

DIÁLOGOS DO DIREITO HODIERNO II

**Francisco de Assis Barbosa Junior
Fábio Severiano Nascimento
(Organizadores)**





Universidade Estadual da Paraíba

Prof^a. Célia Regina Diniz | *Reitora*

Prof^a. Ivonildes da Silva Fonseca | *Vice-Reitora*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Cidoval Morais de Sousa (UEPB) | *Diretor*

Conselho Editorial

Alessandra Ximenes da Silva (UEPB)

Alberto Soares de Melo (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB)

José Etham de Lucena Barbosa (UEPB)

José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

José Tavares de Sousa (UEPB)

Melânia Nóbrega Pereira de Farias (UEPB)

Patrícia Cristina de Aragão (UEPB)

Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB)

Carlos Henrique Salvino Gadêlha Meneses (UEPB)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP)

Diego Duquelsky (UBA)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB)

Germano Ramalho (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB)

Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Vincenzo Millitello (UNIPA/IT)

Expediente EDUEPB

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Revisão Linguística

Antonio de Brito Freire

Elizete Amaral de Medeiros

Divulgação

Danielle Correia Gomes

Gilberto S. Gomes

Comunicação

Efigênio Moura

Assessoria Técnica

Walter Vasconcelos



Editora indexada no SciELO desde 2012



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JUNIOR
FÁBIO SEVERIANO NASCIMENTO
(ORGANIZADORES)

DIÁLOGOS DO DIREITO HODIERNO II



Campina Grande - PB
2021



Estado da Paraíba

João Azevêdo Lins Filho | *Governador*
Ana Lúcia Costa Feliciano | *Vice-governadora*
Nonato Bandeira | *Secretário da Comunicação Institucional*
Claudio Benedito Silva Furtado | *Secretário da Educação e da Ciência e Tecnologia*
Damião Ramos Cavalcanti | *Secretário da Cultura*

EPC - Empresa Paraibana de Comunicação

Naná Garcez | *Diretora Presidente*
William Costa | *Diretor de Mídia Impressa*
Rui Leitão | *Diretora de Rádio e TV*
Alexandre Macedo | *Gerente da Editora A União*



BR 101 - KM 03 - Distrito Industrial - João Pessoa-PB - CEP: 58.082-010

Depósito legal na Câmara Brasileira do Livro, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.
FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA HELIANE MARIA IDALINO SILVA - CRB-15ª/368

D536 Diálogos do Direito Hodierno II: /Francisco de Assis Barbosa Junior, Fábio Severiano Nascimento
(Organizadores). –Campina Grande: EDUEPB, 2021.
418 p.: il. color.

ISBN 978-65-86221-46-6 (E-book)

1. Direito do Trabalho. 2. Direito e Tecnologia. 3. Feminicídio. 4. Direitos Humanos. 5. Jornada de Trabalho-Lei 13.874/2019,91. 5.Hacktivismismo e o Ciberterrorismo:. I. Barbosa Junior, Francisco de Assis (Org.). II. Nascimento, Fabio Severiano(Org.).

21. ed.CDD 344.01

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

SUMÁRIO

PREFÁCIO, 7

CAPÍTULO 1

LOS ALGORITMOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO: APORTE Y DESAFIOS DE LOS MISMOS RESPECTO DE LAS FACULTADES Y TAREAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR, 11

Rodrigo Méndez Filleul

Córdoba, Argentina

CAPÍTULO 2

DANO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR, 29

Welenadja de Sá Nogueira

Francisco de Assis Barbosa Junior

CAPÍTULO 3

AS RELAÇÕES TRABALHISTAS E OS SEUS NOVOS ARRANJOS: O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE, 66

Arthur da Gama França

Dhávila Beatriz Vitorino

Luana Sabrina Xavier Tomaz

CAPÍTULO 4

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA NEGOCIAÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO COM ÊNFASE NA MODALIDADE DE REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO, PREVISTA NA LEI 13.874/2019, 91

Aline Oliveira de Andrade

Vânia Vilma Nunes Teixeira

Vanusa Vaniere Nunes Teixeira

CAPÍTULO 5
NO LIMIAR ÉTICO ENTRE O HACKTIVISMO E O
CIBERTERRORISMO: UMA BREVE DIGRESSÃO JUS-
FILOSÓFICA, 120

Bianka de Melo Portela Pinto Lopes

João Ademar de Andrade Lima

CAPÍTULO 6
A CRISE DE PARADIGMA ÉTICO-MORAL NA PÓS-
MODERNIDADE E O PODER COERCITIVO E DE
GENERALIDADE DO DIREITO, 163

Antônio José de Siqueira Neto Brandão

Marcelo Alves Pereira Eufrásio

CAPÍTULO 7
DIREITO E TECNOLOGIA. EXISTE INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL?, 188

João Sexto Neto Vilar de Oliveira

CAPÍTULO 8
A ILEGALIDADE DA NEGATIVA DO PROCEDIMENTO DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL PELOS PLANOS DE SAÚDE E A
ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE ADESÃO, 194

Elioenai Bezerra Sampaio

Floriano de Paula Mendes Brito Júnior

CAPÍTULO 9
O FEMINICÍDIO COMO OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA: INCIDÊNCIA DE CASOS NA COMARCA DE
CAMPINA GRANDE, 242

Gabriela Costa Miranda

Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti

CAPÍTULO 10

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO TERCEIRO SETOR, 263

*Danielle Patrícia Guimarães Mendes**

*Luzia Manuela de Araújo***

CAPÍTULO 11

ANÁLISE HERMENÊUTICA JUSLITERÁRIA SOBRE O CONTROLE ESTATAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA OBRA ADMIRÁVEL MUNDO NOVO DE ALDOUS HUXLEY, 303

Fernanda de Melo Costa

Ediliane Lopes Leite de Figueiredo

CAPÍTULO 12

DO DISCURSO À JUSTIÇA SUMÁRIA: RECIPROCIDADES ENTRE VIOLÊNCIA E O MITO DE UM DISCURSO JUSTICEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DE DEATH NOTE, 330

Kevin Silva Urquiza Feitosa

Alana Ramos Araujo

CAPÍTULO 13

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR PELO ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS, 351

Fábio Severiano NASCIMENTO

Nívea Ester de Almeida SOUSA

Yasmim Alves SILVA

Wellington ANDRADE

PREFÁCIO

QUANDO PENSAMOS EM PUBLICAR O LIVRO DIÁLOGOS DO DIREITO Hodierno tivemos em mente o I Congresso Internacional Europeu Brasileiro de Direito do Trabalho de Campina Grande, sendo aquele uma forma de homenagear o evento e, em algum grau, ajudar a manter o formato das discussões nele ocorridas, as quais tiveram a multiplicidade de olhares científicos como cerne.

Seguindo a lógica do evento homenageado, o livro igualmente buscou a pluralidade de ângulos de visão para melhor analisar o mundo hodierno, com os artigos abordando diversos campos do Direito, e mesmo indo além, fazendo uma leitura transversal dele e da Literatura.

Objetivando atingir o maior público possível, escolheu-se para a obra o formato de e-book, assim como pela inexistência de cobrança para a permissão de acesso ao seu conteúdo, opções essas que se mostraram acertadas, como comprova a grande quantidade de *downloads* do livro.

Esse sucesso e a natural manutenção da realidade que o norteou, a qual continua demandando múltiplos olhares para seu melhor conhecimento, nos incentivaram a formatar uma segunda obra, a qual ora ganha corpo. Neste trabalho também replicamos o formato da obra pioneira, materializando-o como um e-book com gratuidade de acesso, assim como escolhendo artigos científicos

que abordaram os mais variados campos do conhecimento jurídico.

Os quatro primeiros capítulos do livro abordam o Direito do Trabalho.

No primeiro deles, da lavra de Rodrigo Méndez Filleul, há uma análise dos impactos da utilização de algoritmos no contrato de emprego, notadamente na vigilância e controle do trabalhador pelo seu empregador, o que faz potencializar as chances de violação dos direitos dos trabalhadores.

No segundo, os autores Welenadja de Sá Nogueira e Francisco de Assis Barbosa Junior analisam o instituto do Dano Existencial, de origem italiana, porém adotado expressamente pela lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista.

No terceiro capítulo, de autoria de Arthur da Gama França, Dhávila Beatriz Vitorino e Luana Sabrina Xavier Tomaz, há uma abordagem das novas relações de trabalho e uma das figuras a elas inerentes, a do empregado hipersuficiente, o qual possui autonomia negocial com o empregador sem a necessidade de intermediação do sindicato da categoria, havendo reflexão sobre a inadequação do instituto diante dos poucos requisitos legais para sua caracterização.

No quarto capítulo é analisada por Aline Oliveira de Andrade, Vânia Vilma Nunes Teixeira e Vanusa Vaniere Nunes Teixeira a (in) constitucionalidade da negociação da duração da jornada de trabalho com ênfase na modalidade de registro de ponto por exceção, prevista na Lei 13.874/2019.

O quinto capítulo é dedicado ao novo mundo cibernético, havendo nele uma digressão jus-filosófica feita por Bianka de Melo Portela Pinto Lopes e João Ademar de Andrade Lima sobre os denominados grupos ativistas que cultivam a ética *hacker*, a qual acaba também servindo para as ações de novos grupos ciberterroristas.

Questões éticas também povoam o artigo seguinte, nomeado “A Crise de Paradigma Ético-Moral na Pós-Modernidade e o Poder Coercitivo e de Generalidade do Direito”, de autoria de Antônio José de Siqueira Neto Brandão e Marcelo Alves Pereira Eufrásio, onde se pesquisa aquela crise de forma filosófica e crítica a fim demonstrar como o Direito reage à questão das vicissitudes advindas do

contexto hodierno.

O sétimo capítulo traz um ensaio de João Sexto Neto Vilar de Oliveira onde a evolução do processo eletrônico e da inteligência artificial estão no centro das análises.

Elioenai Bezerra Sampaio e Floriano de Paula Mendes Brito Júnior abordam os planos de saúde e o tratamento da infertilidade no oitavo capítulo, estudando o papel das operadoras de planos de saúde no particular.

Já o Direito Penal encontra-se no centro do capítulo seguinte. Nele Gabriela Costa Miranda e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti analisam o feminicídio como uma ofensa à Dignidade da Pessoa Humana. A pesquisa tem por base casos ocorridos na comarca de Campina Grande, Estado da Paraíba.

O décimo capítulo é da lavra de Danielle Patrícia Guimarães Mendes e Luzia Manuela de Araújo e aborda o Planejamento Tributário no Terceiro Setor estudando os benefícios que esta ferramenta traz para as entidades por ele abarcadas.

No décimo primeiro capítulo Fernanda de Melo Costa e Ediliane Lopes Leite de Figueiredo analisaram o controle estatal das liberdades individuais em cotejo com o princípio da Dignidade Humana tendo por base o livro “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley.

O corte transversal Direito/Literatura continua no décimo segundo capítulo, no qual Kevin Silva Urquiza Feitosa e Alana Ramos Araujo debatem os significados de violência e justiça a partir da obra japonesa *Death Note*.

O Direito Imobiliário reside no décimo terceiro e último capítulo do livro. No estudo nele consignado, Fábio Severiano Nascimento, Nívea Ester de Almeida Sousa, Wellington Andrade e Yasmin Alves Silva pesquisaram sobre a responsabilidade civil do incorporador pelo atraso na entrega de imóveis.

Como se pode constatar pelas palavras acima, e da forma exposta no início deste prefácio, pluralidade talvez seja a palavra que melhor traduza esta obra. E, até por isso, a mesma em nenhum momento busca ser definitiva quanto aos pontos por ela abordados, antes procurando, através dos pontos de vista de seus autores,

incentivar o debate sobre as multifacetadas do mundo hodierno para
melhor tentar compreendê-lo e, com isso, melhor nele conviver.

Campina Grande/PB, 02 de abril de 2020.

Fábio Severiano do Nascimento

Advogado

Professor de graduação (UNIFACISA e UEPB)

*Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de
Janeiro.*

Francisco de Assis Barbosa Junior.

Juiz do Trabalho.

Professor de graduação e pós-graduação (UNIFACISA)

Doutor em Direito pela Universidade do Minho-PT

CAPÍTULO 1

LOS ALGORITMOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO: APORTE Y DESAFIOS DE LOS MISMOS RESPECTO DE LAS FACULTADES Y TAREAS DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL EMPLEADOR

*Rodrigo Méndez Filleul
Córdoba, Argentina¹*

INTRODUCCIÓN

Los cambios tecnológicos han irrumpido fuertemente en la sociedad en su conjunto. Su presencia es el presente y futuro, y su influencia se viene profundizando día tras día, con consecuencias, -mas precisamente en el mundo del trabajo-, que aun no podemos

¹ El autor es **Abogado** Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba Argentina), **Magister** en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social Europeo – Universidad Castilla La Mancha (Albacete España), **Especialista** en Derecho del Trabajo, Universidad Católica Argentina (Buenos Aires). Profesor Titular Cátedra B Derecho Procesal del Trabajo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Fue docente de grado y postgrado en la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo 21. Becario de la Organización Internacional del Trabajo, Asociación Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y del gobierno de Francia. Ha realizado estudios en el país como en diversos países del extranjero. Distinguido con premios y distinciones nacionales e internacionales. Ejerce la profesión de abogado.

advertir desde la certeza. Aun ello y dentro de este panorama de incertezas, lo que sí sabemos, es que las innovaciones tecnológicas crearán nuevos empleos, destruirán otros y modificarán muy posiblemente, la mayoría de los existentes².

De todas maneras y dentro de aquel grado de incertezas, lo que podemos certificar, es que “la tecnología está reconfigurando las relaciones laborales. Aquel mundo laboral predecible, en el que cada pregunta tenía su respuesta correcta ya fue. Se esfumó. Tal como apunta Albert Cañigüeral³.

Esta reconfiguración, impacta de lleno y de manera decisiva en el contrato de trabajo clásico, a partir del rediseño de una serie de aspectos duros del mismo.

Vemos como de la mano de la tecnología y más precisamente gracias al aporte de los algoritmos y la inteligencia artificial, determinadas tareas, decisiones, funciones, etc, - otrora en manos exclusivamente de los sujetos del contrato de trabajo-, comienzan a automatizarse. Y con ello, permiten obtener soluciones cuanto menos novedosas, con proyecciones de desafío que inspiran interrogantes de cara a la necesaria protección de la persona que trabaja, en su doble faceta, ser humano y trabajador.

Los algoritmos, en cuanto conjunto de instrucciones que realizadas en orden, conducen a obtener la solución de un problema concreto y su replicación en el tiempo, -aplicados esta vez a determinadas facetas y/o tareas propias del contrato de trabajo y de sus sujetos intervinientes-, nos están permitiendo avisorar una serie de posibilidades en cuanto a su uso. Estos aportes, lo podemos y seguramente los podremos verificar en un futuro no tan lejano, en diversas manifestaciones, tales como señala Todolí Signes⁴, en la contratación y despido de trabajadores y la cre-

2 Luis Doncel (2017), “Proletariado del siglo XXI: los precarios de la nueva economías digital”. www.lanacion.com.ar. 14/06/2017.

3 Albert Cañigüeral (2019), “Cinco preguntas clave (y dos pistas) para entender el futuro del trabajo. Retina. Disponible en http://retina.elpais.com/retina/2019/01/02/innovacion/1546431479_929457.html.

4 Todolí Signes Adrián (2019): “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”. Revista de Derecho Social n°

ación de perfiles automatizados de trabajadores, a los cuales podemos agregar, en el control de trabajadores, en la medición del rendimiento del trabajador dentro de la empresa, en el grado de satisfacción de los consumidores con quienes el trabajador entra en contacto, en el proceso de selección del mismo previo al ingreso a la empresa, etc. Como se podrá advertir, son innumerables los puntos de contactos que nos permiten destacar la influencia de los algoritmos en el contrato de trabajo y los beneficios de estos en cuanto a la automatización de determinadas facetas, procesos o aspectos de la relación de empleo.

Ahora bien, los retos y desafíos que de ello se derivan, son grandes. Y deberá ser la norma positiva la que nos dé una respuesta, a sabiendas de que la misma tan sólo podrá darnos una suerte de guía, ya que a la luz de las transformaciones que apuntáramos supra, lo mas seguro que aquella surfee en el mismo grado de incertezas que lo hacen tanto los propios sujetos del derecho del trabajo como los operadores jurídicos.

De esta manera, lo que se propone, partiendo de la definición de algoritmo, es verificar los aportes de estos en el ámbito de las relaciones laborales y sus efectos jurídicos, analizando determinados supuestos donde ya se están utilizando a fin de realizar algunas tareas, - de otrora exclusiva ejecución del empleador -, y de cómo ello, está impactando en la conformación de la relación de trabajo, desde su constitución hasta su extinción.

Ciertamente, la utilización de los algoritmos en la relación de trabajo, pondrá una vez mas en interrogante, la vigencia de clásicos conceptos propios de aquella, cuanto menos desde lo conceptual; revitalizando y resignificando una vez más, el debate de la influencia de la tecnología en el mundo del trabajo presente y futuro.

El concepto de algoritmo

La irrupción de las nuevas tecnologías en la vida de las personas, implicó un gran cambio de paradigma a nivel global, y el derecho no ha quedado exento de esto. Las relaciones jurídicas mutaron por diferentes motivos y uno de ellos, lo fue por la aparición de nuevos sujetos. La interrelación ya no se limita únicamente a personas

humanas o jurídicas, sino que comienzan a aparecer nuevos jugadores que exceden al menos hasta hoy, la conceptualización binaria antes referida. Uno de los nuevos jugadores, y el que mas fascinación acapara, tal vez por una memoria filmica, son los robots. Existen un sinnúmero de ocupaciones donde están interviniendo fuertemente, no sólo complementando trabajo humano, sino lo que es peor, reemplazándolo. Y este fenómeno, no es de ahora sino desde hace ya un buen tiempo. No obstante ello, la actividad intelectual de invención, está dando lugar a otros jugadores, que no por menos conocido en el argot popular, su influencia en el marco de las relaciones de empleo constituye un tema de no menor importancia. De allí que mi propuesta en este estudio, será la de centrarnos en los algoritmos.

El Algoritmo es un término que cada vez mas lo estamos leyendo o escuchando con asiduidad, hasta el extremo de haberse convertido en una de las palabras tecnológicas de moda: los algoritmos hacen esto y aquello, conocen nuestras pasiones más íntimas, van a copar nuestros trabajos, se disponen a destruir la sociedad y el mundo⁵. Hoy cualquiera habla de ellos, aunque pocos saben con propiedad de qué están hablando cuando lo utilizan, y así ya no es resorte exclusivo de estudiantes de ingenierías, especialistas en disciplinas técnicas, programadores o desarrolladores. En el lenguaje popular se relacionan con genios malvados, demiurgos traviesos o el espinazo de mega corporaciones sin escrúpulos⁶. De allí que podamos sostener que si bien muchos lo usan con asiduidad (algunos diría que por inercia, otros por moda), pocos son los que efectivamente saben su significado.

Sin embargo, los algoritmos están estrechamente integrados en nuestra vida diaria. Los algoritmos determinan las noticias que vemos en facebook y los resultados de búsqueda que revisamos en Google. Y cada vez que usamos una aplicación de transporte, los algoritmos administran lo que hacemos como pasajeros, al controlar

5 Sergio C. Fanjul. Matemáticas. En realidad ¿ que (...) es exactamente un algoritmo?. Retina. Diario El Pais. https://retina.elpais.com/retina/2018/03/22/tendencias/1521745909_941081.html.

6 Sergio C. Fanjul. Ob. cit.

y manipular la información que tenemos sobre el precio y la ubicación de los automóviles disponibles. Ya sea que nos demos cuenta o no, los algoritmos nos están administrando a todos⁷.

Las noticias que leemos y/o escuchamos en la prensa gráfica, audiovisual u online, dan cuenta del uso de los algoritmos en la vida empresaria, y lo plantean como un hecho novísimo u innovador. Sin embargo ello no es tan así. La vida empresaria da cuenta de la utilización de los mismos desde hace un buen tiempo atrás, sólo que merced a la exposición pública que el tema viene teniendo, el mismo ha cobrado actualidad hasta el punto de convertirlo en uno de los tópicos de mayor análisis y estudio por diversas materias.

Por ello, entiendo necesario partir de la tarea de clarificar que habrá de entenderse por Algoritmo?

Según la Real Academia Española, la palabra algoritmo encuentra su origen del latín tardío *algorismus*, y puede definirse como un “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”⁸. Es dable de afirmar entonces, que no es más que una secuencia de instrucciones – lógicas, ordenadas y finitas – que permitirán la concreción de un resultado deseado.

Desde un punto técnico, podemos afirmar siguiendo a Sergio C Fajul, que ***“es un conjunto de reglas que aplicada sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema en número finito de pasos elementales”***. Dicho de una manera mas simple, ***no es otra cosa que reunir datos e información (cuanto mas sea la base de colecta mejor), para procesarla de manera automatizada, y así tomar decisiones.***

Para entender el funcionamiento, debemos dividir al algoritmo en tres etapas comunes que se presentan constantemente: **1)** el **Imput** que implica el ingreso de los datos, o del problema que quiere solucionarse; **2)** el **Procesamiento** en el cual se sigue una serie de instrucciones lógicas y ordenadas necesarias para procesar los datos con los que hemos alimentado al algoritmo, reduciéndose a

7 Alex Rosenblat. Cuando tu jefe es una algoritmo. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2018/10/12/opinion/sunday/uber-driver-life.html>

8 Puede consultarse en: <https://dle.rae.es/?id=1nmLTsh>

operaciones sencillas que nos llevarán a lograr un resultado determinado; **3)** el **Output** que es el resultado de la operación, o sea la transformación de los datos ingresados y procesados.

