesmo plano, de modo a serem complementares.

Para Morin, uma vez que são necessárias várias estruturas complexas para a manutenção das funções sob o viés da complexidade organizacional, deve haver uma medida para a complexidade, pois em excesso ela é desestruturante. Por isso, é necessário a solidariedade como base de aplicação da complexidade nas empresas.

A teoria da complexidade está numa relação reflexiva com diversas áreas do saber. Essa relação constitui a base da epistemologia da complexidade: “Creio que a própria necessidade do tipo de pensamento complexo que sugiro exige a reintegração do observador na sua observação. Eu próprio era totalmente sujeito e totalmente objeto em vossas mãos” (MORIN, 2001, p. 138). Todo esse emaranhado de ações em busca do pensamento complexo exige muito de quem se propõe a alcançá-lo, necessitando ser observado na trajetória e preparado para as críticas.

Naturalmente que todos querem mudanças, mas poucos são os que estão aptos a aceitá-las. O autor busca refutar as opiniões que atribuem à teoria da complexidade os rótulos de sistematismo, integrativismo ou outras. Não há como aceitar que a teoria da complexidade seja tida como um “relativismo absoluto”: “Creio que a aspiração à totalidade é uma aspiração à verdade e que o reconhecimento da impossibilidade da totalidade é uma verdade muito importante: isto porque a totalidade é simultaneamente a verdade e a não verdade” (MORIN, 2001, p. 140).

Esta abordagem produz certos mal-entendidos que se justificam pela ininterrupta necessidade de abrangência para um entendimento que condense esferas antagônicas, diversas e inclusive adversas. Tudo em busca da totalidade. O autor critica os céticos por fazerem uma leitura superficial, distorcendo o significado

que suas ideias propõem. Ideias que explanam a dimensão das mudanças feitas da forma mais sutil possível: “O que me interessa é respeitar as exigências da investigação e de verificação próprias do conhecimento científico e as exigências da reflexão proposta ao conhecimento filosófico” (MORIN, 2001, p. 144).

O autor reflete sobre a realidade produzida pela determinação do conhecimento da ciência em sua respectiva especialização. O conhecimento científico é o maior determinante das degradações que permeiam o nosso cotidiano, ao mesmo tempo que produz ideias para sanar as problemáticas iniciadas em seu âmago, seja apenas como propulsor de determinada mudança ou como próprio sujeito desta: “Eles gostariam de nos tirar da pré-história do espírito humano. A minha ideia de que estamos na pré-história do espírito humano é uma ideia muito otimista. Abre-nos o futuro se acaso a humanidade vier a ter futuro” (MORIN, 2001, p.147).

A complexidade deve ser encarada como um desafio, não como uma resposta. Sempre há uma complicação no simples e uma imperfeição na complexidade, “[...] uma vez que comporta a incerteza e o reconhecimento do irreduzível” (MORIN, 2001, p. 148). A complexidade aceita plenamente a redução, desde que não seja uma busca da verdade na redução do múltiplo. A complexidade é o centro da relação entre o simples e o complexo, com as suas características; não é a junção do complexo e do não complexo. O espaço determina a separação entre as partes do universo, mesmo que tudo seja uma constante, ou seja, que não haja uma distinção naquilo que distinguimos: “Para mim, a ideia fundamental da complexidade não é que a essência do mundo é complexa e não simples. É que esta essência é inconcebível” (MORIN, 2001, p. 151). A complexidade não pode ser entendida como um universalismo incontestável, mas como um certo relativismo, pois também está dotada de simplicidade, porquanto é uma parte do complexo que está relacionada ao todo. A complexidade, dessa forma, tem seu princípio no mundo e não isoladamente na sua constituição interna.

A ciência se funda sobre a própria mutabilidade. Portanto, o científico está numa complementaridade na construção e, “[...] finalmente, a complexidade científica é a presença do não científico no científico que não anula o científico, mas pelo contrário lhe permite exprimir-se” (MORIN, 2001, p. 153). A partir destas noções, conclui-se que a ciência jamais encontra o que procura. Ela descobre a chave de uma nova problemática. Em uma ciência ou empresa qualquer, é a organização dos níveis que determina a capacidade de redução. Contudo, não há como reduzir a essência da complexidade.