Desde tiempos inmemoriales, nuestra vida cotidiana ha estado rodeada de algoritmos – en su versión doméstica-, como por ejemplo, las recetas de cocina, los manuales de instrucciones, etc., pero no tomamos conciencia de ello, hasta la irrupción de la tecnología y las computadoras, donde ya desde una manera profesionalizada, estos procesos comenzaron a tomar un renovado vuelo.

Los algoritmos, pueden ser clasificados en: **computacionales** – que necesitan valerse de un *software* de ordenadores para poder llevar a cabo la tarea automáticamente – y **convencionales** – que por el contrario, realizamos cotidianamente sin la necesidad de valernos de una computadora. Asimismo, según el tipo de datos que se ingresen al algoritmo se pueden dividir en: **cuantitativos** – cuando los datos ingresados sean numéricos – o **cualitativos** – cuyos elementos son verbales.

Así también, según cual sea su función o motivo de creación, podemos discriminarlos en: **de marcaje** – utilizado para fijar precios dinámicamente conforme al comportamiento de los consumidores-; **probabilísticos** – cuyo resultado no es más que un grado de probabilidad, que se obtiene a través de series de operaciones matemáticas realizadas sobre la base de datos del algoritmo-; **dinámicos** – determinan la forma en la que el algoritmo computa el resultado, funcionando a través de múltiples sub-divisiones del problema ingresado, y a través de estas sub-soluciones se logra el *output*, resultando de mayor facilidad para el momento de identificar errores-; **heurístico** – solamente aproximan soluciones posibles, lo que no implica precisión en sus resultados, sino que se destacan por la celeridad y alternativas ofrecidas-; **de vuelta atrás** – son aquellos algoritmos que han sido revocados para observar su funcionamiento e impacto -; **voraz** – utilizados en problemas de optimización para adoptar la mejor solución global, pero esta no podrá ser corregida a *posteriori*-9.

9 Según consta en: <https://www.lifeder.com/tipos-algoritmos/>

El uso de los algoritmos en la relación de trabajo

Más arriba sosteníamos que la tecnología ha irrumpido fuertemente en la vida de las personas y lo ha hecho en espacios, ámbitos, temas, procesos, hasta hace poco tiempo impensados. Y esto realmente es así. Aunque lo que no es tan nuevo, pareciera ser la emergencia de aquella en el ámbito de las relaciones de empleo. Cada vez son mas los empleadores que comienzan a ver las ventajas que supone incorporar los beneficios de la tecnología dentro de la empresa. Y mas precisamente, el uso de la inteligencia artificial, el learning maching, el big data y los algoritmos, a fin de munirse de herramientas que posibiliten la cotidiana tarea de la empresa.

Vivimos en una sociedad cada vez mas digital, de allí que la empresa no haya podido escapar a esa realidad. Y ya no se trata de cuantas máquinas nuevas introduce el empresario en su fábrica o establecimiento, -en el marco de un proceso de transformación tecnológico-, sino de cuántas nuevas herramientas de gestión, -otrora manual-, hoy digital, introduce a fin de gestionar procesos que van desde la selección, administración y hasta la extinción de la relación de trabajo. He aquí lo novedoso de esta realidad. Y mas novedoso aun, es que esta información con la cual trabaja el empresario, surge no sólo de sus propios trabajadores sino también de terceros ajenos a la relación de empleo.

En síntesis, el empresario trabaja con datos, los mismos están en la diaria de su tarea, sin ellos, el no podría llevar adelante su gestión, pero dada la voluminosidad de los mismos, ha de valerse de métodos que le permita analizarlos, procesarlos y administrarlos. Y este método no es otro que la automatización de los mismos.

Repito, el empresario de cara a las decisiones a adoptar en la diaria de su gestión empresarial, cuenta hoy con beneficios superlativos merced a la automatización de la información que maneja. De allí que desde el mismo momento que aquel evidenció los beneficios de seleccionar y procesar información de una manera automatizada, los algoritmos surgieron como herramienta de trabajo, toda vez que estos le permitieron lo que Diego Golombek señala como las tres "V": volumen, velocidad y variedad. De allí, la actualidad de esta temática, aun cuando no son tan nuevos en cuanto a su

existencia y uso como señaláramos supra.

La señalada gestión algorítmica, habitualmente asociada a las plataformas digitales (aun cuando cada vez estamos viendo que dicha gestión exceden las mismas), está llegando al mundo del trabajo tradicional, como lo indica Jeremias Prassl. De allí que no nos sorprenda cuando en un tiempo no tan lejano, ***podamos concluir que el empleador sea un algoritmo.***

El procesamiento de datos de la actividad de la empresa, de los trabajadores y de los clientes, -a través de los algoritmos-, permite sacar conclusiones estadísticas a la par que tomar decisiones, con innumerables beneficios y proyecciones. La diferencia entre hacer estas tareas usando la tecnología y no la fuerza de la acción humana, radica en la posibilidad de escalar y de automatizar las mismas, de una manera rápida, a gran volumen y con impactante variedad en el universo con el cual se trabaja. Y lo que es más importante, a bajo costo.

Claro que merced a la amplitud (cantidad y variedad) de la información con la que se trabaja, el error no forzado ha sido el consiguiente mayor control y vigilancia de los destinatarios de los datos que se recolectan y procesan. Sobran los ejemplos de procesos de monitorización en algunos entornos laborales, llevados a extremos impredecibles.

De allí que no pueden sorprendernos las críticas que comienzan a surgir respecto del uso de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales. La monitorización digital de todo y cuanto realice el trabajador, dentro y fuera de la empresa, su auto evaluación o evaluación por parte de terceros, hasta la extinción del vínculo de trabajo, como consecuencia de bajas calificaciones puestas por terceras personas ajenas al contrato de trabajo, son tan sólo expresiones de esta suerte de nuevo mundo laboral digitalizado. De manera que, -tal como lo señala Alex Rosenblat-, el lugar de trabajo pueda sentirse como un mundo de vigilancia constante y manipulación automatizada.

Lo cierto es, que a través de la gestión algorítmica de los trabajadores, el empresario, -y aun como efecto no deseado-, logra exacerbar el control de importantes áreas o aspectos de la vida de

aquellos, en el marco de las relaciones laborales. Una vez mas vaya la idea de que el uso de los algoritmos en la gestión, sucedió desde el mismo momento en que **los empleadores se percataran de los beneficios de poder tener gran cantidad y variedad de información, actualizada y en tiempo real de sus trabajadores y en especial a bajo costo, permitiéndole deriibar límites de control y vigilancia antes impensados.**

Aportes de los algoritmos a las facultades y tareas del empleador

La necesidad de recabar información no es nueva ni original, pero no por ello, indiferente de cara a las decisiones que el empresario adopta. La recolección de información se hace a diario y desde diversos mecanismos o procedimientos, algunos mas simples y otros un tanto mas complejos, pero en definitiva la tarea y finalidad es la misma. Desde antaño el empresario a fin de tomar tal o cual decisión, recaba y recopila información. Esta tarea, la ha venido desarrollando de una manera artesanal (si cabe la expresión) y con un campo de colecta acotado y a un precio tal vez mas elevado que el actual.

Los empresarios desean obtener la máxima información posible sobre sus trabajadores para saber por ejemplo, si serán productivos, encajarán en el ambiente de la empresa o qué le motivará concretamente a permanecer o esforzarse mas¹⁰.

En la era de la información, gran parte del trabajo de los especialistas en recursos humanos (*yo diría de la mayoría de las personas con poder de decisión*), consiste en recopilar la máxima información sobre el trabajador para mejorar de esta manera la toma de decisiones que deben adoptar (contratación, ascensos, despidos, incremento de horas de trabajo, movilidad geográfica, pago de bonus salariales, etc)¹¹.

10 Ajunwai I et al: Limitless worker surveillance . California Law Revie, 105 (3), 2017. Citado por Adrián Todolí Signes. La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos.

11 Gensing Pophal L.: Recruiting 2.0. Credit Union Management Magazine.

Sin embargo, las mas recientes tecnologías están cambiando esto también. Gracias a los algoritmos, el big data y la inteligencia artificial (también llamado machine learning), no solamente hay un abaratamiento del coste de acceso a la información – lo que había ahora gracias a Facebook y LinkedIn- sino que también se está produciendo un abaratamiento sin precedentes en el coste del procesamiento de dicha información, para que sea útil e incluso facilitando la toma de decisiones basadas en esta información (decisiones automatizadas)¹². A todo ello, agregaría la magnitud en cuanto a la cantidad y diversidad de información con que se cuenta y trabaja. Valga un ejemplo que nos aporta la consultora Cumulus Media: en un minuto de internet 900.000 personas se conectan a Facebook, 3,5 millones de usuarios realizan búsquedas en Google, se envían 452.000 tuits, se reproducen 4,1 millones de horas de video en YouTube, se miran 70.000 horas de contenido de Netflix y se suben unas 46.200 fotos a Instagram. ¹³ De todo esto estamos hablando cuando hacemos referencia a la cantidad inusitada de información que se genera y que se encuentra disponible para su gestión.

A pesar de la actualidad de estos datos, lo que no ha cambiado y se repite tanto hoy como ayer, es la necesidad de recabar y reunir información para que a partir de un proceso (otroza manual, hoy automatizado), se obtengan conclusiones que servirán de base o fundamento de las decisiones y/o acciones futuras que adopte el empresario.

Por el contrario, lo que sí ha cambiado, es la forma de recolectar/recopilar la información, la modalidad de procesar la misma y la manera de toma de decisiones, a partir de la introducción de la tecnología, al decir de Adrián Todolí Signes.

01/09/2009. Sameens y Cornelius S: Social Networking sites and hiring: How social media profiles influence hiring decisions. *Journal Business Studies Quarterly*, 7 (1), 2013. Citado por Adrián Todolí Signes. La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos.

¹² Adrián Todolí Signes. Ob cit, p.2.

¹³ Diego Golombek, citado en el prólogo del libro *Big Data*, de Walter Sosa Escudero.

Así entonces, la actividad de recabar información (cuanto mas si es a escala), sigue siendo un intangible que cada día reconoce mayor importancia, en función de las decisiones que de una manera automatizada y deliberada se adoptan.

Siguiendo a Todolí Signes, podemos decir que el aumento del volumen de información disponible, el aumento de la capacidad de procesamiento de esa información y la capacidad de toma de decisiones automatizadas, son consecuencia directa e inmediata de la irrupción de las nuevas tecnologías y/o mecanismos o situaciones, tales como los algoritmos, la reputación online, las videocámaras, los GPS, los wearables, etc.

La mayor escala de la muestra colectada, el menor costo y la mejor capacidad de procesamiento, son los beneficios que podemos adscribir a aquellos mecanismos.

Y lo mas sorprendente y novedoso, es que aquella información es proporcionada por todos y por cualquiera a la vez.

Los datos: de redes sociales, tarjetas de créditos, teléfonos celulares, páginas web y sus buscadores, dispositivos de GPS, relojes inteligentes, rastreadores satelitales, análisis clínicos, cámaras de fotos y cualquier otro objeto interconectado electrónicamente. Los datos son tierra de todos y de nadie¹⁴.

Los algoritmos y las facultades de control y vigilancia de los empleadores

Mucho se ha hablado del reemplazo de los trabajadores por la tecnología, -lo que no deja de ser un futuro hipotético por ahora-, aunque lo que sí es cierto, es que los mismos son cada vez mas supervisados por ella. Y esto ya no es un escenario lejano, sino que por el contrario, mas presente de lo que muchas personas creen. Y esto es en gran medida merced a la irrupción de los algoritmos en la gestión empresarial.

Los entornos laborales se han convertido en espacios hipercontrolados. Las herramientas digitales están permitiendo al empleador tener un control directo e indirecto, tanto de la vida laboral

¹⁴ Walter Sosa Escudero. Big Data. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2019, p.19.

como personal de los trabajadores, en espacios y tiempos que exceden incluso los límites propios del ámbito de trabajo y de la jornada laboral. Bienvenidos al gran hermano laboral!!!, como lo grafica Jorge G. García¹⁵.

En concordancia con el señalado autor, la tarea de controlar el trabajo de un empleado ya no requiere estar encima de él personalmente. Ya no sería necesario, toda vez que las herramientas tecnológicas permiten idéntico objetivo (control) pero de una manera mas efectiva e intensa.

Así las cosas, la idea tradicional del control y vigilancia empresario incorporado en la mayoría de las legislaciones laborales nacionales, ya nada tiene que ver con estas nuevas modalidades de control y vigilancia, fruto del uso de las nuevas tecnologías.

El paso de una modalidad a otra, se dió desde el mismo momento en que los empleadores comenzaron a avisorar la posibilidad de mantener un *control constante, general y de bajo costo de sus empleados*, a partir del uso de las nuevas tecnologías. Dicha forma de control, le permitió a aquel, no sólo la monitorización digital como también la posibilidad de hacerse de información para adoptar una serie de *medidas, llegando incluso hasta las disciplinarias*. Y todo esto repito, de la mano de los datos brindados por los propios clientes y consumidores, e incluso, en algunos casos por los propios trabajadores dependientes. A partir de aquí, los *algoritmos ingresaron de lleno en la empresa, y con ello, la gestión algorítmica se hizo realidad*.

De allí que el contenido del poder de control del empleador, no se compadezca con el típico poder de control dentro de la fábrica del modelo fordista, ni tampoco a la subordinación a agentes específicos o a una jornada rígida. Mucho mas eficaz y represor, es el control difuso de los usuarios, en cuanto es realizado por todos y por ninguno a la vez. En este nuevo paradigma de poder, los controladores están esparcidos en la multitud de usuarios y al mismo tiempo, se esconden en algoritmos que determinan si un trabajador debe o no ser pasible de una sanción, debe o no ser deshabilitado de la plataforma. En este admirable mundo nuevo, en el cual los actos

15 Jorge G. García. El gran hermano laboral. https://elpais.com/economía/2019/11/14/actualidad/1573736115_146586.html.

humanos de exteriorización de poder directivo o fiscalizadorio no se hacen necesarios y son sustituidos por combinaciones algorítmicas, reclamando, consecuentemente nuevas dimensiones teóricas y actualizaciones del derecho del trabajo para que este importante y civilizadora rama del derecho no deje de pasar desapercibida a la totalizante forma de subordinación y control construidas dentro de una forma de flexibilización¹⁶.

El poder de control del empresario que usa herramientas digitales a este efecto, es un poder que monitorea y vigila no sólo la tarea en cuanto trabajador sino que también avanza en esferas de su vida privada, y lo hace de una manera general y hasta límites impensandos.

Es por ello que, el lugar de trabajo puede sentirse como un mundo de vigilancia constante, manipulación automatizada y amenazas de desactivación. El administrador algorítmico parece observar todo lo que haces¹⁷.

Ahora bien, el poder de control, - otrora facultad exclusiva y excluyente del empleador-, tal como se señalara supra, ha sido desplazado a herramientas tecnológicas, las cuales pueden valorar en forma directa y/o indirecta la tarea del trabajador. Y estas herramientas tecnológicas, efectúan dicho control en base a información, la cual es provista, y tal como se adelantar ya, por terceros ajenos a la relación de trabajo, e incluso gracias a los aportes de los propios dependientes. De allí que hoy se ejerce aquel control, a traves de la utilización de diversos instrumentos o gadgets, tales como sistemas de geolocalización, cámaras de video vigilancia, wearables, huellas digitales, controles biométricos, por citar algunos.

Y si aun no podemos acreditar lo señalado, veamos algunos ejemplos. Una empresa de limpieza China ha equipado a sus trabajadores con pulseras con GPS y control de movimiento. Las mismas, vigilan todos los movimientos de los trabajadores, incluidos los descansos, pausas o tiempos para ir al baño. De allí que si

16 Traducción libre de la sentencia dictada en autos: “Rodrigo Leonardo Silva Ferreira c/Uber do Brasil Tecnologia Ltda”. Poder Judiciario 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112.

17 Alex Rosembant. Ob. Cit. p.1.

aquellas no registran actividad durante mas de veinte minutos, emiten un aviso recordándoles a quiens las llevan, que tienen que seguir trabajando¹⁸.

Otro ejemplo, a la postre de idéntica nacionalidad que la referida, es la tecnológica Huawei, quien cuenta con un programa en el que cada empleado ha de rellenar una ficha cada dos horas en la que especifica qué ha hecho durante este tiempo. Desde el número de ventas que ha realizado hasta cómo ha atendido a los clientes que han entrado en el establecimiento¹⁹.

También, algunas empresas de EEUU están desarrollando aparatos que llevan micrófonos no con intención de grabar las conversaciones de los trabajadores, si no con el objeto de conocer el estado de ánimo de los mismos, a partir de su tono de voz. Este aparato, permite también medir las interacciones del trabajador con compañeros para saber con qué compañeros interactúa y durante cuánto tiempo²⁰.

Hasta aquí, el relato de cómo el poder de control del empleador sufrió modificaciones a partir de la introducción de un sinnúmero de herramientas tecnológicas en la gestión empresarial.

No obstante, dichas modificaciones no se limitaron tan sólo a ello. Es más, avanzó hasta el extremo de compartir dicho poder de control y vigilancia con terceras personas. Lejos pareciera estar la idea del poder exclusivo y excluyente del empleador en la relación de trabajo.

Ello, en cuanto el poder empresario ya no recae exclusivamente en él, sino que ahora el mismo ha sido externalizado a terceras personas, incluso ajenas a la relación de trabajo.

Estos terceros, pueden ser los consumidores y/o los usuarios, aunque también pueden ser, los propios compañeros de trabajo, a quienes repito, el empleador le ha delegado ciertas atribuciones de

18 Patricia Esteban. Las pulseras inteligentes, un nuevo medio de control labora en la frontera de la legalidad. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/10/30/legal/1572450859_504227.html

19 Jorge G. García. Op. cit. p.8.

20 The Rise Of Workplace Spying. WEEK 5 de julio de 2015. <http://theweek.com/articles/564263/rise-workplace-spying> , en Adrián Todoli Signes, ob. cit. p.3.

otrora competencia propia y específica de aquel.

De esta manera, y en la generalidad de los casos, diremos que el rol del empleador ha sido interferido por el poder de **los consumidores y/o usuarios**, a quienes aquel mismo, le ha otorgado en cierta medida, capacidad para influir en la definición de una serie de aspectos de la organización general de la empresa, los que a la postre, incidirán en el contenido mismo del contrato de trabajo.

Repárese que la intervención de los consumidores y/o usuarios a este fin, asume la modalidad de apreciaciones y/o pareceres, los que generados a través de medios tecnológicos, ostentan ahora, suficiente capacidad para influir en la organización misma de la empresa. Dicha facultad, la cual en un principio reconoce un contenido impersonal y abstracto, mas temprano que tarde, se concretizará en particulares pautas o reglamentos relativos a la organización del trabajo mismo, e incluso en decisiones automatizadas que determinarán en alguna medida ciertos aspectos de la vida del propio trabajador. La práctica empresaria actual, nos lo demuestra a diario.

De allí la pertinencia de la caracterización del nuevo poder del empleador, en cuanto ciertamente difuso, ya que es ejercido por todos y en todo momento, pero a la vez por nadie en particular. Por el contrario, este extremo, lo hace ciertamente mas intenso y constante que el poder que se ejerce en las relaciones que se desarrollan en el marco del contrato de trabajo tradicional.

A la par del poder empresario compartido por los consumidores y usuarios, los medios de comunicación vienen dando cuenta de la existencia de empresas donde la facultad de evaluación y control ha sido delegada, ya no en aquellos sujetos, sino en los propios empleados, -a la postre- compañeros del trabajador controlado y/o evaluado. Asi las cosas, el empleador ya no solamente externaliza ciertas facultades propias de su poder de control y vigilancia en los consumidores y/o usuarios, sino que tambien ahora, lo hace en cabeza de sus propios empleados.

Por citar tan sólo un ejemplo de esto, debemos abreviar en Alemania. Allí, la empresa Zalando, la mayor tienda de ropa online de Europa, cuenta con una herramienta que se llama Zonar. Es un sistema informático a traves del cual sus empleados pueden poner

notas a sus compañeros. Sirve, dicen, para medir el rendimiento de unos 2.000 empleados que tiene la firma en Berlín. Así, el sistema informático en cuestión, plantea una situación en la que los empleados son clasificados, agrupandolos entre los que desarrollan un rendimiento “bajo”, “bueno” y “top”. La evolución del salario depende de esas valoraciones, aunque también se usa para repartir reivindicaciones, y conceder o denegar aumentos salariales específicos²¹.

Con ello, los empresarios que utilizan dicha herramienta, logran una doble ventaja, por un lado un mayor control ya que los empleados se verán observados por sus propios compañeros, en un ambiente de permanente observación. Y por el otro, compartirá con ellos, la evaluación de sus propios trabajadores y lo hará de una manera multidireccional, donde todos se evaluarán entre todos y todos estarán sujetos a un control constante y permanente.

De todas maneras, e indistintamente de los instrumentos y/o mecanismos tecnológicos que el empresario utilice para llevar adelante las facultades de control y vigilancia, lo que importa aquí, y esto es lo novedoso de cara al derecho del trabajo, es la utilización de los datos generados, a partir de una gestión automatizada.

Así las cosas, la tecnología en este caso, permite a la empresa obtener una mayor cantidad de información, a partir de la ampliación del universo de donde se extrae la misma, los sujetos quienes aportan y/o de donde surge la misma, como también la facilidad de su procesamiento. A ello se suma, el abaratamiento del acto de control, con la incorporación de la inteligencia artificial, en desmedro de la la intervención humana.

Desafíos

Como podemos advertir y no obstante los beneficios que la gestión algorítmica trasunta, y en concordancia con Perez Luño, podemos señalar que el procesamiento automatizado de datos pareciera incrementar exponencialmente las posibilidades de vulneración de los derechos de los trabajadores. Ciertamente que ello es así, por

21 Aldo Mas. Capitalismo de vigilancia: Zalando pide a sus empleados que valoren a sus compañeros para medir el rendimiento. Eldiario.es. https://www.eldiario.es/economía/Manual-resistencia-capitalismo-vigilancia_o_961354208.html.

lo que este será el desafío de la norma laboral nacional. Caso contrario, las expectativas de incolumidad de los derechos de los trabajadores, se quedarían en la pantalla del ordenador o en el teclado del dispositivo digital, a partir del momento en que el trabajador ingresa a su lugar de trabajo.

Y es aquí cuando los debates éticos acerca de la gestión algorítmica de los trabajadores, comienzan a hacerse sentir.

Ello, por cuanto, los algoritmos plantean una serie de desafíos a problemas nuevos, tales como: los sesgos que aparecen en un sinnúmero de actos del empresario, como antesala de las nuevas modalidades de discriminar, la escasa expectativa de privacidad de los titulares de los datos, la necesidad del resguardo, manejo, control y regulación de los datos recopilados, entre otros.

Por ello, en esta sociedad, cada vez mas digital, deberemos estar atentos para defender todos aquellos derechos laborales tradicionales e incorporar algunos nuevos (ej. propiedad de los datos que yo genero), de igual valía en cuanto a la necesidad de protección.

Hoy, los algoritmos se usan para un sinnúmero de tareas, tales como predecir resultados electorales, conocer nuestros gustos, verificar nuestras ideas políticas, constatar nuestra ubicación en tiempo real, las tareas que estamos realizando, etc.

El mundo del trabajo como se entenderá, no puede ser una excepción, ni estar ajenos a los mismos.

De allí que los datos comienzan a usarse de forma masiva, generalizada y sin límite alguno en el ámbito de las relaciones laborales, con el objetivo de facilitar la gestión empresarial. Así, las diferentes tareas se convierten en algoritmos e incluso se automatizan hasta ciertos aspectos o fases del trabajo mismo. De allí que no sería errático sostener que el trabajo en alguna medida se vaya algoritmizando.

Si hasta no hace tiempo hablábamos de la *uberización de las relaciones laborales*, hoy deberíamos comenzar a hablar de la **algoritmización de las relaciones derivadas del contrato de trabajo**. Ello, dado que como señala Alex Rosembat, los algoritmos nos demuestran o no, nos están administrando a todos.

Evidentemente, los desafíos que presentan la ciencia de los datos son variados, por lo que se requiere cuanto menos, generar un

marco normativo a fin de equilibrar los intereses empresariales con los personales de los sujetos de quienes se obtienen los datos y a quienes se aplican.

A medida que la tecnología amplía el alcance o la escala de lo que se puede hacer con las herramientas de vigilancia (yo agregaría, con todas aquellas herramientas que se valen de datos de los trabajadores y que pueden atentar contra la vida, la intimidad y el honor de los trabajadores), las protecciones en el lugar de trabajo también deben evolucionar para abordar las asimetrías de información colectiva, los prejuicios, la precisión de los poderes y los cambios en el poder que están ocurriendo²².

De allí que se impone la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los retos del futuro digital y la esencia de la protección laboral. Por de pronto, esta debería ser la solución de mínima a los problemas tecnológicos suscitados en el entorno digital.

²² Aiha Nguyen. Las tecnologías de monitoreo y vigilancia cambian la dinámica de poder en el lugar de trabajo. LSE Business Review. <https://blogs.lsc.ac.uk/businessreview/2019/03/05/monitoring-and-surveillance-technologies-shift-power-dynamics-in-the-workplace/>

CAPÍTULO 2

DANO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

*Welenadja de Sá Nogueira*²³

*Francisco de Assis Barbosa Junior*²⁴

RESUMO

O Estudo trata do dano existencial nas relações laborais sob a perspectiva da proteção à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo ordenamento jurídico vigente. Para tanto, analisam-se os elementos que formam os pilares do instituto do dano existencial. No texto são expostos os fundamentos jurídicos do gênero dano extrapatrimonial e da espécie dano existencial, correlacionando-as com as mudanças trazidas pela reforma trabalhista. Há, também, abordagem das raízes do dano existencial no direito Italiano e da

23 Advogada. Especialista em Direito Processual e Material do Trabalho. E-mail: welenadja@gmail.com.

24 Juiz do Trabalho do TRT da 13ª Região. Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar. Mestre em História pela Universidade Federal de Campina Grande - PB. Doutor em Direito pela Universidade do Minho – Portugal. Professor do curso de Direito da UNIFACISA. Professor de Pós- Graduação do UNIPE, da ESMAT 13 e da UNIFACISA. Autor de artigos, capítulos de livros e de livros como Gig Economy e Contrato de Emprego, Contrato de Teletrabalho e Teletrabalho Transnacional: Normatização e Jurisdição. Email: franciscoprofessor1900@gmail.com.

sua conceituação, analisando seus elementos peculiares, caracterizadores, fundamentos doutrinários e constitucionais. Para melhor elucidação do tema, destaca-se casos com potencialidade para ensejar o referido dano. Objetiva-se, através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, evidenciar a importância do instituto aplicado ao direito do trabalho para tutela dos direitos dos trabalhadores e dos interesses imateriais da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Existencial; Dano Imaterial; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The Study deals with the existential damage in labor relations from the perspective of protecting the dignity of the human person, a fundamental principle of all current legal systems. For this, the elements that form the pillars of the existential damage institute are analyzed. In the text, the legal foundations of the off-balance sheet damage and the existential damage type are exposed, correlating them with the changes brought about by the labor reform. There is also an approach to the roots of existential damage in Italian law and its conceptualization, analyzing its peculiar elements, characterizers, doctrinal and constitutional foundations. In order to better clarify the issue, we highlight cases with the potential to give rise to the aforementioned damage. The objective, through bibliographic and jurisprudential research, is to highlight the importance of the institute applied to labor law to protect workers' rights and the person's immaterial interests.

KEYWORDS: Existential Damage; Immaterial Damage; Human dignity.

INTRODUÇÃO

O dano existencial, cuja teoria é originária do direito italiano, tem adoção recente no direito pátrio, despertando paulatino interesse doutrinário e jurisprudencial. Como espécie do gênero “dano extrapatrimonial”, aquele surgiu como instrumento de tutela da

dignidade da pessoa humana, buscando combater a supressão do direito de ter e executar projetos da vida pessoal.

O estudo do dano existencial se faz necessário pelo fato do trabalho não ser elemento apenas para manutenção financeira, mas, também, de dignificação do homem. Não raras vezes algumas empresas, visando exclusivamente o lucro, desconsideraram contratos e/ou normas legais, certas de que a eventual sanção porventura imposta mostrar-se-á de menor monta que o lucro decorrente do procedimento.

Assim, dado a importância do tema, a produção acadêmica se faz necessária para ensejar discussão sobre o dano existencial. Nesta linha, trata-se o presente estudo de pesquisa na busca do aprofundamento teórico relativo ao mesmo nas relações de trabalho. Quanto à abordagem de natureza metodológica, é ele uma pesquisa qualitativa, pois trata-se de estudo conceitual e não elabora dados estatísticos.

No que se refere aos objetivos, o artigo é uma pesquisa exploratória, pois se utiliza de pesquisa bibliográfica, para fazer levantamento acerca do dano existencial nas relações laborais sob a perspectiva da proteção da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, também busca demonstrar as raízes daquele instituto no Direito italiano e os princípios que formam os seus pilares, fundamentos constitucionais e legais. Além disso, faz reflexões sobre os impactos da reforma trabalhista na reparação dos danos imateriais indenizáveis.

Por meio de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, examina-se o entendimento do dano existencial nos tribunais, analisando a visão judicial no particular e evidenciando a importância do instituto para tutela dos direitos dos trabalhadores e dos interesses imateriais da pessoa.

PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRABALHADORES

Logo em seu artigo primeiro, adota a Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os

valores sociais do trabalho (inciso IV).

Diante disto, analisaremos a seguir a proteção do indivíduo ante o princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e a eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O que se entende hoje por dignidade da pessoa humana é fruto de grande construção filosófica e política. Na esteira evolutiva de tal preceito, consideram-se três momentos marcantes para a sua formação: Cristianismo, onde a ideia de dignidade estava ligada à posição hierárquica social; o kantismo, que rompe com tal ideia e passa a identificar a dignidade como moralidade; e a segunda guerra mundial, que, com suas barbáries, ensejou o reconhecimento e positivação da dignidade humana como centro e fim do direito (SARLET, 2010).

A partir de então, consolidou-se a tendência nas sociedades modernas de introduzir em suas constituições preceitos de direitos humanos.

No Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Para SILVA (2007, p.38) “é mais que um princípio, é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Na definição de SARLET (2006, p.60) a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para

uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesta linha, temos que este princípio rege as relações públicas e privadas, tornando-se o centro axiológico da concepção do Estado Democrático de Direito, capaz de proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais. O ser humano é o fundamento de todo ordenamento jurídico, merecedor de proteção ampla e integral, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a norma base que representa um “valor guia” para todo ordenamento jurídico.

Ao enfrentar o assunto, Frota (2000) comenta a amplitude e alcance do princípio, asseverando estar ele não apenas intimamente ligado à incolumidade física, à sobrevivência biológica, à automanutenção financeira e ao exercício dos direitos econômicos e sociais do indivíduo, mas também se irradia para o bem-estar psíquico, o direito de fazer projetos de vida e de ter uma vida de relação, os quais dão sentido à sua existência.

Na esfera do Direito do Trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana visa principalmente garantir a integridade física, psíquica e moral do empregado, proporcionando-lhe condições dignas de labor. Em razão da subordinação jurídica presente na relação de emprego e da posição de hipossuficiência do trabalhador, tal princípio vem a ser um instrumento de defesa aos direitos dos trabalhadores na busca de obstar sua transformação em simples instrumento no processo produtivo.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade também estão tutelados e amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo importante adentrar no estudo do momento histórico de seu surgimento antes de aprofundarmos a análise de sua essência.

No século XIX, especialmente a partir da primeira revolução industrial, o movimento liberalista proclamava a liberdade, sendo mantido o Estado longe das relações particulares. A essência do

movimento estava no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. À época, o homem teve uma liberdade jamais vivenciada, todavia, também vivenciou um paradoxo do liberalismo, “a degradação do homem, pelo próprio homem” (SCHREIBER, 2014, p.3). A liberdade dos mais fracos acabou sendo abalroada pelos mais fortes, culminando em muitas desigualdades na esfera econômica e social.

Nas relações de trabalho, os trabalhadores (parte mais frágil da relação) viram-se obrigados a se sujeitar a condições degradantes e insalubres de trabalho e moradia, com salários miseráveis e jornadas extenuantes, tudo ocorrendo com “a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como frutos do livre acordo de contratos, eram ‘justos’ por definição” (SCHREIBER, 2014, p.3).

A partir de então, viu-se a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, surgindo as primeiras construções sobre os direitos da personalidade. Tais direitos possuem características peculiares, quais sejam: são absolutos, pois devem ser respeitados por todos; são extrapatrimoniais, porque intangíveis a interesses ou avaliações econômicas; são imprescritíveis, pois não há obstáculo de tempo para o exercício; são indisponíveis, porque seu titular não pode se privar deles; são intransmissíveis, não podendo ser transmitidos nem mesmo *causa mortis*; são necessários, porque indispensáveis ao desenvolvimento da própria vida; e são vitalícios, porque consequência da vida do titular, alguns deles podendo surtir efeito até mesmo *post mortem* (LOTUFO, 2016).

Os direitos da personalidade são inatos do homem, pertencendo a cada indivíduo, sendo intrínsecos à própria condição humana, ultrapassando a esfera do direito positivo.

Conforme entendimento doutrinário, o ordenamento jurídico brasileiro adotou proteções gerais e especiais dos direitos da personalidade. A proteção geral possui tutela abrangente, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. As proteções especiais encontram-se espalhadas no texto constitucional (a exemplo do direito à integridade psicofísica; o direito de resposta e à imagem; o direito à livre manifestação do pensamento, todos previstos no art.5º, inc. III, V

e IV respectivamente), bem como na legislação infraconstitucional. Na definição de Gagliano e Pamplona Filho (2000, p.144):

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A idéia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.

Logo, estes direitos formam um conjunto de elementos jurídicos destinados a garantir aos indivíduos proteção contra as lesões ao bem intrínseco do ser humano, a sua dignidade, o qual se mostra inegavelmente necessário à própria existência e desenvolvimento do homem.

Dito isto, temos que, nas relações laborais, a devida observância dos direitos da personalidade é imprescindível para assegurar a proteção e a dignidade do trabalhador, pois este, em face de sua posição de hipossuficiência, torna-se vulnerável a abusos do poder diretivo do empregador.

A EFICÁCIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

Buscando melhor entender os direitos fundamentais, agora os diferenciamos dos denominados “direitos humanos”. Estes últimos pertencem à ordem internacional, sendo atributos inatos do homem, advindos da própria existência humana. São eles gênero, do qual os direitos fundamentais são espécies. Os direitos fundamentais são direitos positivados no ordenamento jurídico que preveem a proteção da pessoa humana.

Os direitos fundamentais, como direitos humanos positivados no ordenamento jurídico, constituem princípio básico do Estado Democrático de Direito, impondo limites e diretrizes para atuação

de suas funções.

Corroborando este entendimento, na definição de Sarlet (2005, p.70):

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Em breve análise da eficácia dos direitos fundamentais, importa observar acerca das suas dimensões, vertical e horizontal. A primeira é a vinculação daqueles aos entes públicos, isto é, a atuação do estado deve respeitar os direitos fundamentais da pessoa (SARLET, 2006). Assim o estado deve balizar essas duas vertentes: a conduta omissiva para não violar as liberdades individuais; e a conduta comissiva, no sentido de regular e proporcionar à sociedade meios de exercer seus direitos fundamentais em plenitude.

Já a segunda (horizontal) concerne ao plano privado, regulando as relações entre os particulares, pois as violações dos direitos fundamentais também podem ocorrer naquelas, em razão das desigualdades sociais e econômicas.

Pelo exposto, e seguindo as palavras de Amaral (2007), pode-se inferir que as relações de trabalho estão no plano horizontal, notadamente pelo fato do Estado não estar no seu seio (ou, quando está, encontrar-se despido do *jus imperii*) e por nelas haver desigualdade

entre as partes. Em decorrência da intangibilidade dos direitos fundamentais do trabalhador, somente com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais é possível a efetivação da proteção dos seus direitos fundamentais.

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E O DANO EXISTENCIAL

O texto constitucional estabeleceu uma premissa maior, a proteção à dignidade da pessoa humana, e, também, especificou alguns direitos fundamentais e o conseqüente dever de indenizar. Contudo, não o fez de modo exaustivo (SOARES, 2009).

Como exemplos de danos indenizáveis podemos citar o art. 5.º, V, que dispõe ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, assim como o inc. X, do mesmo artigo, que prevê serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Naturalmente o texto constitucional não se preocupou em enumerar exaustivamente os danos extrapatrimoniais indenizáveis, até porque, como ressaltado por Silva (1997, p.227), “à medida que o conceito de pessoa se transforma, novos danos são a ele acrescidos, em decorrência mesma de uma visão mais integral deste conceito”.

Dentro desse contexto de inovação das relações humanas, constatamos que o dano existencial é um tema relativamente recente no Direito pátrio, sendo sua teoria oriunda do Direito Italiano. É ele uma espécie de dano extrapatrimonial que ocorre quando há alteração negativa na vida do indivíduo.

As ideias iniciais sobre dano existencial surgiram na Itália em meados do século XX. Até então apenas se reconhecia como danos indenizáveis os danos materiais e imateriais legalmente previstos nos artigos 2.043 e 2.059 do Código Civil Italiano, abarcando os últimos apenas atos tipificados como conduta criminosa típica, ou seja, previstos no Código Penal (NOGUEIRA, 2016).

Naturalmente o sistema carecia de reparação para abranger os casos em que, apesar do ilícito civil e do dano, não existia ilícito

penal (SOARES, 2009). Assim, na década de 1950, surgiu na doutrina Italiana a teoria de uma nova espécie de dano causado à pessoa, o dano à vida de relação (*danno alla vita di relazione*). Este compreende o dano ao relacionamento em sociedade e à convivência interpessoal, ofendendo o bem-estar físico ou psíquico da pessoa, que o impede de praticar os prazeres de atividades recreativas e atinge indiretamente a capacidade laborativa da vítima, entendida como sua capacidade de obter rendimentos (ALMEIDA NETO, 2005).

Como exemplos dessa espécie de dano temos: “a divulgação de notícias difamatórias infundadas que acarretam humilhação e depressão; acidentes graves que causam a síndrome do pânico ou problemas na fala, como tartamudez etc.” (ALMEIDA NETO, 2005, p.19). Porém, além daquele dano, para o reconhecimento da pretensão de indenização, era necessário provar ter o fato provocado, ainda que indiretamente, diminuição da capacidade laborativa.

Posteriormente, através da sentença 184/86, a Corte Constitucional italiana reconheceu o direito ao ressarcimento, sem necessidade de repercussão econômica, nos danos à saúde não advinda de ilícito penal, o chamado dano biológico. E, progredindo ainda mais no campo da tutela de proteção da dignidade da pessoa humana, como resultado da sentença 184/86, a corte de cassação aumentou ainda mais seus efeitos “acolhendo postulações indenizatórias, quer considerando dentro do conceito de dano biológico as figuras do dano à vida de relação, do dano estético, do dano psíquico etc., quer outras vezes concedendo a indenização cumulada” (ALMEIDA NETO, 2005, p.23).

Em razão da abrangência dos casos acolhidos sob o título de dano biológico, a doutrina e jurisprudência italianas questionaram-se sobre a “inexatidão técnica e a insuficiência de proteção até então concedida nas situações em que a ofensa à integridade psicofísica importava em desordem transitória ou permanente nos hábitos da vítima, decorrente de conduta lesiva” (SOARES, 2009, p.43).

A partir desses questionamentos, surgiram vários artigos acadêmicos que tratavam de um dano à existência da pessoa mais amplo, o qual consagrasse indenização contra lesões aos direitos da personalidade independentemente de qualquer prejuízo econômico à

vítima, o chamado dano existencial. Esta linha doutrinária foi expressamente acatada judicialmente através da decisão nº 7.713 de 2000 (SOARES, 2009).

DANO EXISTENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Assim como no Direito italiano, no Brasil o dano existencial ora é adotado de forma progressiva. A doutrina pátria tem definido o dano existencial como consistente à “violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas” (ALMEIDA NETO, 2005, p.25). Esta alteração danosa não depende de repercussão econômica, mas sim apenas sobre a sua existência.

A espécie de dano em análise pode ser entendido como uma lesão ao conjunto de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, podendo compreender a esfera pessoal ou social (SOARES, 2009).

Por seu turno, Frota (2013, p.63) considera que o dano existencial constitui:

[...] espécie de dano imaterial que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Depreende-se da citação supracitada que o dano existencial possui dois elementos específicos, o projeto de vida e a vida de relação. O projeto de vida são metas e objetivos que importam na autorrealização do indivíduo, ao passo que a vida de relação compreende os relacionamentos, seja de cunho familiar, profissional ou afetivo.

Viola o dano existencial direitos fundamentais, impossibilitando o indivíduo de manter relações, sejam culturais, sociais, espirituais, recreativas, esportivas e de descanso, ou frustra projetos de vida, seja pessoal, profissional ou social. Consiste aquele na lesão ao conjunto de direitos constitucionalmente assegurados que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana. É um dano aos direitos da personalidade ao passo que lesa a autodeterminação pessoal que lhe traria bem-estar físico e psíquico que consequentemente lhe traria a felicidade, que em última análise, é a razão de ser da existência humana (FROTA, 2013).

Percebe-se, ainda, que o dano existencial tem um efeito objetivo, no sentido de ser uma mudança negativa na rotina do indivíduo. Não se reduz a sofrimento (dano moral), nem a prejuízo econômico (dano patrimonial), mas a uma lesão à atividade concreta e palpável da pessoa que dá sentido à existência humana e é objeto de proteção constitucional.

DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Em 1878, o pensador alemão Karl Marx (2003, p.306), em sua análise crítica do modo de produção do sistema capitalista, disse:

[...] Mas, em seu impulso cego, desmedido, em sua voracidade por trabalho excedente, viola o capital os limites extremos, físicos e morais, da jornada de trabalho. Usurpa o tempo que deve pertencer ao crescimento, ao desenvolvimento e à saúde do corpo. Rouba o tempo necessário para se respirar ar puro e absorver a luz do sol. Comprime o tempo destinado às refeições para incorporá-lo, sempre que possível, ao próprio processo de produção, fazendo o trabalhador ingerir os alimentos como a caldeira consome carvão, e a maquinaria, graxa e óleo, enfim como se fosse mero meio de produção.