A verdade nunca é o resultado de uma causalidade direta, porque há a necessidade de organização para que o previsível tenha um resultado a partir do reconhecimento aleatório feito pela auto-organização. A ordem, a desordem e a organização não possuem uma ligação direta e, portanto, nenhuma das duas é majoritária em relação à outra. A necessidade básica para a existência da informação é o processo de comunicação entre os seres vivos, ou seja, a vida: “Aqui aparece uma ideia em que acredito muito: o conhecimento supõe não apenas uma separação certa e uma certa separação com o mundo exterior, mas supõe também uma separação consigo mesmo” (MORIN, 2001, p. 160). O mistério está mais presente em nós mesmos do que no mundo exterior, revelando a necessidade da separação entre o cognoscente e o cognoscível: “Conhecer é produzir uma tradução das realidades do

mundo exterior” (p. 161). Portanto, indiretamente somos coprodutores dos objetos que são conhecidos. O paradigma está associado ao conhecimento, uma vez que é interpretado como uma relação lógica entre noções distintas, enfatizando as adversas. A noção de ideologia, por sua vez, não recebe de Morin maior importância, pois para o autor ela reduz doutrinas e filosofias a um simples sistema de ideias.

A ciência é a atuação direta das reflexões da inteligência humana em busca de verdades inatingíveis pela simples reflexão. Para Morin, faz-se necessária uma relação dialógica, por mais difícil que seja, entre a filosofia e a ciência. Há uma complexa relação existente entre a ciência e a sociedade, pois a ciência surgiu das limitações da sociedade, e isso dificulta uma distinção entre as interretroações que vigoram. A relação só pode ser compreendida por uma sociologia complexa que permite perceber as determinações e outras relações entre ambas. Não há uma ciência separada e/ou fora da sociedade e nem uma sociedade que caminhe sem um mínimo de ciência.

A razão, por ser um conceito evolutivo, traz em seu bojo a racionalização que tende a sufocá-la. A razão pode ser definida a partir do diálogo que traça com o seu mundo circundante, enquanto a racionalização dialoga com o irracionalizável. Como entender a razão em um mundo que busca a globalização, a unicidade e o compartilhamento de culturas e etnias, e ao mesmo tempo vive uma barbárie entre os povos?: “A complexidade não é a receita que trago, mas o apelo à civilização das ideias” (MORIN, 2001, p. 173).

O importante hoje não é fazer possíveis projeções, mas reconhecer que se vive numa época repleta de mudanças, que vão configurando novos tempos de vida e compreensão. Por tais formulações é de máxima relevância a aproximação dos pesquisadores a Morin e seu raciocínio em torno do pensamento complexo, dado que essa perspectiva permite concluir que o avanço das ciências e a profundidade de seus preceitos não constituem empecilhos para o desenvolvimento civilizatório, senão que caminham em conjunto com seus princípios e fundamentos na medida em que permitem uma maior compreensão do todo e, assim, propiciam o compartilhamento de infinitos rumos para o saber e o convívio humanos.

Referência

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4ta. Edição. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

Tra limite e fondamento. I migranti e l'Europa delle logiche incompatibili (*)

Entre limite e fundamento. Os Migrantes e a Europa das lógicas incompatíveis

Entre el límite y los fundamentos. Los migrantes y la Europa de las lógicas incompatibles

Michele Saporiti¹

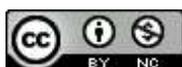
Resenha da obra:

Margareth Vetis Zaganelli²

SAPORITI, Michele: *Tra limite e fondamento. I migranti e l'Europa delle logiche incompatibili*. – 1ªed. – Torino: G. Giappichelli, 2020; pp. XVI+75.