Assim, seguindo as palavras do pensador alemão, usurpando o tempo do trabalhador, que deveria ser destinado ao seu crescimento

e desenvolvimento, o empregador suprime direitos fundamentais do obreiro, impactando negativamente na vida do indivíduo. Estes elementos são caracterizadores do dano existencial (NOGUEIRA, 2016).

O Tribunal Superior do Trabalho cuidou de conceituar o instituto aplicado à relação de trabalho:

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. TST. Acórdão no Recurso de Revista. TST-RR-1443-94.2012.5.15.0010, Relatora: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/4/2015.

Nas relações de labor, o dano existencial é identificado quando atos do empregador limitam a vida pessoal do empregado impedindo-o de exercer atividades cotidianas, como, por exemplo, quando impõe uma carga excessiva de trabalho que impossibilita o trabalhador de realizar atividades recreativas (NOGUEIRA, 2016). Conforme entendimento do TST, não é qualquer lesão que poderá gerar o dano existencial, este dano deve ser de tamanha magnitude que comprometa de forma grave e irretratável o projeto de vida ou a vida de relação do indivíduo, sendo essa hiperexploração

acompanhada, ou não, de prestação pecuniária.

Além dos pressupostos genéricos para indenização civil (nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano), o dano existencial possui elementos próprios para sua caracterização que os distingue dos demais: lesão ao projeto de vida e a vida de relação.

ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

Para configuração do dano civil é necessário o ato ilícito, prejuízo da vítima e nexo de causalidade. No entanto, no dano existencial é imprescindível também a presença de outros dois elementos essenciais: lesão ao projeto de vida e a vida de relação. Dessa arte, pode-se dizer que, para se configurar aquele dano, deve haver nexo de causalidade entre o ato ilícito do empregador e um prejuízo efetivo a um projeto de vida e/ou a vida de relação do empregado (NOGUEIRA, 2016).

De acordo com Bebbber (2009, p.28) “o projeto de vida está ligado a tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida”. É o que o indivíduo idealizou para sua vida. O dano a esse projeto impede ou dificulta o livre desenvolvimento da personalidade, seja na projeção de sua carreira, seja de suas escolhas de vida ou mesmo das características que o individualiza. Significa ele uma lesão à sua liberdade de escolha.

Quando este dano se dá de forma injusta, frustrando suas escolhas, se caracteriza o dano existencial. É uma alteração que afeta o curso normal da vida do empregado e até mesmo da sua família, provocando a frustração de metas e objetivos que dão sentido à sua existência.

No que diz respeito a vida de relação, esta é um conjunto de relações interpessoais que permitem ao ser humano a convivência com o mundo circundante (FROTA, 2013). As relações interpessoais possibilitam que a pessoa compartilhe ideais e experiências de vida provocando o desenvolvimento convencional, o qual é imprescindível no mundo onde o homem não apenas existe, mas necessariamente coexiste na companhia dos outros. O homem, como ser social, necessita de convivência em sociedade. A própria existência do homem pressupõe a coexistência.

O projeto de vida e a vida de relação estão intrinsecamente ligados. É da natureza humana projetar-se para o futuro, isto é, criar objetivos de vida, visto que isso fornece propósito à sua existência

Nas relações laborais configura-se dano existencial, por exemplo, quando há imposição de cargas excessivas de trabalho ao empregado, ou quando este é impedido de usufruir das férias, limitando ou impossibilitando que este desenvolva seus projetos ou usufrua de suas atividades cotidianas, seja na esfera pessoal, social, familiar ou profissional.

DANO EXISTENCIAL, DANO MORAL DE PERDA DE CHANCE

Incluso na categoria de danos imateriais indenizáveis, o dano existencial é lesão a um conjunto de direitos constitucionalmente protegidos. Diferentemente do Direito italiano, onde a responsabilidade civil é um sistema típico, ou seja, fechado, no Direito brasileiro vigora o sistema de responsabilidade civil aberta, que possibilita a ampliação do conceito de dano e de suas variantes à medida que a sociedade se transforma e surgem as necessidades de adequá-las.

O fundamento constitucional do dano existencial encontra-se no artigo 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, os quais consagram o princípio da dignidade da pessoa humana e da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais. Além da previsão constitucional, o Código Civil nos artigos 12, caput, 186 e 927 empresta amparo à indenização, tornando-a plenamente possível. Também se aplica ao dano existencial todos os permissivos de reparabilidade do dano moral.

A previsão contida no art. 8º, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), autoriza a aplicação subsidiária do Direito comum ao Direito do Trabalho.

Além disso, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) trouxe inovações ao prescrever no art. 223-B da CLT: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou **existencial** da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Nessa linha, dúvidas não há: há previsão legal expressa do dano existencial.

Dito isto, mister se faz ressaltar que o dano moral atinge negativamente o ânimo da pessoa, ferindo sua esfera subjetiva, alcançando, ainda, os bens personalíssimos, sendo insuscetível de quantificação pecuniária. O dano moral caracteriza-se como “sentimento de uma profunda prostração do ânimo, um abatimento do espírito, aflição, angústia e desgosto causados à pessoa pelo ato ilícito” (ALMEIDA NETO, 2005). Já o dano existencial, por sua vez, não diz respeito à esfera íntima do ofendido, decorrendo de uma frustração de um projeto de vida ou na vida de relações que impossibilita a realização pessoal do trabalhador (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Flaviana Rampazzo Soares (2009, p.99) diferencia o dano moral do dano existencial da seguinte forma:

[...] o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima, em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.), enquanto a segundo pertence à esfera interior da pessoa.

Enquanto o dano moral repercute na esfera íntima, por exemplo, através da angústia, mágoa, sofrimento, etc., e a sua dimensão é subjetiva, não exigindo prova, o dano existencial caracteriza-se pela renúncia a uma atividade concreta, estando passível de constatação objetiva, decorrendo de uma limitação imposta ao trabalhador que o impede de obter realização pessoal (NOGUEIRA, 2016).

O dano moral afeta o ofendido de maneira muitas vezes concomitante à realização do ato lesivo, tomando por base o estímulo correspondente. Já o dano existencial geralmente manifesta-se em momento posterior, em uma sequência de modificações prejudiciais no cotidiano, a qual somente o tempo é capaz de caracterizar (SOARES, 2009).

A reparação do dano moral tem o objetivo de compensar ou reparar o dano causado, ainda que de forma pecuniária, para buscar o equilíbrio jurídico-econômico que preexistia entre o indivíduo lesado e o autor do ato lesivo. O dano existencial também independe de repercussão financeira ou econômica, porém, não abrange a esfera íntima do ofendido (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

No que concerne à perda de uma chance, caracteriza-se esta quando “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima” (CAVALIERI FILHO, 2008). É a frustração de exercer determinada atividade concreta, da qual existia probabilidade de resultado positivo (SOARES, 2009). Esta perda não se confunde com dano emergente e lucro cessante, hipóteses de dano patrimonial ressarcíveis, posto que nestes há certeza do prejuízo, enquanto naquele existe apenas probabilidade.

A perda de uma chance pode ser classificada como dentro de uma zona intermediária entre dano patrimonial e extrapatrimonial, pois, embora a chance perdida não possua valor econômico, é possível chegar ao seu valor a partir do que seria alcançado se a oportunidade não tivesse sido frustrada pela conduta de outrem (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Diferentemente do dano moral, a perda de uma chance prejudica o próprio patrimônio do lesado, não apenas seus direitos da personalidade. Não obstante, diferencia-se também do dano existencial na medida em que “se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado”. Enquanto no dano existencial “o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado” (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p.257).

A principal característica da perda de uma chance é “a certeza da probabilidade. (...) é certa a existência da própria chance, entidade tutelada juridicamente e passível de valoração econômica, mas é incerto se ela iria ou não se concretizar”. A chance perdida é uma

chance certa, porém o resultado buscado é incerto (HIGA, 2011).

Em face do exposto, ficam evidentes as distinções entre dano moral e dano existencial, pois, mesmo sendo espécies do mesmo gênero “dano extrapatrimonial”, não podem ser confundidos, pois atingem esferas distintas do ser humano. Do mesmo modo, não se confunde dano existencial com a perda de uma chance. Aqui há um prejuízo a uma atividade concreta que levaria a uma possibilidade de benefício futuro, não podendo presumir que o prejuízo seria concretizado se a chance não tivesse sido perdida.

CONSTRUÇÃO DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE DANO EXISTENCIAL

Em diversas situações podemos identificar fatos potencialmente geradores do dano existencial.

Oportuno se faz apresentar através de decisões do Poder Judiciário do dano existencial como medida reparadora das lesões causadas aos projetos de vida e a vida de relação dos trabalhadores, bem como apresentar construções doutrinárias a respeito do tema, a fim de demonstrar a importância do instituto.

Importante frisar que tal instituto ainda se mostra embrionário na jurisprudência pátria, sendo em muitos casos ainda utilizado sob a denominação genérica de dano moral.

Para melhor esclarecimento sobre o tema, apresentamos dados coletados pela pesquisadora Camila Martinelli Sabongi, em dissertação de mestrado sobre o instituto do dano existencial na jurisprudência dos TRTs. Em análise quantitativa acerca dos julgados no período compreendido entre 1988 e 2016 em todos os 24 TRTs, foram encontrados 787 casos em que o termo “dano existencial” foi referido. Em análise qualitativa, dos 787 acórdãos pesquisados, 565 não reconheceram a pretensão de dano existencial e 222 reconheceram tal pretensão em face de violações de direitos trabalhistas (SABONGI, 2018).

JORNADAS DE TRABALHO EXCESSIVAS

A Constituição Federal de 1988 regra a limitação máxima de jornada de trabalho. Em seu art. 7º, inciso XIII dispõe: “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” (BRASIL, 1988). Regra limitadora resta também consagrada no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” (BRASIL, 1943).

Esta limitação tem por finalidade resguardar a saúde do trabalhador, bem como o convívio familiar e social. A jornada de trabalho excessiva é um potencial causador de dano existencial, visto que, em decorrência do tempo dispendido na empresa, o trabalhador tem o seu tempo que deveria ser destinado à vida de relação ou projetos de vida limitado, impossibilitando o livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

Em pesquisa quantitativa (SABONGI, 2018), chegou-se ao resultado de que, dos 787 acórdãos pesquisados, 90,02% dos casos de dano existencial concerniam à duração de trabalho.

Vejamos alguns casos onde foi reconhecido o dano existencial nos Tribunais do Trabalho.

Foi reconhecido o dano existencial por excessiva jornada de trabalho em decisão proferida pelo TRT da 9ª Região. Importante destacar ser a conceituação adotada no aresto bastante elucidativa, notadamente quando aborda a aplicação do dano existencial nos casos de excesso de jornada de trabalho.

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem

elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2A. TURMA - Relator: ANA CAROLINA ZAINA - Publicado no DEJT em 11-10-2013).

Imprescindível esclarecer que o simples trabalho extraordinário, mesmo que seja habitual, não poderá ensejar automaticamente o dano existencial, sendo necessária a prova de que essas horas extras comprometeram de forma grave e irretratável o projeto de vida ou a vida de relação do indivíduo.

Por seu turno, em julgado do TRT da 3ª Região, restou caracterizado o dano existencial por jornada exaustiva, cujo empregado não fruía dos intervalos intrajornadas e do repouso semanal remunerado. Vejamos:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

DANO EXISTENCIAL. O dano existencial decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, com violação ao princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inc. III, CR. Indubitável que a obrigatoriedade de trabalhar em jornada exaustiva, sem a fruição do intervalo interjornada e do repouso semanal remunerado durante o contrato de trabalho, compromete, sobremaneira, a vida particular do autor, impedindo-lhe de dedicar-se, também, a atividades de sua vida privada. Caracterizado, portanto, o dano existencial *in re ipsa* (TRT-MG- nº 0011564-88.2016.5.03.0039- Primeira Turma – Relator: Jose Eduardo Resende Chaves Jr. – Publicado no Pje em 12-03-2018).

A vida particular do trabalhador não pode ser suprimida em razão do trabalho. Na medida em que se ultrapassam os limites da legislação, há lesão à honra, saúde, qualidade de vida, convívio familiar e social do trabalhador, afetando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal.

No mesmo sentido encontra-se julgado da Colenda 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, que condenou empresa em indenização por dano existencial por imposição de jornada extenuante, excedendo os limites legais e de razoabilidade.

ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. ACÚMULO

DE SERVIÇOS E RESPONSABILIDADES. DIREITO AO JUSTO SALÁRIO. ACRÉSCIMO SALARIAL DEVIDO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 468 E 766, DA CLT. PRESCRIÇÃO PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 294, IN FINE, DO TST. Resta inconteste nos autos que o obreiro, a partir de agosto de 2008, ativou-se como gerente dos centros de distribuição de João Pessoa-PB e Recife-PE, sem qualquer alteração salarial, mas com acúmulo de serviços e responsabilidades, impondo a empresa uma alteração contratual lesiva ao autor, por meio de prejuízos diretos, geradores de um desequilíbrio contratual. Além do que o procedimento patronal configura um pretexto à admissão de outro empregado, violando princípio constitucional norteador da ordem econômica, consubstanciado na busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF), em favor de exclusiva vantagem que beneficie a empresa sem qualquer contraprestação. (...) portanto, resta inconteste que a jornada extenuante imposta pela empresa obstou que o trabalhador usufruísse de uma existência digna e plena, durante o transcurso do pacto laboral, como ser humano e cidadão, posto que sem autodeterminação não há dignidade, e sim a configuração do dano existencial, corretamente percebido pelo Juízo de origem. TRT-13 RECURSOS ORDINÁRIOS PROCESSO Nº 0056100-93.2014.5.13.0002. Relator: ROBERTA DE PAIVA SALDANHA Data da publicação: 09/09/2015.

No caso em apreço, o reclamante trabalhava gerenciando dois centros de distribuição localizados em estados distintos, o que exigia disponibilidade de tempo quase integral do empregado. Essa jornada extenuante afetou a vida do obreiro de maneira grave, impedindo-o do conviver familiar e social.

Observa-se, portanto, ter sido reconhecida nos casos

apresentados a jornada exaustiva como elemento condutor para a caracterização do dano existencial.

CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTE

Violações às normas de proteção e saúde dos trabalhadores são extremamente perigosas e potenciais geradores do dano existencial na vida do trabalhador. Destaque-se que trabalho degradante é justamente “aquele desempenhado sem as garantias mínimas de saúde e segurança, além da ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação” (BRITO FILHO, 2004, p.78).

O art. 149 do Código Penal prescreve as hipóteses de redução do homem à condição análoga a escravo:

Reduzir alguém à condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência (BRASIL, 2003).

Dessa arte, no Código penal há previsão de diversas situações as quais podem ensejar a condição análoga a de escravo, notadamente o trabalho forçado, a jornada excessiva e as condições degradantes.

Em acórdão do TRT da 3ª Região, considerou-se que a jornada excessiva de trabalho provoca condição degradante, nomeada “escravidão moderna”.

JORNADA EXCESSIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA. 1. O direito fundamental do trabalhador à saúde perpassa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor

social do trabalho e da função social da empresa. O trabalhador, enquanto ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão. 2. A exigência de jornadas extenuantes, que extrapolam os limites legais, à luz do princípio constitucional da dignidade humana e a partir do disposto no art. 149, do Código Penal, pode configurar *trabalho em condições análogas à de escravo*. 3. O dano existencial é uma espécie de dano moral, decorrente de uma frustração que impede a realização pessoal do trabalhador, afetando negativamente sua qualidade de vida. Os projetos pessoais e as relações sociais dos trabalhadores podem ser frustrados devido a condutas ilícitas praticadas por seus empregadores. 4. Presentes todos os pressupostos da responsabilização civil (ato ilícito, dano efetivo, nexo de causalidade entre a conduta ilícita e os transtornos sofridos pelo trabalhador e a culpa patronal), não há como afastar a reparação pretendida pelo obreiro, merecendo a conduta ilícita patronal, a devida e proporcional reprimenda pelo Poder Judiciário. 5. Recurso ordinário conhecido e provido no aspecto. TRT-3 RECURSOS ORDINÁRIOS PROCESSO Nº. 0010256-81.2016.5.03.0147 Relator: PAULA OLIVEIRA CANTELLI Data da publicação: 11/04/2018.

No trabalho escravo contemporâneo, o homem é reduzido a mero instrumento do processo produtivo, desconsiderando a sua dignidade. Nesse sentido (SOARES, 2009, p.75):

Na esfera do direito do trabalho, o dano existencial também pode estar presente, quando se constata o trabalho em condição degradante ou análoga à de “escravo”, no qual o “empregador” coage o “empregado” a realizar tarefas em condições subumanas, no tocante ao horário, as condições, de higiene, de

alimentação e habitação, sem contraprestação pecuniária, ou criando artifícios para que a remuneração seja consumida - tal como ocorre com a “cadermeta” em mercado de propriedade do próprio empregador ou de pessoa a ele relacionada.

Para exemplificar, a autora supracitada utiliza-se de um julgado da 4ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no qual a empregada de um banco trabalhou confinada em um porão sujo, mal iluminado, sem mesa e cadeira para trabalhar. Restou configurado a condição degradante que a empregada foi submetida, acarretando o dano existencial.

DOENÇA PROFISSIONAL

As doenças ocupacionais ou profissionais são equiparadas a acidentes de trabalho nos termos da lei 8213/91, artigos 19 a 23. Preceitua art. 19 da referida lei ser o acidente de trabalho causado pelo exercício do labor, gerando lesão corporal ou perturbação funcional que leve à morte, à perda ou à redução da capacidade para o trabalho ainda que de forma permanente ou temporária.

Logo as doenças ocupacionais não são apenas problemas físicos, mas, também, os de ordem psíquica. O ambiente de trabalho desequilibrado pode gerar desgaste físico e emocional, afetando gravemente a saúde do trabalhador.

Como exemplo jurisprudencial abordando o tema, vejamos acórdão do TRT da 7ª Região que reconheceu o dano existencial proveniente de doença laboral:

DANO MORAL E MATERIAL. PROVA. RECONHECIMENTO. RECLAMANTE. DOENÇA. ACOMETIMENTO. NEXO CAUSAL. ATIVIDADE LABORAL. CONSTATAÇÃO. DANO EXISTENCIAL. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÕES. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. Inúmeros são os documentos, no caderno processual, que demonstram a doença que acometeu a trabalhadora, por razões diretamente

vinculadas ao seu ambiente de trabalho, e, sem sombra de dúvida, por culpa da conduta empresarial, que, por meio de superiores hierárquicos, exerciam intensa pressão psicológica, de forma desmedida sobre a parte hipossuficiente. Evidenciado, inclusive, autêntico dano existencial, este compreendido na própria “frustração do trabalhador em não realizar um projeto de vida e no prejuízo das relações sociais e familiares, em razão da privação do seu direito ao descanso”. Este cenário, inclusive, culminou com a emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, endereçada à Previdência Social, ensejando a percepção, do correspondente benefício previdenciário ao segurado, e, posteriormente, a aposentadoria por invalidez. Foi mais do que comprovada a atitude da entidade bancária, em colaborar, efetivamente, para os graves problemas de saúde que acometem a reclamante. Indenizações pelo dano moral e o material que se mostram pertinentes e em valores condizentes com a razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que se mantém. Recurso ordinário a que se nega provimento (TRT 7ª Região. RO 0062200-64.2007.5.06.0015. Relator: Sergio Torres Teixeira. 2ª Turma. Julgamento: 04/12/2013 Publicação: 06/12/2013) (CEARÁ, 2017).

O direito à saúde é considerado um direito fundamental, indissociável do direito à vida, inalienável, imprescritível e irrenunciável, constituindo objeto de proteção da Constituição Federal e da Legislação Trabalhista.

A Juíza Titular da Vara do Trabalho de Francisco Beltrão no Estado do Paraná, Ilse Marcelina Bernardi Lora, em seu artigo publicado na revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, cita que as lesões por esforço repetitivo, conhecidas comumente como L.E.R. e DORT, quando desencadeadas pelo trabalho,

também poderão caracterizar o dano existencial:

As lesões do sistema músculo-esquelético prejudicam não somente a atividade laboral, mas também as tarefas do dia a dia, tais como a higienização pessoal, a execução de instrumentos musicais e outras atividades de lazer, caracterizando-se, assim, o dano existencial (2013, p.17).

Os movimentos repetitivos e contínuos executados pelo trabalhador ao longo de sua atividade laboral podem sobrecarregar os nervos, tendões e músculos sendo capazes de gerar lesão na capacidade do indivíduo de executar atividades cotidianas. É certo que tais lesões atingem a personalidade do indivíduo no momento em que o impossibilitam para o trabalho e para as diversas atividades cotidianas.

No mesmo sentido, (SOARES, 2009, p.77):

A L.E.R., em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais, como obsta o exercício de tarefas singelas do dia-a-dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial.

O art. 7º, inciso XXII da Constituição Federal dispõe como direito dos trabalhadores ver reduzidos os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O dano existencial se configura quando as lesões decorrentes das atividades profissionais, sejam de ordem física ou psicológica, afetam negativamente a saúde do trabalhador, impossibilitando ou dificultando o exercício de atividades profissional ou tarefas básicas diárias. No caso, essas lesões afetam a esfera existencial dos trabalhadores, pois lhes privam de direitos da personalidade assegurados constitucionalmente, como, a integridade física, psíquica,

moral e intelectual.

NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS

Em linhas gerais, as férias consistem no período de descanso anual concedido ao empregado após doze meses consecutivos de labor para o mesmo empregador. Sua principal finalidade é a de proporcionar descanso ao funcionário, para eliminar um pouco do estresse físico e mental causado pelo trabalho, estando intimamente relacionado com a saúde do trabalhador.

Com base na lesão ao projeto de vida e a vida de relação, o Tribunal Superior do Trabalho condenou empresa que suprimiu da funcionária direito de férias durante dez anos:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.- (ALMEIDA NETO, 2005, p.68). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita

que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema (Processo: RR - 727-76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013).

Observa-se que a 1ª turma considerou ter a violação da legislação referente à concessão de férias atentado contra a saúde física, mental e a vida privada do trabalhador conduzindo à condenação por dano existencial.

Do mesmo modo, o TRT13 entendeu ter restado caracterizado o dano existencial na supressão por longos anos do gozo de férias.

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS. EMPREGADO SUBMETIDO A JORNADA SUPERIOR AO LIMITE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO. LONGOS ANOS SEM O GOZO DE FÉRIAS. CARACTERIZAÇÃO DE DANO EXISTENCIAL. O empregado que passa por longos

anos sem gozar férias, por culpa do empregador, e ainda é submetido a jornadas de trabalho que violam gravemente a Constituição Federal, como a de doze horas em dois dias seguidos, para somente então gozar trinta e seis horas de repouso, sempre sem o gozo mínimo de intervalo intrajornada, e também tendo de trabalhar nas sextas, sábados e domingos, tudo isso em desrespeito ao direito mínimo e basilar ao repouso, gera dano existencial, uma vez que se dedica o empregado integralmente à empresa, afastando-se do convívio familiar e de seu próprio direito ao lazer e formação educacional (TRT 13ª Região - 2ª Turma - Recurso Ordinário nº 0139700-15.2014.5.13.0001, Redator: Desembargador Francisco De Assis Carvalho E Silva, Julgamento: 22/09/2015, Publicação: DJe 29/09/2015).

O julgado considerou que a supressão do direito de férias prejudicou as relações sociais e os projetos de vida da trabalhadora, impossibilitando-a do convívio familiar e social, configurando o dano existencial.

Diante do exposto, percebe-se a amplitude e gravidade dos fatos desencadeadores do dano existencial. Este começa quando o empregador de forma contínua, seja dolosa ou culposa, usurpa direitos dos trabalhadores constitucionalmente protegidos, impondo jornadas excessivas de trabalho ou impossibilitando o gozo de férias, ou não oferecendo condições dignas de trabalho, de modo a inviabilizar a convivência social e desenvolvimento de projetos de vida.

Da jurisprudência apresentada, percebe-se que ainda existe algum grau de confusão entre os institutos do dano moral e do dano existencial, os quais, como dito, embora sejam espécies do mesmo gênero, não são idênticos. O dano moral repercute na esfera íntima, subjetiva do indivíduo, enquanto o dano existencial é de constatação objetiva, um projeto de vida ou uma vida de relação que foram frustrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou analisar o dano existencial sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. O dano existencial é um tema relativamente recente no direito pátrio, oriundo do Direito Italiano. Surgiu para preencher as lacunas frente à proteção do indivíduo, e embora timidamente, vem ganhando maior destaque no Direito brasileiro.

Por meio da linha evolutiva do Direito do Trabalho, percebe-se como a sociedade mudou e evoluiu, conjuntamente tendo crescido a valorização do indivíduo como pessoa humana detentora de autodeterminação. O princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi consagrado como um fundamento do Estado Democrático de Direito, constitui um elemento essencial para tal evolução.

Após analisar os princípios e garantias constitucionais dos trabalhadores e estabelecer o panorama histórico e evolutivo do Direito do Trabalho, foi possível abordar o tema da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, a fim de demonstrar os fundamentos jurídicos basilares da ressarcibilidade por danos extrapatrimoniais, do qual é espécie o dano existencial.

O dano existencial acarreta ao empregado, seja de forma parcial ou total, a impossibilidade de executar projeto de vida e dificuldade na sua vida de relação. É possível afirmar que o dano existencial é uma violação a um direito fundamental, que causa uma alteração danosa na vida no indivíduo, repercutindo na sua personalidade. Essa espécie de dano pode afetar diversas áreas da vida do indivíduo, deste modo, deve ser entendido de maneira ampla.

Foi possível verificar que o dano existencial tem características peculiares as quais o distinguem dos outros tipos de danos imateriais, quais sejam: lesão ao projeto de vida e a vida de relação. O projeto de vida é tudo aquilo que o indivíduo idealizou para sua vida, são metas e objetivos voltados para realização pessoal. Já a vida de relação refere-se aos relacionamentos nos mais diversos ambientes. É o conjunto de relações interpessoais que permitem a coexistência humana.

O fundamento constitucional do dano existencial encontra-se nos artigos 1º, III e 5º, V e X da Constituição Federal, os quais

consagram o princípio da dignidade da pessoa humana e da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais. No mais, o Código Civil, nos artigos 12, caput, 186 e 927 empresta amparo à indenização. Também se aplica ao dano existencial todos os permissivos de reparabilidade do dano moral.

A previsão contida no art. 8º, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), autoriza a aplicação subsidiária do direito comum ao Direito do Trabalho.

Além disso, a Reforma Trabalhista (Lei 13467/2017) inovou ao prescrever no art. 223-B da CLT: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 2017, grifo nosso). No caso, o legislador reformista consagrou expressamente a previsão e ressarcibilidade do dano existencial.

Outro ponto merecedor de destaque é o fato de ainda haver um certo grau de confusão entre o dano existencial, o dano moral e a chamada “perda de uma chance”. Este é uma frustração de não exercer determinada atividade concreta, a qual existia apenas probabilidade do resultado positivo, e, diferentemente do dano existencial, afeta o patrimônio do indivíduo e não apenas os direitos da personalidade. O dano moral diferencia-se do dano existencial ao passo que atinge esferas distintas do indivíduo. Enquanto este atinge a esfera objetiva, sendo de constatação concreta, aquele atinge a esfera íntima do indivíduo, sendo sua dimensão subjetiva, como angústia e sofrimento.

Importante também trazer a lume o resultado da construção doutrinária e jurisprudencial de principais casos, na relação de trabalho, com potencial para ensejar o dano existencial. Neste cenário, destacamos a jornada excessiva de trabalho, condições degradantes de trabalho, doença profissional e não concessão de férias como fatos potencialmente capazes de gerar o dano existencial na vida do trabalhador.

O instituto do dano existencial mostra-se hábil à preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador. Dessarte, devem os profissionais do Direito ficar atentos para sua aplicação a fim

de coibir práticas de agressão nas relações de trabalho, de modo a reparar os prejuízos sofridos pelas vítimas e também funcionar como elemento pedagógico quanto ao correto cumprimento de regras legais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.6, n.24, mês out/dez, 2005.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. O dano Moral e a Reparação Trabalhista. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. São Paulo: Revista LTr, n.1, Jan., 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho - Identificação, Tutela e Reparação do Danos Morais Trabalhistas. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2.ed., 2002.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o Direito do Trabalho. São Paulo: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v.79, n.2, p.240-261, abr./jun., 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.75.

DELGADO, Maurício Godinho. Revista de direito do trabalho: Princípios constitucionais do trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FROTA, Hidemberg Alves da, BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. Revista Forense, Rio de Janeiro. Forense v.411, n.106, set./out. 2010.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista Eletrônica. Tribunal Regional do Trabalho de Paraná, v.2, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stoleze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. v.I, São Paulo: Saraiva, 2002.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIGA, Flávio da Costa. A perda de uma chance no Direito do Trabalho. Dissertação. (Mestrado em Direito) –Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo – SP, 2011.

LORA, Ilse Marcelina Bernadi. In: Revista Eletrônica, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO CURITIBA. Dano Existencial, PARANÁ, v.2, 22.ed., 2013. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=28&pagina=REVIS-TAELETRONICA Acesso em: 04/05/2016.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado: Parte Geral (arts. 1º a 232) v.1, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MARX, Karl. O capital. Crítica da economia política. O processo de produção do capital. v.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21.ed., 2003.

NOGUEIRA, Welenadja de Sá. **Dano Existencial nas Relações de Trabalho: Caracterização e Quantum indenizatório.** 2016, 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). -Centro Universitário de João Pessoa. João Pessoa. 2016.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos.1948 Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 04/05/2016

SABONGI, Camila Martinelli. O dano existencial e políticas públicas labor ambientais: análise da jurisprudência trabalhista. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista. São Paulo: Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Franca, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 8.ed. Ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2006.

SCHREIBER, Anderson, Direitos Da Personalidade. 3.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SILVA, Clóvis Virgílio do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos

sobre a Constituição, São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Flaviana Rampazo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; et al. Instituições de direito do trabalho. v.1. 21.ed., São Paulo: LTr, 2003. p.630.

Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão em recurso de revista. Relator: HUGO CARLOS SCHEUERMANN Disponível em: <http://murilorosario.jusbrasil.com.br/artigos/113028683/do-dano-existencial-no-direito-do-trabalho> Acesso em: 04/05/2016.

Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário. Relator: JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR. Disponível em: http://www.defesadetrabalhadores.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2867:trt-da-150-regiao-condena-empresa-de-transporte-por-exigir-jornada-extenuante&catid=33:noticias-juridicas&Itemid=149 Acesso em: 04/05/2015.

Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário. Relator: WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO Disponível em: <http://trt-13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231725652/recurso-ordinario-ro-561009320145130002-0056100-9320145130002/inteiro-teor-231725663> Acesso em: 04/05/2016.

Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário. Relator: ROBERTA DE PAIVA SALDANHA. Disponível em: <http://trt13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231725652/recurso-ordinario-ro-561009320145130002-0056100-9320145130002/inteiro-teor-231725663> Acesso em: 04/05/2015.

Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Acórdão. Relator: ANA CAROLINA ZAINA. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/1030632/trt-da-9-regiao/noticias> Acesso em: 04/05/2016.

Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão no Recurso de Re-
vista. Relator: MARIA DE ASSIS CALSING. Disponí-
vel em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TST/attachments/TST_RR_14439420125150010_de759.pdf?Signature=wP%2F7JM2OwdxoGfR%2FTRstOqxubKY%3D&Expires=1443039162&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEM-ZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=36fbbe46d2ofb8e83dd8ea4556a3aoda
Acesso em: 04/05/2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 9.ed.
São Paulo: Atlas, 2009.

CAPÍTULO 3

AS RELAÇÕES TRABALHISTAS E OS SEUS NOVOS ARRANJOS: O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

*Arthur da Gama França*²⁵
*Dhávila Beatriz Vitorino*²⁶
*Luana Sabrina Xavier Tomaz*²⁷

RESUMO

As relações trabalhistas já não são as mesmas. O novo panorama que o mundo e o Brasil enfrentam acaba por apresentar ao direito algumas novas formas de relacionamento jurídico trabalhista distintos dos que antes se experimentava. Seja pela valorização da terceirização e rompimento dos obstáculos a ela antes empregado, seja pela inclusão de novas figuras na Consolidação das Leis do Trabalho como o trabalho intermitente e o teletrabalho. Não só isto, a nova perspectiva trabalhista permitiu criar a figura do empregado hipersuficiente que tem autonomia negocial com o empregador, sem que precise da assistência do sindicato da categoria. Para

25 Advogado Militante. Professor Universitário do Centro Universitário UNIFACISA. Especialista em direito Civil pela FIJ e Pós graduado pela ESMA-PB. E-mail: arthur.franca@unifacisa.com.br.

26 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNIFACISA, Campina Grande- PB. E-mail: dhavilabeatriz@gmail.com

27 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNIFACISA, Campina Grande- PB. E-mail: Luana.sabrina6@gmail.com

tanto, o presente trabalho busca com método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, apresentar como se apresenta o trabalhador hipersuficiente e como é seu impacto nas relações de trabalho, mas também reflexão sobre a inadequação do instituto diante dos poucos requisitos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Relações de Emprego; Empregado Hipersuficiente.

ABSTRACT

Labor relations are no longer the same. The new panorama that the world and Brazil faces ends up presenting to the law some new forms of legal labor relationship different from those previously experienced. Whether by valuing outsourcing and breaking the obstacles previously employed, or by including new figures in the Consolidation of Labor Laws such as intermittent work and teleworking. Not only that, the new labor perspective allowed to create the figure of the hypersufficient employee who has autonomy to negotiate with the employer, without needing the assistance of the union of the category. For this purpose, the present work seeks with a hypothetical-deductive method, through bibliographic research, to present how the hypersufficient worker presents himself and how his impact on labor relations is, but also a reflection on the inadequacy of the institute in light of the few legal requirements.

KEYWORDS: Labor Law; Employment Relations; Hypersufficient Employee.

INTRODUÇÃO

A reforma da Consolidação das Leis do Trabalho trouxe diversas inovações a esse ramo do direito. A flexibilização, bastante evidente nas diretrizes da nova CLT, atingiu inúmeros cenários e criou novos conceitos, um destes se trata do empregado hipersuficiente. Tal novidade suscita muitas dúvidas e possui obscuridades e discordâncias doutrinárias a respeito de sua constitucionalidade e a quem tal prerrogativa realmente beneficia. Assim, no presente

estudo, buscou-se por meio de pesquisa bibliográfica responder aos questionamentos supracitados, tendo como intuito desta análise assegurar que as futuras negociações sejam justas na relação empregador-empregado.

A RELAÇÃO TRABALHISTA

A constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil assegura o mais elevado padrão de afirmação do valor-trabalho e da dignidade do ser humano em contextos de contratação laborativa pela mais ampla maioria dos trabalhadores na sociedade capitalista, uma vez que é capaz de regular, no plano normativo, o contrato de emprego, além dos trabalhadores legalmente especificados.

A noção de trabalho perpassa por um ideal genérico, entretanto destaca-se que nem toda atividade laborativa é regulada pelo direito. Desta premissa básica tem-se a distinção entre a relação de trabalho e a relação de emprego, no qual aquele é gênero que este é espécie. Isto posto, é conferida à primeira uma interpretação que abrange diversas formas de prestação de serviço, desde que a atividade humana seja o objeto principal do contrato. Na relação de emprego, por sua vez, seria uma espécie de trabalho regulado pelas normas e princípios do direito do trabalho.

Conquanto, diz existente um lime jurídico de trabalho quando os sujeitos nele envolvidos assumem posições contrapostas para que um ofereça sua força laboral e o outro retribua o dispêndio de energia através de uma contraprestação de natureza pecuniária. Destarte, cumpre-se salientar que no mundo moderno, em algumas situações, as pessoas que ingressam na vida econômico-social por meio da oferta subordinada, pessoal, não eventual e onerosa de seus serviços.

À vista disso, a enumeração das espécies de contratos que constituem uma relação de trabalho é basicamente a seguinte: a) prestações de serviço autônomo (art. 593 a 609 do Código Civil); b) contrato de transporte (art. 730, do Código Civil); c) contrato de agência e distribuição (art. 710 a 721 do Código Civil); d) a representação comercial (Lei nº 4886/65); e) contrato de corretagem (art. 722 a 729 do Código Civil); f) contrato de administração (membros

do conselho de administração das sociedades anônimas e diretores não empregados); g) contratos de cooperativa (art. 1093 a 1096 do Código Civil); h) contrato de parceria rural; i) contrato de mandato; j) o trabalho voluntário.

Carla Tereza Martins Romar (2018, p.129) entende, por sua vez, que ao contrário da relação de trabalho, “[...] a relação de emprego, embora também tenha por fundamento o trabalho humano, é específica, possuindo características próprias que a distinguem das demais formas de prestação de serviço”.

O empregado distingue-se do trabalhador autônomo, porque, além de ficar juridicamente subordinado ao poder de comando do empregador, este é que assume todo o risco da atividade econômica empreendida. Já o autônomo executa o trabalho que contrata por vontade própria e assume o risco dessa atividade, explorando sua força de trabalho em seu benefício. Daí a definição legal: “Trabalhador autônomo é aquele que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada” (art. 4º, alínea c, da Lei nº 5.890/1973).

O EMPREGADOR

A relação de emprego, como demonstrada alhures, abarca a figura do empregador, isto é, aquele que está diretamente relacionado à figura do empregado, uma vez que este presta aquele um trabalho dotado de pessoalidade, não eventualidade, subordinação e remuneração. Neste sentido, conceitua o art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, a pessoa do empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

À *priori*, ressalta-se que ao empregador pode ser atrelado à ideia de que seria uma possível pessoa física, jurídica ou até mesmo um ente despersonalizado que presta um contrato de prestação de serviço com um terceiro, no qual deve reunir as características supramencionadas. Todavia, Luciano Martinez (2019, p.78), em seu Curso de Direito do Trabalho, ao analisar as relações individuais do trabalho, tece uma crítica doutrinária ao legislador, pois este vinculou a figura do empregador ao da empresa.

Em ato contínuo, o referido autor aduz que:

Essa vicissitude, porém, deve ser analisada à luz da ideologia da época da edificação das primeiras normas trabalhistas brasileiras, que atribuíam ao empregador a qualidade de instituição, com todas as características que lhe são próprias, inclusive a de existir independentemente da vinculação a qualquer pessoa física ou jurídica, a de ter poderes (ao revés de meros direitos) a de ter um caráter de continuidade e a de ter missões relevantes dentro do contexto social (MARTINEZ, 2019, p.78).

Cumpra-se ressaltar que ao afastar a concepção, trazida pela lei, sobre a equiparação de empregador e empresa, nos moldes atuais, é possível conceber e ao mesmo tempo justificar a ideia de que a classe patronal pode ser formada por pessoas jurídicas naturais que têm o condão de contratar empregados. Além disso, admite-se pela doutrina que os entes despersonalizados, a exemplo dos condomínios, espólios, massa falida, podem também configurar o aludido polo, visto que são sujeitos de direitos e deveres.

Por conseguinte, destaca-se que a lei equiparou ao empregador, “*para os efeitos exclusivos da relação de emprego*”, e desde que admitam empregados (art. 2º, § 1º, CLT): os profissionais liberais; as instituições de beneficência; as associações recreativas; outras instituições sem fins lucrativos. Portanto, ressalta-se que o fato de ter finalidade lucrativa não é elemento fático-jurídico necessário para caracterizar o empregador.

Destarte, são dois esses efeitos, ou características, no qual a melhor doutrina aponta para configurar o empregador, qual sejam: a *despersonalização*, para fins jurídicos; e a sua *assunção dos riscos* do empreendimento e do próprio trabalho contratado. O primeiro consiste na possibilidade de modificação do sujeito passivo da relação de emprego, sem prejuízo do contrato de trabalho, por meio por exemplo da Sucessão empresarial ou pela Concentração empresarial. O segundo, por sua vez, impõe à exclusiva responsabilidade

do empregador os ônus decorrentes de sua atividade empresarial.

O EMPREGADO

Na forma do art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Ou seja, interpretando a norma legal, pode-se dizer que o empregado é a pessoa natural que presta serviço pessoalmente e “despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso” (MARTINEZ, 2019, p.64).

Para Maurício Delgado (2019) o “Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.” Ressaltando o que estabelece o Artigo 3º da CLT.

À vista disso, pode-se afirmar que estamos diante de um conjunto de características aos quais são interpretadas como requisitos básicos para distinguir o que seria a figura do empregado dentro do plano prático-jurídico: a pessoalidade, não eventualidade, não assunção dos riscos, subordinação e onerosidade. Nesta senda, os elemento fático-jurídico da relação existente entre empregado e empregador produzem efeitos não somente no instante da configuração do vínculo empregatício, como também no momento de sua própria extinção.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, como vida, saúde, integridade física e psíquica, segurança, igualdade em sentido substancial, bem estar, lazer, etc., pertencem eminentemente às pessoas naturais, não às jurídicas. Além disso, tomando por base o critério aludido, a atividade laborativa deve ser realizada pelo contratado, exclusivamente, uma vez que não pode haver substituição ao longo da concretização dos serviços pactuados. Pode haver exceções à regra quando, por exemplo, existe uma concordância das partes de que ocorra a substituição, as ocorridas por força de lei.

Ainda, ressalta-se que no nosso ordenamento jurídico as normas

editadas em torno no Direito do Trabalho devem ser voltadas para a continuação da relação de emprego. E, assim, embasando-se nesta premissa ressaltamos o instituto da não eventualidade, na medida que sua análise se baseia nas dinâmicas fático-jurídicas estabelecidas entre o empregado e o empregador.

A subordinação, por sua vez, é um dos elementos definidores para a caracterização de empregado no ordenamento pátrio. E, ainda, define uma fórmula de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo, como deduz Maurício Gondinho Delgado (2019, p.338), ou seja, para este autor o instituto da subordinação é capaz de diferenciar dentro das relações prático-jurídicas sobre a existência ou não de uma prestação de trabalho de uma pessoa natural e capaz perante outro.

O parágrafo único do art. 3 da CLT, aduz que não haverá distinção relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual, entretanto percebe-se nesta nova fase sobre o direito do trabalho que o legislador impõe novas formas de enxergar a diversidade de trabalhadores dentro do mercado. Ademais, foi introduzida pela lei nº 13.467/2017 uma nova espécie de empregado de formação intelectual, isto é, aquele que demanda uma ideia de trabalho imaterial, o empregado hipersuficiente.