ISBN/EAN 978-88-921-8498-5

(*) Recibido: 06/12/2020 | Aceptado: 12/12/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ michele.saporiti@unimib.it

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università de Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Colaboradora no Projeto Jean Monnet Module “Emerging ‘moral’ technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities” do Erasmus Plus European Commission - cofinanciado pela União Europeia (School of Law) mvetis@terra.com.br

ÍNDICE

	Págs.
Introdução	XI
Agradecimentos	XV
CAPÍTULO 1	
OS MIGRANTES E AS LÓGICAS INCOMPATÍVEIS	
1. Humanidade nas fronteiras	1
2. A lógica dos “ <i>limes</i> ”	6
3. A lógica dos direitos fundamentais	12
CAPÍTULO 2	
O ÁLIBI DA SOBERANIA	
1. Reivindicações soberanas	19
2. Os direitos humanos como limite da soberania	24
3. Os direitos humanos como fundamento da soberania	28
4. Os migrantes, o tempo e o espaço	35
CAPÍTULO 3	
ALÉM DA CIDADANIA	
1. Uma reflexão jamais interrompida	39
2. Os sentidos da cidadania	43
3. Solidariedade: crime, liberdade ou obrigação?	47
4. Uma forma de cidadania "não expressa"	55
UMA EUROPA EFÊMERA?	63
Bibliografia	71

Em “Tra limite e fondamento. I migranti e l’Europa delle logiche incompatibili”, Michele Saporiti propõe uma interessante reflexão filosófico-jurídica e filosófico-política sobre o conceito de Europa, sobre o seu sentido, as suas razões e o seu propósito, por meio da dramática história dos migrantes. Em verdade, o autor pergunta: “por que os migrantes têm efeito sobre o significado, o propósito e as razões do conceito de Europa? Por que a Europa foi abalada em seus alicerces com a sua chegada?” (p. XI). Na tentativa de responder a essas perguntas, a obra de

Saporiti divide-se em três partes. Na primeira, aborda-se a problemática dos migrantes, destacando-se a existência de duas lógicas conflitantes: aquela dos



“limes”, isto é, da fronteira nacional que requer proteção, e a lógica dos direitos humanos, que extrapola os limites políticos e físicos ao focar na dignidade de cada indivíduo. E é precisamente nos direitos humanos que o autor identifica “a linguagem comum” europeia, capaz de modificar profundamente os conceitos tradicionais e problematicamente atuais. Em particular, Saporiti dedica a segunda parte do livro à análise do conceito de soberania, propondo uma leitura da soberania que não é limitada, mas que é fundada sobre os direitos humanos. Na terceira parte, no entanto, a atenção do autor desloca-se para o conceito de cidadania, e, em particular, sobre uma forma “não expressa” de cidadania europeia de primeiro nível, aberta a quem “por necessidade ou escolha” encontrar-se “em solo europeu” (p. XII).

Saporiti escreve, ao final do volume: “A esperança não é que o tímido bom senso prevaleça, mas que a Europa recupere a coragem de ousar, ou seja, de ir contra a corrente em respeito a um mundo em que os indivíduos e seus direitos humanos não podem ser deixados à própria sorte (p. 70). Vale a pena estender esse desejo a um grande alcance. Este livro por certo fornece os argumentos para que a coragem encontre a força necessária para traduzir-se em ação.

Michele Saporiti é Doutor em Filosofia do Direito pela Università di Milano-Bicocca (UNIMIB, Itália) e obteve o diploma de Pós-doutorado em Paris na École Pratique des Hautes Études (EPHE-PSL, França). Atualmente é Pesquisador de Filosofia do Direito no Departamento de Direito (School of Law) da Università di Milano-Bicocca (UNIMIB, Itália), onde ensina Filosofia dos Direitos Humanos no âmbito do projeto de excelência “Law and Pluralism”. É membro associado do Groupe Sociétés, Religions, Laïcités (GSRL, CNRS-EPHE-PSL, França) e membro correspondente do Observatório da Migração do Centro Interdipartimentale di Ricerca sulla Discriminazione e Vulnerabilità (CRID) da Università di Modena e Reggio Emilia (UNIMORE, Itália).

Vitória, novembro de 2020.

Margareth Vetis Zaganelli

Editada en la ciudad de Lima, Perú
Publicada en línea el 1ro. enero de 2021