NOVAS ROUPAGENS DA RELAÇÃO TRABALHISTA

Como forma de dinamizar a forma como as relações de trabalho são executadas no mundo tecnológico e globalizado a reforma trabalhista regularizou a maneira como as empresas e os seus empregados optam por usar a tecnologia a seu favor, diminuindo e reduzindo os custos de manter o contrato de trabalho. À vista disso, opera-se na atual conjuntura as hipóteses de teletrabalho e trabalho intermitente, por exemplo, dentre outras hipóteses.

O teletrabalho pode ser entendido como prestação de serviços à distância, mediante a utilização da tecnologia e outras formas de telecomunicação, realizada pelo empregado em detrimento de seu empregador. Conquanto, destaca-se a redução de custo que este trabalhador poderia vir a gerar para o empregador, em condições

convencionais de contratação, e nova realidade de mercado. Por outro lado, para o empregado inexiste desgaste físico e mental deste em relação a ida ao local de trabalho.

De acordo com o art. 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas os pressupostos da relação de emprego não se distinguem entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância. Nesta senda, destaca-se a leitura do art. 75-C, do mesmo diploma legal, que dispõe que o empregador poderá realizar a alteração entre regime presencial e de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

Ademais, cumpre-se ressaltar, também, a hipótese do trabalho intermitente, uma vez que é uma novidade abarcada pela reforma trabalhista, nos art. 443, caput e § 3º; art. 452-A, caput e §§ 1º até 9º, merece atenção. Isto posto, caracteriza-se o intermitente como aquele que possui um contrato de trabalho, para determinada prestação de serviço. Existe a subordinação, todavia a atividade laboral não é contínua. E, nesta senda, para Maurício Gondinho Salgado (2018, p.672), este novo contrato institui modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho.

Dentro das novas roupagens trazidas pelo estudo do Direito do Trabalho contemporâneo, além das modalidades supramencionadas, é possível estabelecer uma subcontratação de mão de obra, qual se baseia pela relação triangular entre o trabalhador terceirizante, o tomador e a empresa terceirizada.

A reforma trabalhista, em seu turno, trouxe a redação art. 4º-A da Lei 6.019/74, estabelecendo que considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Mesmo diante desta importante inovação quanto à terceirização, é necessário que as empresas tomadoras de serviços adotem critérios na contratação da empresa prestadora de serviços, acompanhando inclusive a evolução do vínculo laboral daqueles

empregados envolvidos na prestação dos serviços, principalmente no que se refere aos [direitos trabalhistas](#). Além disso, nos últimos anos é nítido percebermos o quanto a informalidade cresceu no país, mas a proposta do governo brasileiro era de que a reforma trabalhista expandiria as vagas de mercado de trabalho. Do ponto de vista conceitual a informalidade caracteriza-se pelo exercício e atividade laboral sem vínculo ou registro e desprovido, pois, de qualquer benefício assegurado pelas normas trabalhistas.

Outrossim, como supramencionado, os níveis de trabalhadores na informalidade subiu e de acordo com uma pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é a maior porcentagem da história. A Agência Brasil (2019), por sua vez, apontou os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (Pnad Contínua), divulgada na data de 31 de outubro de 2019 pelo IBGE, no qual atestou que os empregos informais chegam a 41,4% da força de trabalho ocupada no país.

Construindo uma análise crítica do teletrabalho, do trabalho intermitente, da terceirização e, em ato contínuo, o trabalho informal é perceptível a mudança de padrões nas relações desenvolvidas dentro do âmbito do Direito do Trabalho, uma vez que, retrata as transformações ocorridas. A nova relação de trabalho aduz a caracterização de um trabalhador mais autônomo, sem vínculos e, em muitas das vezes, sem estabilidade alguma. Todavia, tal acepção colide com a premissa básica do Direito do Trabalho, ou seja, o direito social protetivo à condição humana de labor. **Como afirma Marília Marques Rego Vilhena:**

Tal importância se mostra tão evidente que os que postulam a flexibilização tendem a atacar o princípio da proteção contundentemente, pois, com o enfraquecimento das normas tendentes a minimizar as desigualdades inerentes à relação de emprego, fatalmente trará como consequência direta a morbidade do Direito do Trabalho e o fortalecimento dos mais fortes em detrimento dos mais fracos. A

estratégia da busca da flexibilização da legislação trabalhista mediante o enfraquecimento do princípio da proteção já vem sendo adotado em diversos países do mundo (VILHENA, 2014, p.290).

As normas trabalhistas têm um papel fundamental em preservar os valores sociais e o ser humano enquanto portador de particularidades que devem ser respeitadas, tendo em vista a deturpação da figura do trabalhador e sua “coisificação”. Ou seja, nos moldes atuais, há uma tendência de associar a atividade laborativa e, conseqüentemente, quem o desempenha, como uma máquina de gerar lucros e riquezas para um terceiro. Neste panorama acarreta um esquecimento que o trabalhador é um sujeito digno de direito e deveres dotado de capacidade.

Neste sentido, cumpre-se destacar que as transformações econômicas e sociais afetaram substancialmente as relações de trabalho, outrossim, concomitante a isto, há uma tendência a caracterizar o trabalhador como uma não-pessoa. Tal realidade foi abordada no recém premiado filme *Parasita* (2019), ao passo que mostra como atualmente as pessoas estão se sujeitando a subempregos terceirizados, por exemplo.

No longa metragem há uma divisão entre as classes sociais, de um lado a família pobre, composta por desempregados e os trabalhadores *uberizados*²⁸; e a família rica, que contrata a mão de obra terceirizada, na sua residência, para todas as necessidades cotidianas. Destarte, tem-se, a partir de uma análise criteriosa, que a luta de classe deixa de ser um eixo exclusivo do capitalismo e passa a se evidenciar através de atividades laborativas. O empobrecimento e as desigualdades sociais delimitam a abordagem da sociedade sul coreana, como também de tantas outras sociedades ocidentais.

28 O conceito foi desenvolvido no seio dos estudos da atualidade do mundo empresarial que vem se utilizando de plataformas digitais para intermediar consumidores e fornecedores, denominada de economia do compartilhamento. Enquanto obra referência para tal conceituação ver: SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. 2017.

É evidente que houve uma mudança na concepção do trabalhador contemporâneo, através de uma flexibilização, pois este deixou de ser visto como um “custo” e dessa forma, os estudiosos entendem que foi transferido para estes as responsabilidades e dispensas nas quais eram tidos, anteriormente, pelo empregador. De tal forma, esta seria a conclusão diante da análise sobre as novas roupagens da relação trabalhista, além do abordagem fática trazida pelo filme. E, no cenário atual de trabalho, usa-se o termo *uberização*²⁹ para conceituar tal fenômeno.

O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE

Historicamente é atribuída à relação desenvolvida entre o empregador e o empregado uma desigualdade de força, fazendo-se imprescindível, pois, a aplicação de normativas legais para controlar determinadas disparidades. Entretanto, contrariando o estado de vulnerabilidade absoluta do empregado, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.467/2017, que alterou normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, na qual inovou trazendo a figura do Trabalhador Hipersuficiente.

Incontroverso é o entendimento de que nas relações de trabalho, na forma do art. 444 da Consolidação das Leis Trabalhistas³⁰, é livre a estipulação entre os interessados, aos contratos coletivos, desde que lhes sejam aplicáveis as decisões das autoridades competentes, na medida que não confronte as normas de proteção ao trabalho. Não obstante, a referida norma não se aplica ao empregado

29 Esta expressão surgiu ao ser discutido, pelo mundo, a relação de trabalho existente entre o motorista e a empresa, por aplicativo, Uber.

30 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.**

hipersuficiente, ou seja, aquele 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.

Nesta senda, podem ser considerados como portadores de diploma superior, a saber, os detentores de título de bacharel, licenciatura ou tecnológico. Saliente-se que na data de vigência da Lei nº 13.467/2017 (11 de novembro de 2017), esse dobro do teto dos benefícios do INSS alcançava o montante de R\$ 11.062,6231.

A abordagem trazida pelo art. 444 da CLT traduz a caracterização do Direito do Trabalho como ramo do Direito Privado, tendo em vista que se deduz que o empregado hipersuficiente seria dotado de uma capacidade de negociação maior que outros. Destarte, cumpre-se ressaltar que *“a lei nº 13.467/17 trouxe ao mundo jurídico a premissa de que o negociado poderá superar-se diante do legislado (VIVEIROS, 2018).*

Conquanto, é plausível interpretar o termo “livre estipulação”, a submissão de determinados trabalhadores e a diminuição de direitos especificados no art. 611-A da CLT, mas com a mesma eficácia legislativa de contratos coletivos. A gravidade desta realidade é contornada por Maurício Gondinho Delgado (2019, p.439), na medida que este aduz que a lei não se refere aos altos executivos de grandes empresas com ganhos contratuais diferenciados e estratosféricos, mas aos empregados que, apenas, sejam portadores de diploma de curso superior e que percebam salário mensal igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Tendo em vista que o rol exemplificativo do artigo 611-A se estende às negociações entre empregador e empregado hipersuficiente,

31 Informação retirada do link: https://www.google.com/search?safe=active&rlz=1C1SQJL_pt-BRBR858BR858&sxsrf=ALeKko2HAnHp-4VR-QwswcY-IN_M8DXpuxA%3A1584013922906&ei=YiJqXuH3NpbY5OUP-qvCFoA8&q=Qual+o+teto+da+Previd%C3%AAncia+em+2017%3F&oq=Qual+o+teto+da+Previd%C3%AAncia+em+2017%3F&gs_l=psy-ab.3..oi2zi3ol2.47538.47538..47949...o.2..o.213.213.2-1.....o....2j1..gws-wiz.....oi71.hEmnE-2PkI&ved=0ahUKEwjhsMbZ75ToAhUWLLkGHSp4AfoQ4dUD-CAs&uact=5. Data de acesso: 8 de março de 2020.

é notório que há segregação entre sujeitos iguais no aspecto social e jurídico. Ademais, a limitação legislativa pode ser prejudicada em detrimento dos interesses do empregador.

Este, no campo fático, tem o poder administrativo para coagir ou pressionar os trabalhadores a aceitar determinados preceitos, como por exemplo em relação à jornada de trabalho e banco de horas, tendo em vista que as cláusulas negociais coletivas têm prevalência sobre a lei, e conseqüentemente, se aplicando aos indivíduos da relação de trabalho hipersuficiente.

Portanto, imprescindível é analisar e ponderar as probabilidades de crescimento do empreendedorismo no território nacional, dado que quis o legislador, ao valorizar a livre concordância entre as partes, adequando as relações trabalhistas ao momento atual da atividade econômica do país. Entretanto, por outro lado, destaca-se que tornar as condições de trabalho à beira da precarização, com o intuito de massificar as contratações, não é uma abordagem positiva à luz dos princípios constitucionais pátrio, a exemplo da tese de proteção do trabalhador.

O empregado qualificado como hipersuficiente detém a possibilidade de livre estipulação de seu contrato de trabalho de maneira individual e direta com seu empregador, mas isso não significa que este frui de mais autonomia no campo prático. Ademais, o assunto merece discussões na comunidade jurídica, já que a lei não dispôs de uma análise mais cuidadosa, gerando, assim, uma generalização das disposições relativas ao tema.

Empregado que detém mais de um vínculo empregatício

Tendo em vista os critérios objetivamente estabelecidos para configurar a hipersuficiência, ou seja, portar diploma de nível superior e receber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, há uma incompreensão no que diz respeito ao segundo.

Possivelmente, poderia se pressupor que ao redigir o artigo, o legislador não pretendia considerar a soma de mais de um vínculo empregatício no tocante à remuneração, surgindo a hipótese de só se conseguir tal montante com a soma de duas remunerações

provenientes de Empregadores distintos.

No entanto, o critério remuneratório está diretamente ligado com a vulnerabilidade do empregado em relação ao seu empregador. Considera-se que com o cumprimento desse requisito salarial o empregado teria maior autonomia e liberdade contratual, consequentemente diminuiria o poder do empregador face ao seu empregado “hipersuficiente.

Além disso, fruindo de mais de um vínculo empregatício, a dependência do trabalhador perante cada um de seus ofícios permanece. Por conseguinte, a função e importância deste em cada um dos postos de trabalho torna-se desigual, havendo também, aptidão para a livre estipulação e maior paridade de poder com múltiplos empregadores. Esta múltipla paridade, no entanto, seria insustentável na realidade laborativa.

A adição do montante salarial de múltiplos empregos para atingir a meta designada por lei gera um claro prejuízo para o trabalhador, que mais uma vez se submeteria a possíveis abusos de seus empregadores em relação a suas garantias nas negociações, tendo em vista que não teria maior autonomia ou liberdade em cada um de seus empregos de forma isolada, não caracterizando assim, o conceito de hipersuficiência criado pela legislação.

Remuneração

A dependência econômica que o trabalhador possui em detrimento do seu empregado é uma das teses que confirmam a vulnerabilidade daquele, tendo em vista a desigualdade que se vislumbra no estabelecimento da relação contratual. Além disso, acentua-se que o salário devido por lei limita a exploração da força laborativa e, neste sentido, o direito, como produto e processo social, com o intuito de tentar equilibrar as disparidades prescreve algumas prerrogativas.

Destarte, como mencionado alhures, o advento da lei nº 13.467/17 trouxe diversas contradições aos parâmetros estabelecidos entre empregador e empregado e, neste estudo, mais especificamente diante da figura do empregado hipersuficiente. De tal forma, do ponto de vista legal, são duas as características dadas a este subalterno, dadas pelo texto do parágrafo único do art. 444

da CLT: (i) portador de diploma de nível superior e que (ii) perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que é aproximadamente R\$ 12.202, 1232.

O valor do salário não o torna mais ou menos depende do empregador, muito menos devem lhe tolher a hipossuficiência econômica, tal tese é fixada na Consolidação das Leis Trabalhistas no art. 3º33, pois a subordinação, por exemplo, é um dos pressupostos da relação de emprego.

Outrossim, cumpre-se ressaltar, também, que o art. 7º no inciso VI, trata que é direito do trabalhador a irredutibilidade salarial, salvo o que dispõe do acordo ou convenção coletiva. Por conseguinte, o art. 611-A da CLT ratifica o entendimento consubstanciado na Constituição Federal (1988), na medida que aduz que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando tratarem de remuneração, prêmio e participação nos lucros e resultados.

Nesta acepção, Homero Batista Mateus da Silva (2018, p.173)³⁴, em sua “CLT Comentada”, ilustra que no que concerne à violação ao art. 7º, XXVI, há possibilidade de afastar o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos regularmente firmados. Pois, para o referido autor, nasce um risco desmesurado de se utilizar o art. 444 (CLT) de modo amplo, para forçar ajustes individuais contra a lei e contra a negociação coletiva, apoiado no singelo argumento de que o empregado ganha mais que 11.000 reais. As chances de ter de pagar todos os atrasados, com o acréscimo dos encargos legais, é

32 Valor acessado no link: https://www.google.com/search?q=teto+do+benef%C3%ADcio+do+inss&rlz=1C1SQJL_pt-BRBR858BR858&oq=teto+do+bene&aqs=chrome.1.69i57j0l7.4351j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8, na data de 08/03/2020

33 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

34 SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT comentada [livro eletrônico] / Homero Batista Mateus da Silva. 2.ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

alta, desproporcional aos eventuais benefícios de se afastar a convenção coletiva para este ou aquele empregado.

Conquanto, ao considerar que o parágrafo único supramencionado art. 444 estabelece que a negociação entre os empregados hipersuficientes tem a mesma eficácia que a negociação coletiva, seria possível argumentar que os trabalhadores pertencentes a essa nova categoria poderiam renegociar seus salários, por dedução. Não obstante, a possível interpretação indicada acima – que, certamente, suscitará muitos debates – é muito importante ter cautela, uma vez que, as discussões ainda são contemporâneas.

Diminuição percentual do salário frente ao Regime Geral da Previdência Social

A imposição legal para suportar a liberdade do trabalhador e pretensa paridade entre este e o empregador tem limite mínimo e deve ser atual. O dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social hoje se aproxima a R\$ 12.202, 12, visto que o benefício previdenciário só poderá atingir no momento R\$ 6.101,06 no ano de 2020 frente o reajuste de 4,48% dos benefícios pela portaria 914 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

Por conseguinte a paridade para com este limite deve ser perene, sob pena de se desconsiderar as cláusulas de arbitragem e qualquer outra que lhe tenha sido imposta em razão da adequação ao que preceitua as liberdades do empregado hipersuficiente.

Isto porque ao ser superada a remuneração do empregado hipersuficiente frente a reajuste do teto do benefício do Regime Geral da Previdência Social o empregado deixaria de se subsumir ao que prevê o Parágrafo Único do Art. 444 da CLT e, portanto, deixando de se configurar empregado hipersuficiente, tornando por ter regulado sua relação de trabalho às regras impostas aos demais contratos trabalhistas, inclusive no que se tenha estabelecido em convenção coletiva que lhe teria sido sonegado antes ou à Lei.

Tal medida está em consonância com o princípio da proteção e o princípio da norma mais favorável que regem as relações trabalhistas, face a, como dito por Delgado (2019, p.235) “tríplice dimensão

no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante”, inexistindo mais a excepcional condição de empregado hipersuficiente.

Disposições dos dissídios coletivos

A condição excepcional aplicada ao empregado hipersuficiente lhe possibilita tomar as rédeas nas negociações com seu empregador. No entanto, permanece a possibilidade de que as negociações coletivas permaneçam existindo para os seus pares e sua categoria profissional, restando diferenciar o que lhe poderá atingir ou não.

Primeiramente resta claro que as disposições das convenções coletivas de trabalho no que não lhe forem contrárias ao que tenha se estabelecido no seu próprio contrato e nos aditivos que sobrevenham, aplicam-se ao empregado hipersuficiente.

Entretanto, não poderíamos deixar de registrar que as disposições concorrentes e divergentes da convenção coletiva de trabalho e dos acordos coletivos, não alcançam o contrato de trabalho do empregado hipersuficiente. Aliás, mesmo as legais conforme o que está previsto no rol do Art. 611-A da CLT.

O rol do Art. 611-A da CLT traz o limite do que pode ser negociado pelo empregado hipersuficiente, sem a participação do Sindicato da categoria e trazendo a sua autonomia e capacidade negocial plena. São elas: Jornada de trabalho, banco de horas e intervalo intrajornada, registro de ponto, salário, plano de cargos, participação nos lucros, percentual de insalubridade, teletrabalho, trabalho intermitente, regime de sobreaviso e feriados.

Excetua-se portanto, o intervalo interjornada de 11 horas para a grande parte das profissões, sendo uma amostra da restrita liberdade de negociação, também. Some-se que as disposições contratuais, seja na convenção ou acordo coletivo de trabalho, seja no ajuste no contrato do empregado hipersuficiente, não podem ir de encontro com os limites impostos na Constituição Federal.

Liberdade: O que se pode fazer?

Dado o advento da lei nº 13.467/2017 houve uma significativa ampliação da autonomia da vontade, no que se aplica ao empregado

hipersuficiente, impondo uma mitigação dos princípios protetor e da irrenunciabilidade, bem como das restrições para a alteração do contrato de trabalho, Romar, em seu “Esquematizado de Direito do Trabalho” (ROMAR, 2018, p.195). Neste sentido, impõe-se a problemática concernente às consequências da liberdade contratual implementada, após a vigência da lei supracitada, nas relações contratuais.

Imperioso faz-se destacar que existem incompatibilidades entre a Constituição Federal, princípios e normas jurídicas, no que se refere ao empregado hipersuficiente. As abordagens sobre o trabalho, o Direito do Trabalho e contrato de trabalho, partindo do pressuposto de que o trabalho é um direito e dever social imprescindível para a dignidade da pessoa humana e a justiça social é um pressuposto de liberdade, ganharam novas roupagens na medida em que o empreendedorismo nacional se contrapõe com a precarização do trabalho.

A liberdade de contratação se opera na medida em que permite que as condições contratuais estipuladas entre empregador e empregado, que preencham os pressupostos ali especificados, tenham a mesma eficácia que a negociação coletiva. A melhor doutrina aponta que tais permissões constituem uma afronta à nossa Carta Maior de 1988, a citar o afrontamento ao tratamento isonômico devido aos trabalhadores e a ideia de que portar diploma universitário não deixa pessoas aptas a transigirem em negociações contratuais em paridade com o empregador.

Maurício Gondinho Delgado (2019, p.440), por sua vez, apresenta em seu Curso do Direito do Trabalho que a discriminação, no caso, evidencia-se não apenas em face de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado, isto é, introduzindo-se, na ordem jurídica, critério bastante esdrúxulo: quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será. A discriminação evidencia-se, também, a partir de parâmetro econômico modesto, desarrazoado, desproporcional ganho salarial mensal correspondente apenas ao dobro do teto de benefícios do INSS dos aludidos empregados.

Comentando sobre o assunto, Carla Tereza Martins Romar

(2018) assim dispõe:

Importante ressaltar, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio veda qualquer distinção entre o trabalho manual, técnico ou intelectual, bem como entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF, e art. 3º, parágrafo único, CLT). Este critério de não discriminação adotado pelo legislador leva à conclusão de que será considerado empregado qualquer pessoa física que prestar serviços com pessoalidade, não eventualidade, subordinação e remuneração, independentemente do trabalho executado ser manual, técnico ou intelectual, tendo todos o mesmo tratamento trabalhista (ROMAR, 2018, p.192).

O critério da não discriminação que foi previsto Constitucionalmente no Art. 7º, inciso XXXII, pode ser usado como parâmetro para mostrar que o trabalhador hipersuficiente não pode ter tratamento distinto dos demais.

Pelo exposto, depreende-se que no instituto ora estudado as diferenciações jurídicas impostas não têm o condão de minimizar o poder empregador perante o empregado, assim sendo não há justificativa para um tratamento tão desigual conferido a esta categoria de profissional. O valor do salário de determinada pessoa não importa em poderio suficiente de se ver desprotegidos direitos imprescindíveis para a vida e sociedade, ou seja, os direitos trabalhistas.

Arbitragem

A busca pela solução plena da lide cominada com a pacificação do conflito, deve, dentro do neoprocessualismo³⁵, se sobrepor ao rigorismo processual. À vista disso, não basta que o Estado garanta o acesso a uma atividade jurisdicional, mas que possua arcabouço

35 O estudo e aplicação do Direito Processual, com a constitucionalização do processo de acordo o repertório teórico do ordenamento jurídico atual.

normativo que dê embasamento para o uso de métodos eficazes de solução de conflitos, seja na autocomposição ou heterocomposição. Na arbitragem, forma heterônoma, um terceiro concede uma solução para as partes, prestando um compromisso arbitral.

À vista disso, acentua-se que existem ressalvas na aplicação deste instituto em alguns ramos no Direito pátrio. Na Justiça do Trabalho, no que lhe diz respeito, não admite a heterocomposição nas relações de emprego, uma vez que entende-se que existe potencial de violar direitos indisponíveis, como aduz Luciano Viveiros (2018, p.41). Entretanto, existe uma situação excepcional prevista no art. 507-A da CLT, no qual é interpretado à luz do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

No âmbito trabalhista a arbitragem somente aparece quando o bem jurídico a ela submetido é avalizado pela entidade sindical operária, sendo exemplo a participação dos lucros ou resultados, conforme se pode ver no texto do art. 4º da Lei nº 10.101/2000. Conquanto, no julgado RR — 1799/2004-024-05-00.636, o Ministro

36 RECURSO DE REVISTA - DISSÍDIO INDIVIDUAL - SENTENÇA ARBITRAL - EFEITOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ART. 267, VII, DO CPC. I - É certo que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 estabelece ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Sucede que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta. Possui relevo no ato da contratação do trabalhador e durante vigência do pacto laboral, momentos em que o empregado ostenta nítida posição de desvantagem, valendo salientar que o são normalmente os direitos relacionados à higiene, segurança e medicina do trabalho, não o sendo, em regra, os demais, por conta da sua expressão meramente patrimonial. Após a extinção do contrato de trabalho, a vulnerabilidade e hipossuficiência justificadora da proteção que a lei em princípio outorga ao trabalhador na vigência do contrato, implica, doravante, a sua disponibilidade, na medida em que a dependência e subordinação que singularizam a relação empregatícia deixam de existir. II - O artigo 114, § 1º, da Constituição não proíbe o Juízo de arbitragem fora do âmbito dos dissídios coletivos. Apenas incentiva a aplicação do instituto nesta modalidade de litígio, o que não significa que sua utilização seja infensa à composição das contendas individuais. III - Para que seja consentida no âmbito das relações trabalhistas, a opção pela via arbitral deve ocorrer em

Relator Antônio José de Barros Levenhagen considerou ser possível admitir a arbitragem em relações individuais de emprego, desde que extinto o vínculo, haja vista a ampla liberdade de que dispõem os contendores neste momento. Além disso, cumpre-se salientar que o legislador pátrio considerou a possibilidade de vícios de consentimento no negócio jurídico³⁷, dada a posição de vulnerabilidade do empregado.

Por conseguinte, como mencionado anteriormente, existe exceção e esta foi trazida pela lei nº 13.467/2017 que criou a figura do empregado hipersuficiente, caracterizado acima, e o considerou absolutamente suscetível à arbitragem. De tal forma, tal disposição leva-nos a entender que o requisito básico para que um determinado trabalhador se submeta a tal instituto é a sua elevada remuneração. Mas, como já exposto, é de extrema importância e justificável a cautela na sua aplicação, bem como se existam discordâncias entre as partes nada obsta que o Poder Judiciário venha analisar a questão.

A aplicação da arbitragem no caso concreto apenas será possível por iniciativa de ambas as partes, sem que se possa alegar a indisponibilidade do direito a ser discutido. Nesta senda, tem-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que, *ipsis litteris*:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde

clima de absoluta e ampla liberdade, ou seja, após a extinção do contrato de trabalho e à míngua de vício de consentimento. IV - Caso em que a opção pelo Juízo arbitral ocorreu de forma espontânea e após a dissolução do vínculo, à míngua de vício de consentimento ou irregularidade quanto à observância do rito da Lei n. 9.307/96. Irradiação dos efeitos da sentença arbitral. Extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VII, do CPC), em relação aos pleitos contemplados na sentença arbitral. Processo: RR - 1799/2004-024-05-00.6. Data de Julgamento: 3-6-2009, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma. Data de Divulgação: DEJT 19-6-2009.

37 Código Civil, art. 138 e seguintes.

que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, CLT).

Em síntese, no âmbito trabalhista, o uso da arbitragem será admitido se o empregado tiver remuneração superior ao dobro do teto dos benefícios do INSS, apenas; completa-se com a sua iniciativa ou anuência ao ponto; dito isto, as partes - empregado e empregador - devem ter celebrado previamente cláusula compromissória - antes de existir o conflito - ou compromisso arbitral, após o surgimento da lide.

Cabe registrar que se pode afirmar que a cláusula que pactua a arbitragem é permitida no contrato de trabalho do empregado hipersuficiente, pois este se adequa ao requisito remuneratório. Todavia, não só o empregado hipersuficiente poderá estabelecer a arbitragem em seu contrato, visto que não há a necessidade de ser portador de diploma de ensino superior para tanto, mas apenas que tenha remuneração maior do que o dobro do que se paga para aos beneficiados do Regime Geral da Previdência Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo permitiu uma análise da evolução das relações de trabalho sob o aspecto da livre estipulação e negociação, bem como os requisitos legais que permitem a caracterização do empregado hipersuficiente para que tais dinâmicas possam ser realizadas, segundo a reforma da CLT.

Outrossim, demonstrou-se o conflito entre a norma vigente e a realidade laborativa no Brasil. Embora o legislador possa ter buscado uma maior equidade entre os sujeitos da relação empregatícia, a presente questão é bastante controvertida.

É latente as mudanças nas relações trabalhistas e os novos arranjos negociais (trabalhistas e prestacionais) provocando uma sensível mudança na concepção do trabalhador contemporâneo. A realidade demonstra uma relação trabalhista com a mitigação de alguns preceitos antes inatacáveis, tais como a não eventualidade

ou condição hipossuficiente perante o empregador, mas também possibilitou uma precarização perante os olhos conservacionistas e protecionistas.

O que não restou ainda claro é até que ponto estas mudanças favorecem à classe trabalhadora, pois sob o argumento infalível de aumentar os postos de trabalho e maior distribuição de riquezas, tem-se modificado severamente as proteções sociais do trabalhador.

Desta forma, a equivalência entre empregador e empregado pelos critérios remunerativos e de formação acadêmica ainda se mostra extremamente obscura em nosso ordenamento jurídico, mesmo em seus critérios e limites expostos.

A busca pela fragilização das relações trabalhistas, como o que se demonstra nas liberdades de disposição no contrato do empregado hipersuficiente seguem em confronto com aquilo que a realidade demonstra, pois equipara o empregado ao empregador e lhe faculta algumas disposições que atestam contra sua saúde e condição social, quando não efetivamente exercer com discernimento e autonomia tais liberdades.

Ponto que se enaltece é a continuidade da subordinação e dependência do empregado hipersuficiente perante o empregador, mesmo este percebendo uma remuneração considerada alta e portador de diploma de ensino superior não lhe garante nova alocação de trabalho ou a manutenção da renda. Isto é, o fator de risco na negociação sempre é mais alta ao empregado em relação ao trabalhador, mesmo este sendo hipersuficiente.

Mediante o exposto, se faz necessário o debate acerca da segregação dentre os empregados. Destarte, a abordagem deve se dar de forma que haja o tratamento que atenda ao princípio da isonomia, instituído pela Carta Magna brasileira, que é norteador de todo ordenamento jurídico, como também do presente sistema democrático ainda não atingido com os critérios objetivos trazidos pela Lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/03/2020.

_____, **Consolidação das Leis do Trabalho - CLT**. Decreto-Lei 5.452/1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 15/03/2020.

_____, **Portaria 914/2020**. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-914-de-13-de-janeiro-de-2020-237937443>. Acesso em: 15/03/2020.

Brasil Agência. Edição de Fernando Fraga. **Informalidade no mercado de trabalho é recorde, aponta IBGE: os empregos informais chegam a 41,4% da força de trabalho ocupada no país**. Os empregos informais chegam a 41,4% da força de trabalho ocupada no país. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/informalidade-no-mercado-de-trabalho-e-recorde-aponta-ibge>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CALVO, Adriana. **REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE A NOVA FIGURA DO EMPREGADO HIPERSUFICIENTE TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA**. 2019. Disponível em: <https://emporiadireito.com.br/leitura/reflexoes-juridicas-sobre-a-nova-figura-do-empregado-hipersuficiente-trazida-pela-reforma-trabalhista>. Acesso em: 09 mar. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. Obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18.ed., São Paulo: Ltr, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho** / Luciano Martinez. 10.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARASITA. Direção de Bong Joon-ho. Produção de Bong Joon-ho. Roteiro: Bong Joon-ho e Jin Won Han. Coreia do Sul: Cj Entertainment, 2019. (130min), son., Legendado.

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

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada [livro eletrônico]**. 2.ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VILHENA, M. M. R. As transformações do direito do trabalho sob perspectivas socioeconômicas. In: PORTO, Elisabete Araújo (org.). Contribuições para a ciência jurídica à luz dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Publit, 2014.

CAPÍTULO 4

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA NEGOCIAÇÃO DA DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO COM ÊNFASE NA MODALIDADE DE REGISTRO DE PONTO POR EXCEÇÃO, PREVISTA NA LEI 13.874/2019

*Aline Oliveira de Andrade*³⁸

*Vânia Vilma Nunes Teixeira*³⁹

*Vanusa Vaniere Nunes Teixeira*⁴⁰

RESUMO

O presente artigo introduz uma abordagem no âmbito do Direito Trabalhista em sua exegese, partindo dos elementos primordiais que o compõe, dentre os quais, apontam-se as regras, os valores e os princípios. A Magna Carta de 1988 previu um conjunto significativo de normas protetivas aos trabalhadores, outorgando-lhes

38 Advogada trabalhista. aline.andradee97@gmail.com.

39 Vânia Vilma Nunes Teixeira. Especialista em Contabilidade Avançada pela Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF), Mestre em Contabilidade e Controladoria pela Fundação de Comércio Álvares Penteado (FECAP), Professora efetiva do curso de Ciências Contábeis da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

40 Vanusa Vaniere Nunes Teixeira. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), pós graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus, Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Mestranda em Desenvolvimento Regional pela UEPB.

direitos fundamentais e sociais, estabelecendo, dentre eles, limites à duração diária do trabalho. Contudo, as Leis de nº 13.467/2017 e de nº 13.874/2019 alteraram completamente a órbita protecionista prevista em normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, transgrediram disposições constitucionais do Direito do Trabalho. Destas inovações legislativas depreende-se a contemporânea modalidade de frequência diária padronizada em instrumento coletivo, mediante o qual, faz-se presumir a jornada britânica do início e do término do dia laborado, não aferindo a real trajetória exercida pelos trabalhadores. Deste modo, pretende-se com este trabalho analisar a constitucionalidade da negociação da duração da jornada de trabalho na modalidade de registro de ponto por exceção. Para a construção e desenvolvimento do trabalho foi utilizada a metodologia de natureza bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Controle de Jornada de Trabalho; Frequência Diária; Leis de nº 13.467/2017 e de nº 13.874/2019; Constitucionalidade.

Abstract

This present article introduces an approach regarding the scope of Labor Law in its exegeses, deriving of the primordial elements that composes it, among which, highlights rules, values and principles. The advent of the Magna Carta in 1988 afforded protective norms to workers rank, bestowing fundamental rights and social right, besides, it also settled restrictions on the length of a working day. However, the Law nº 13.467/2017 and the Law nº 13.874/2019 altered altogether the protectionist orbit, stipulated by infraconstitutional norms, and consequently, transgressed constitutional provisions of Labor Law. Therefore, this passage discourses the legislative innovations the contemporary daily frequency mode standardized in collective instrument, whereby assumes British journey of the beginning and the end of a day worked, which one does not gauge the real trajectory traveled by the workers. Lastly, the methodology used was the bibliographic and the instrumental ones for the making and development of this research work.

KEYWORDS: control of the workday; daily frequency; Law nº 13.467/2017; Law nº 13.874/2019.

Introdução

Antes de adentrar no tema central deste trabalho é necessário contextualizar o leitor no cenário jurídico e legislativo que o circunda.

O ora extinto, Ministério do Trabalho e Emprego, publicou em 2011 a Portaria de nº 373, implementando normas referentes às maneiras de efetuar o registro da frequência diária dos empregados cujo labor era passível de controle patronal. Ainda no mesmo instrumento, dispôs sobre a viabilidade do lançamento padronizado das jornadas diárias, desde que houvesse Acordo Coletivo de Trabalho neste sentido, sendo possível, por meio dele, a consignação apenas das horas extraordinárias e dos atrasos (registro de ponto por exceção). Não obstante, é mister esclarecer que esse entendimento nunca foi adotado pelos tribunais brasileiros.

Em 2017, a Lei de nº 13.467/2017, também conhecida por Reforma Trabalhista, apresentou uma série de mudanças relativas aos direitos inerentes à classe trabalhadora, dentre as quais, estipulou que as regras concernentes à duração do dia de trabalho não deveriam ser consideradas para fins de diretrizes inerentes à saúde e à segurança do trabalho e, portanto, poderiam ser flexibilizadas através de transação coletiva pactuada entre os sindicatos ou entre os sindicatos e as empresas.

Após as alterações realizadas pela Lei de nº 13.467/2017, foi editada a Medida Provisória de nº 881/2019, posteriormente convertida na Lei de nº 13.874/2019, que corroborando com o novo regramento instaurado, tornou obrigatória a administração do tempo laborado apenas para empresas com mais de 20 (vinte) funcionários, instituindo um leque de opções para a classe autossuficiente e menosprezando os direitos previstos para os hipossuficientes da relação trabalhista.

Neste viés, a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho inovou a jurisprudência brasileira com dois precedentes referentes à anotação da frequência diária invariável, desde que estipulada por

intermédio de transação coletiva, seguindo a ideia central contida na alteração prevista com a Lei de nº 13.467/2017.

Diante deste contexto, há de se perceber que o cerne da questão está no notável conflito entre as novas diretrizes legais e as normas inerentes à saúde e à segurança do trabalho, bem como os princípios basilares e protetivos previstos na Constituição Federal e no Direito do Trabalho.

Em face do exposto, questiona-se: é constitucional a flexibilização das regras concernentes à duração do dia de trabalho por intermédio de negociação coletiva, após as alterações instituídas pelas Leis de nº 13.467/2017 e de nº 13.874/2019?

Isto posto, o presente estudo pretende analisar as recentes alterações legislativas pelo viés da (in)constitucionalidade da flexibilização da administração da duração do dia de trabalho por transgredir normas protetivas relacionadas à saúde do trabalhador, bem como os princípios inerentes ao Direito do Trabalho e, em última análise, desrespeitar os direitos sociais previstos constitucionalmente.

Assim, em face das considerações aduzidas, este trabalho tem por objetivo geral analisar as inovações introduzidas no âmbito trabalhista com o advento das Leis de nº 13.467/2017 e de nº 13.874/2019 sob o prisma constitucional. Já os objetivos específicos são para relacionar os preceitos de duração de jornada com as normas referentes à saúde e a segurança do trabalho, bem como com os princípios do Direito do Trabalho; demonstrar a inviabilidade da anotação da frequência diária padronizada do ponto de vista prático, e por fim, levantar as divergências entre as modificações legislativas e a realidade do meio ambiente laboral.

A metodologia empregada para o desenvolvimento do trabalho foi a bibliográfica e documental, baseada em doutrinas, legislações, jurisprudências, artigos científicos dispostos nas Revistas Jurídicas dos Tribunais Regionais do Trabalho e na coletânea de dados no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Entrementes, foi utilizado o método de coleta de informações através da leitura analítica por intermédio de uma compilação de textos para a formação do artigo científico. Por fim, foi imprescindível, para corroborar com a tese aqui levantada, a aplicação de citações de múltiplos autores,

consolidando o objeto central da problemática abordada, contribuindo assim para a realização da pesquisa.

CONTEXTO HISTÓRICO: CONTROLE DE JORNADA E AS ESPÉCIES DE REGISTRO DE PONTO

Inicialmente, vale ressaltar que o Direito Trabalhista originou-se segundo a eclosão de dois movimentos históricos, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, cujo desenvolvimento resultou no sistema normativo elaborado no século XIX, com o advento “[...] de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos” (DELGADO, 2017, p.94).

Partindo da premissa histórica, o direito trabalhista pode ser conceituado a partir do conjunto de regras, valores e princípios que regulamentam as relações empregatícias desenvolvidas entre a figura do empregado e do empregador no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, discorre Carlos Henrique Bezerra Leite:

O ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores (LEITE, 2018, p.42).

No Brasil foi instituída em 1934 a primeira Constituição a prever normas relativas aos direitos trabalhistas, não obstante isso, apenas a Magna Carta de 1988 passou a dispor sobre os direitos sociais em capítulo específico, outorgando-lhes nova roupagem alinhada ao Estado Democrático de Direito.

A primeira Constituição brasileira a versar sobre

direitos trabalhistas foi a de 1934. De lá para cá, todas elas contêm princípios e regras basilares do direito do trabalho, embora sob a perspectiva do modelo liberal clássico.

É a Constituição Federal de 05.10.1988 que inaugura uma nova página na história dos direitos sociais no Brasil, repercutindo diretamente no direito do trabalho sob o paradigma do Estado Democrático de Direito (LEITE, 2018, p.37).

Tendo em vista as alterações do ordenamento jurídico brasileiro na seara dos direitos trabalhistas, destaca-se uma das inovações mais pertinentes, senão vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

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 (BRASIL, 2016, p.18).

Destarte, tornou-se imprescindível, após a Constituição Federal de 1988, a constância do controle do tempo laborado pelo empregado, pois, apesar da limitação acima disposta, naturalmente existia a probabilidade de ocorrer de maneira esporádica a extrapolação do limite constitucional da jornada diária.

Em 1995, foi regulamentada a matéria pela Portaria de nº 1.120/1995 do Ministério do Trabalho e Emprego (hoje, Secretaria Especial de Previdência e Trabalho) que, ao dispor sobre o controle da jornada de trabalho, permitiu a adoção pelos empregadores de formas alternativas de controle da jornada (incluído a anotação da frequência diária invariável), desde que houvesse a respectiva autorização por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Contudo, a Portaria de nº 1.120/1995 foi expressamente revogada pela Portaria de nº 373/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego, que implementou novos critérios para a validade dos sistemas alternativos.

Art. 1º – Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos de controle da jornada de trabalho, desde que autorizados por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho.

§ 1º – O uso da faculdade prevista no caput implica a presunção de cumprimento integral pelo empregado da jornada de trabalho contratual, convencionada ou acordada vigente no estabelecimento.

[...]

Art. 2º – Os empregadores poderão adotar sistemas alternativos eletrônicos de controle de jornada de trabalho, mediante autorização em Acordo Coletivo de Trabalho.

[...]

Art. 3º - Os sistemas alternativos eletrônicos não devem admitir:

I - restrições à marcação do ponto;

II - marcação automática do ponto;

III - exigência de autorização prévia para marcação de sobrejornada; e

IV - a alteração ou eliminação dos dados registrados pelo empregado (MINISTÉRIO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, 2019).

Percebe-se, que com o advento da Portaria acima mencionada, já no ano de 2011, foram estabelecidas diretrizes com o propósito de manter a administração do tempo laborado por intermédio de meios alternativos, ou seja, criou-se um precedente normativo antevedendo a hipótese relativa à anotação da frequência diária padronizada.

Assim, denota-se pelo teor das Portarias que, se não houvesse

a respectiva autorização, seria obrigatória a anotação do tempo de trabalho realizado pelos empregados, especificando-se com exatidão o horário de início e do término nas atividades executas.

Isto posto, conclui-se que as mencionadas Portarias incentivaram as empresas a manter em registro a administração do tempo laborado pelos seus empregados com o propósito de assegurar um ambiente laboral seguro e organizado para ambas as partes da relação trabalhista, reduzindo-se os riscos de incidentes no trabalho por ausência de descanso, e conseqüentemente, demandas judiciais.

DO CONTROLE DE JORNADA E DOS NOVOS MÉTODOS DE REGISTRO DE PONTO ESTABELECIDOS PELA LEI DE Nº 13.874/2019

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelecia regras concernentes à administração do tempo laborado, prevendo para estabelecimentos com mais de 10 (dez) funcionários a indispensável verificação do horário de entrada e de saída, conforme as modalidades de ponto (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, observa-se que a anotação da frequência diária é facultativa segundo o número de trabalhadores efetivos da empresa, posto que sendo a quantidade inferior a 10 (dez) empregados, torna-se dispensável a administração do tempo em ambiente laboral de pequeno porte.

Neste viés, contradizendo o teor das Portarias instituídas, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento na súmula de nº 338, senão, vejamos:

[...] III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir (BRASIL, 2019, p.833).

Contudo, após alguns anos de aplicação da referida súmula, a

Lei de nº 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, dispôs novos regramentos referentes às modalidades de folha de ponto, flexibilizando os direitos protecionistas já reconhecidos.

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
[...]

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

[...]

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo ([BRASIL, 2019, p.164-165](#)).

Nessa vereda, foi editada a Medida Provisória de nº 881/2019 dispondo sobre as hipóteses para aplicação da anotação da frequência diária do trabalhador e, em seguida, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho se pronunciou sobre a matéria quando ainda era Medida Provisória, mediante a Nota Técnica de nº 17/2019, dispondo que:

[...]

A alteração de dez para vinte trabalhadores, [...] amplia significativamente o contingente de empregados que não terá registro de sua jornada de trabalho, o que dificulta a implementação e fiscalização de direitos constitucionalmente assegurados,

como os limites da jornada de trabalho e o pagamento de horas extras.

Além de contrariar política de saúde no trabalho (os excessos de jornada estão associados ao adoecimento e aos acidentes de trabalho), tal medida é desvantajosa até mesmo para o Estado. O controle efetivo da jornada reduz a probabilidade de conflitos judiciais e, quando não os impede, apresenta-se como prova documental de grande valia, pois a ausência de registro de jornada torna a instrução processual mais complexa.

Logo, deve ser mantido o número de dez trabalhadores

[...]

(MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019, p.15-17).

Como pode-se verificar, a ausência da administração do horário laborado contrapõe todas as regras concernentes à saúde do trabalhador no cenário laboral e, ainda, pressupõe o aumento drástico do número de demandas processuais, o que seria desvantajoso para o Estado, para as empresas e, principalmente, para os empregados.

De acordo com os argumentos trazidos à baila, todos os registros de ressalvas dos funcionários derivarão de autorização hierárquica, razão pela qual a nova disposição legislativa servirá para burlar a remuneração de horas extras e a jornada realizada acima do limite permitido. Ademais, o órgão fiscalizador ficará impossibilitado de averiguar as empresas que se adequaram ao cumprimento das novas regras concernentes ao tempo de labor exercido pelos obreiros (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019).

Neste viés, a Medida Provisória de nº 881/2019 convertida na Lei de nº 13.874 em 20 de setembro de 2019, estabeleceu novos regramentos quanto à administração do tempo laborado.

[Art. 74.](#) O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

[...]

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (BRASIL, 2019).

Neste passo, constata-se uma mudança brusca quanto as regras relativas à modalidade de formas optativas de registro de ponto. Sendo determinado a obrigatoriedade apenas para estabelecimentos com mais de 20 (vinte) funcionários, o que anteriormente era exigido para estabelecimentos com mais de 10 (dez) funcionários. Por outro lado, também está previsto a disponibilidade da anotação da frequência diária padronizada ao tempo laborado, aferindo apenas a jornada extraordinária lograda ou os atrasos que ultrapassam os limites legais deste (ponto por exceção), sendo, portanto, dispensado o lançamento da jornada ordinária.

Desse modo, é possível constatar que a Lei de nº 13.874/2019 surgiu para consolidar as normas prescritas na Lei de nº 13.467/2017, instituindo no âmbito legal mais flexibilidade e novas regras à geração do tempo laborado em jornada excepcional.

Da coletânea de dados documentais do tribunal regional do trabalho da 13ª região

Vale destacar que após a Reforma Trabalhista (porém naturalmente antes da Lei de nº 13.874/2019) o número de demandas na Justiça do Trabalho despencou demasiadamente. Não obstante isso, segundo a pesquisa realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, coletada até setembro de 2019, o pedido mais recorrente entre os

trabalhadores foi o de remuneração pelas horas extras, totalizando 37.205 (trinta e sete mil, duzentos e cinco) processos.

Neste mesmo período, foi efetuada idêntica pesquisa junto ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, localizado no Estado da Paraíba, com o objetivo de cotejar o assunto mais frequente nos litígios processuais. Desta feita, a partir do número de demandas processuais distribuídas até agosto de 2019 foi possível averiguar que o assunto mais recorrente do Tribunal da 13ª Região também diz respeito ao pagamento do labor extraordinário, como se percebe da análise da tabela abaixo:

Tabela 1 - Ranking dos Assuntos mais Recorrentes em 2019⁴¹

Assunto	Quantidade
Horas Extras	2.317
Adicional de Horas Extras	2.273
Levantamento/Liberação	1.963
Décimo Terceiro Salário	1.944
Liberação/Entrega das Guias	1.732
Adicional de Insalubridade	1.598
Indenização por Dano Moral	1.530
Intimação/Notificação	1.309
Indenização	1.144
Adicional de Hora Extra	1.140
Rescisão Indireta	981
Contratuais	974
Reconhecimento de Relação de Emprego	956
Salário Vencido/Retido	862
Seguro Desemprego	751
Proporcional	712
Indenização – Efeitos	644
Adicional Noturno	642
Intervalo Intrajornada	612
Repouso Semanal Remunerado e Feriado	554
Despedida/Dispensa Imotivada	538

41 Tabela elaborada com base nos dados documentais fornecidos pelo Orientador Francisco de Assis Barbosa Junior.

Correção Monetária	491
Vale Transporte	490
Anotação na CTPS	475
Expurgos Inflacionários	469
Fruição/Gozo	466
CTPS	457
Abono Pecuniário	439

Fonte: Tribunal Regional da 13ª Região (2019)

Como se pode verificar diante dos dados expostos, o pedido mais requisitado pelos trabalhadores é o pagamento das horas extras e o respectivo adicional de até 50% (cinquenta por cento) da hora normal, dados coletados antes do advento da Lei de nº 13.874/2019. É de se perceber, portanto, que mesmo com a exigência indispensável da anotação da frequência diária, o cenário trabalhista já era impregnado por fraudes nos registros de ponto e inadimplemento da remuneração de horas extraordinárias.

Ora, face as considerações aduzidas, as alterações legislativas trazem à lume um cenário contraproducente no Direito Trabalhista, evidenciando que a nova conjuntura imposta propícia a proliferação da ocorrência de fraudes, visto que antes da modificação do texto legal, já era corriqueiro a mácula ao direito constitucionalmente previsto da limitação à jornada semanal.

Ademais, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho ficará impossibilitada de efetuar a fiscalização nessas empresas, porque o ambiental laboral estará repleto de jornadas britânicas, o que tornaria o seu trabalho sem efeito, já que não será possível monitorar as ressalvas existentes no controle de jornada, inviabilizando, mais uma vez, a limitação da jornada de trabalho.

Vale ressaltar que a retirada do ordenamento jurídico do requisito da obrigatoriedade às empresas da anotação da frequência diária tende a provocar um colapso na Justiça do Trabalho, congestionando-a com demandas relativas ao mesmo pedido, que demandarão a produção de prova testemunhal no decorrer do processo, impossibilitando, assim, a agilidade na resolução das ações judiciais.

Da análise de decisões jurisprudenciais

No caso ora em estudo, apesar do cenário delicado ocasionado pelas modificações na conjuntura do Direito do Trabalho, é importante destacar o entendimento firmado pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em processo de relatoria do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, publicado em 26 de outubro de 2018, que enalteceu a anotação da frequência diária invariável disposta em norma coletiva considerando-a válida para todos os efeitos jurídicos.

[...]

É inequívoco que, no âmbito da negociação coletiva, os entes coletivos atuam em igualdade de condições, o que torna legítimas as condições de trabalho por eles ajustadas, na medida em que afasta a hipossuficiência ínsita ao trabalhador nos acordos individuais de trabalho.

Assim, as normas autônomas oriundas de negociação coletiva, desde que resguardados os direitos indisponíveis, devem prevalecer sobre o padrão heterônomo justralhista, já que a transação realizada em autocomposição privada resulta de uma ampla discussão havida em um ambiente paritário, no qual as perdas e ganhos recíprocos têm presunção de comutatividade

[...]

(TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2018).

No caso em tela, a mesma 4ª Turma do respectivo Tribunal, publicou em 29 de março de 2019, em processo de relatoria do Ministro Alexandre Luiz Ramos, que por decisão unânime, aplicou a teoria do conglobamento para finalizar o conflito.

[...]

o Supremo Tribunal Federal adotou explicitamente tese no sentido de que a teoria do conglobamento

deve ser adotada para dirimir conflito entre normas coletivas de trabalho, daí resultando que cada instrumento deve ser visto de forma global (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2019).

Tendo em vista as decisões citadas, esta Corte inovou o cenário jurisprudencial quando decidiu que a gerência do tempo trabalhado pelo empregado não encontrava-se inserido no índice de garantias inegociáveis, gerando precedentes de grande magnitude, contrariando notadamente o entendimento sumulado pela Corte sobre a frequência diária invariável, posto que o teor da súmula inviabiliza completamente o ensejo das modalidades instituídas para aferição de tempo de trabalho.

Insta esclarecer que o entendimento majoritário dos Tribunais acerca da questão não convalidava acordos ou convenções que promovam a redução, restrição ou o retrocesso dos direitos garantidos a classe trabalhadora e das disposições consolidadas na Magna Carta.

Para o deslinde da questão, reputa-se válida a análise do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 590.415/SC, tema de nº 152, em crivo de repercussão geral pela relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, no qual foi consolidado o entendimento referente à negociação coletiva de trabalho, adotando-se a teoria do conglomeramento para dirimir qualquer controvérsia.

[...]

28. Nessa linha, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam

as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais

[...]

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p.19).

Nesse sentido, é oportuno consignar que a teoria do conglobamento utilizada como fundamento para a decisão “consiste em um procedimento de análise, classificação e seleção de normas comparadas entre si” (DELGADO, 2017).

Há duas denominações para a teoria do conglobamento, vejamos, conglobamento mitigado ou setorizado e conglobamento total ou amplo.

O conglobamento mitigado ou setorizado consiste em um conjunto normativo analisado de forma global, e no momento oportuno para seleção das normas, o conjunto é cotejado com os demais para que seja extraído de cada um a parte mais favorável.

Já o conglobamento total ou amplo considera o conjunto normativo como um inteiro indivisível, comparando-se aos demais, e após acareação, conclui-se pelo instrumento mais favorável de maneira global, logo, esse é o entendimento aplicado pelo Excelso Pretório.

Já a vertente do conglobamento total ou amplo exacerba a lógica da teoria do conglobamento, fazendo-a perder as suas vantagens metodológicas e científicas. Simplesmente considera o conjunto de todo o ordenamento ou o conjunto de todo o diploma normativo, realizando, a partir daí, a comparação, de modo a concluir pelo mais favorável (DELGADO, 2017, p.199).

É preciso, todavia, dar ênfase à justificativa da decisão da Corte Suprema na aplicação da teoria do conglobamento, visto que, ao analisar conjuntamente os direitos disponíveis transacionados na negociação coletiva, resguardou-se o mínimo necessário para a

efetividade do direito, principalmente no que diz respeito às diretrizes protetivas inerentes ao espaço laboral.

[...]

Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc., (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p.16-17).

Face às considerações aduzidas, conclui-se que as decisões emanadas pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não asseguraram o mínimo civilizatório para as relações trabalhistas, ocasionando, principalmente, afronta à limitação da jornada semanal e às normas protetivas à saúde e segurança do trabalho, além de outros direitos básicos essenciais para a execução de qualquer atividade laboral.

Diante do exposto, filia-se ao entendimento **que o patamar mínimo civilizatório deve ser respeitado e resguardado pela legislação trabalhista e que apenas os direitos disponíveis, que estão adstritos à viabilidade de transação, poderiam se sujeitar aos instrumentos coletivos de trabalho, o que não é o caso da flexibilização da administração do tempo laborado pelo advento da faculdade da anotação da frequência diária.**

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE AS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO

No tocante às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, o artigo 7º, inciso XXII, da Magna Carta de 1988 assegura aos trabalhadores que deve ser resguardado o mínimo de exposição possível aos riscos inerentes ao trabalho.

Neste viés, é dever do Estado Democrático de Direito estabelecer normas a serem seguidas pelos empregados e empregadores para o cumprimento dos ditames previstos constitucionalmente, por outro lado, é atribuição do Poder Público assegurar que essa proteção seja efetivada.

Os direitos sociais, nos quais o trabalho, a saúde e a segurança do trabalhador estão inseridos, são a salvaguarda para que os indivíduos possam gozar dos direitos fundamentais assegurados (LEÃO, 2018, p.241).

Nessa vereda, o Direito Trabalhista é reconhecido como um direito social básico inerente a todo cidadão brasileiro, incluindo os direitos relativos à saúde e à segurança no trabalho, por isso, devem ser observados também os artigos 196 a 200 da Magna Carta de 1988.

A extenuação obreira por longos e contínuos períodos de trabalho extraordinário no transcorrer de vários meses comprometeria qualquer estratégia consistente de aperfeiçoamento das relações trabalhistas e de melhoria das condições de saúde e segurança do trabalhador no ambiente empregatício. Nessa medida, o parâmetro anual chocaria-se, frontalmente, com inúmeros princípios e regras enfáticos da Constituição de 1988, que asseguram a redução dos riscos e malefícios inerentes ao trabalho e elegem como essenciais as ações dirigidas à saúde pública (note-se, por exemplo, o sentido conjugado dos artigos 7º, XXII, 194, caput, 196 e art. 197 da Constituição) (DELGADO, 2017, p.1007).

É mister esclarecer que a negociação coletiva também é um direito constitucionalmente assegurado no artigo 7º, inciso XXVI,

porém, vale ressaltar que tal direito se sujeita a limites, pois uma vez flexibilizada as relações trabalhistas, principalmente quanto à diretrizes protetivas, os direitos sociais estariam sendo violados.

Diante do exposto, a nova disposição trazida pela lei 13.874/2019 permite uma flexibilização descabida quanto às hipóteses de instrumentos coletivos de trabalho, pois as regras de administração de tempo de serviço devem ser classificadas como normas protetivas à saúde, como consagra os direitos fundamentais e sociais do trabalhador previstos na Constituição Federal de 1988.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios do Direito Trabalhista consistem em definições protecionistas específicas inerentes à classe trabalhadora que influencia diretamente na estrutura e nas características basilares da matéria, de maneira que devem ser observados para a constituição de novas leis, regras ou segmentos, visto serem essenciais para composição do tema.

Destarte, a obediência ao princípio da proteção do trabalhador é primordial para toda e qualquer alteração legislativa, visto que consiste unicamente na efetividade dos direitos já devidamente instituídos pela Consolidação das Leis do Trabalho e, principalmente, pela Constituição Federal.

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se submete à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente (BARROS, 2012, p.142).

À luz do princípio da norma mais favorável, o operador do direito na edição de normas relativas ao trabalho tem o dever de garantir a aplicação da regra mais benéfica para o obreiro, analisando-se todo o contexto e as circunstâncias pelas quais forem imprescindíveis a

sua aplicabilidade.

Como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho (DELGADO, 2017, p.215).

Neste raciocínio, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas impede o empregado de dispor por livre manifestação de vontade dos seus direitos que lhe foram assegurados por lei, para promover a proteção e a igualdade dos sujeitos na relação empregatícia.

Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justtrabalhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador (DELGADO, 2017, p.217).

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso social consiste nos direitos sociais incumbidos aos trabalhadores urbanos e rurais com o objetivo perpétuo de melhoria e aperfeiçoamento das condições de vida dos empregados, desde que seja respeitado as disposições previstas constitucionalmente, detendo sempre a natureza de progressividade.

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social presuppõe que, na esfera dos direitos sociais fundamentais do trabalho, não pode haver retrocesso de normas já existentes. Deve, portanto, ser declarada nula a criação de normas posteriores que possam transigir e flexibilizar direitos já garantidos e em pleno gozo pelos trabalhadores, salvo nas hipóteses da implementação de políticas compensatórias. Em síntese, não pode o legislador impor restrições que esvaziem o conteúdo de direitos já assegurados (LEÃO, 2018, p.244).

Dessa forma, em toda e qualquer alteração legislativa devem estar presentes os princípios consagrados na Magna Carta e no Direito do Trabalho, sendo imperioso a declaração da inconstitucionalidade de leis que visem contrapor esses ditames essenciais.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA QUANTO AS REGRAS REFERENTES À DURAÇÃO DO DIA DE TRABALHO

Como disposto anteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada pelo advento da Lei de nº 13.467/2017 que lançou no ordenamento jurídico brasileiro uma nova versão aos direitos trabalhistas.

Nesse ínterim, uma das principais inovações ocorridas no contexto trabalhista foi a disposição relativa à superioridade hierárquica dos instrumentos coletivos de trabalho frente às disposições legislativas asseguradas aos trabalhadores, desde que previstas nas hipóteses enumeradas do artigo 611-A da CLT. Vale ressaltar que a negociação coletiva pode envolver a entidade sindical dos obreiros e uma determinada empresa ou entre o mesmo sindicato e um sindicato patronal.

Ora, face todas as considerações aduzidas, é evidente a inviabilidade da negociação coletiva sobre a administração do tempo do dia de trabalho, e ainda, vale frisar, que qualquer flexibilização referente a essa matéria importa em violação às normas protetivas

de trabalho, sob o panorama de toda a conjuntura que permeia o Direito Trabalhista.

Nesse sentido, as Leis de nº 13.467/2017 e de nº 13.874/2019 legalizaram o descumprimento às diretrizes regulamentadoras de normas protetivas do trabalho, o que é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, posto que a aplicação dessas regras é fundamental para a formação de um ambiente laboral equilibrado.

O que se vislumbra é que as normas provenientes da negociação coletiva podem prevalecer sobre as normas trabalhistas heterônomas, desde que positivem um status superior de direitos ao trabalhador, sendo mais benéficas que as normas decorrentes da legislação estatal, com exceção de normas de indisponibilidade absoluta (normas de proteção e saúde do trabalho, normas concernentes ao direito à assinatura da CTPS e o respeito constitucional ao salário mínimo) (LEÃO, 2018, p.239).

Filia-se ao entendimento que o novo posicionamento adotado pelo legislador contrapõe os institutos basilares que devem coexistir em todas as relações socioeconômicas formadas por empregado e empregador, visto que a obediência aos pilares estruturais do Direito Trabalhista é o meio pelo qual a efetividade dos direitos poderá ser assegurada. Dessa forma, a Magna Carta de 1988 não autoriza a flexibilização (*in pejus*), já que afronta diretamente os princípios constitucionais consagrados, ocasionando notável prejuízo às situações sociais do trabalhador (GARCIA, 2012).

Nesse contexto, a dispensabilidade da aferição da jornada de trabalho conduz à criação de um cenário trabalhista plenamente inseguro à classe trabalhadora que é o elo mais fraco da relação contratual, considerada como hipossuficiente frente às possibilidades e condições inerentes às empresas.

Sem o controle efetivo e real da jornada laborada, cria-se dificuldade para se aferir, por exemplo, se

o labor iniciado no período diurno se estendeu ao noturno, o que refletiria no prejuízo do cálculo da remuneração do trabalho noturno. Nos turnos ininterruptos de revezamento que por ventura venham a se valer do ponto por exceção, como verificar se não foram ultrapassadas as seis horas? O repouso semanal poderia ser facilmente burlado, bem como e principalmente, não se poderá assegurar que está se respeitando a remuneração do serviço extraordinário, pois nem mesmo se poderá ter a real noção do quanto efetivamente trabalhado em jornada superior à contratada (COELHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.26).

Dessa forma, instala-se um ambiente laboral completamente instável, perigoso e com probabilidade altíssima de fraudes de horários, já que quando era obrigatório a administração do tempo laborado, muitas empresas ludibriavam a real jornada exercida pelos trabalhadores e, conseqüentemente, deixavam de arcar com o ônus do pagamento das horas extraordinárias.

O cerne da questão é completamente comprovado segundo os dados expostos na Tabela de nº 1, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Sendo, perceptível que a maior quantidade de processos na seara trabalhista é referentes à ausência de pagamento das horas excepcionais, mesmo com a disposição legislativa obrigando as empresas a registrar o horário de entrada e de saída dos funcionários.

Assim, o advento da Lei de nº 13.874/2019 propiciará ainda mais essa prática inadequada realizada pelas empresas, gozando-as de meios alternativos para ludibriar os direitos trabalhistas constitucionalmente previstos, incentivando um ambiente oportuno à jornada extraordinária, ao trabalho em dias destinados à folga e ao trabalho aos domingos, transgredindo os direitos que proporcionam melhores condições de vida aos trabalhadores.

Previamente, a jornada extraordinária era facilmente comprovada pela juntada de prova documental, no entanto, após as alterações

legislativas e diante da necessidade de resolução de demandas judiciais em tempo razoável, se tornou inviável a instrução visto que a respectiva comprovação demandaria prova testemunhal.

Nesse diapasão, o ponto por exceção impede que se averigüe o quanto realmente o trabalhador esteve à disposição de seu empregador, o quanto usufruiu dos intervalos interjornada e intrajornada, o quanto se praticou de tempo para efeitos de banco de horas ou para o cômputo de jornada extraordinária, etc. Violando-se, também, por conseguinte, os princípios do direito ao descanso, do direito à justa remuneração e da igualdade salarial (COELHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.25).

Por outro lado, vale ressaltar também que um dos componentes primordiais à relação empregatícia é a subordinação do empregado à figura do empregador e, portanto, toda alteração referente à jornada britânica desempenhada terá que sobrevir do crivo do superior hierárquico, fortalecendo um quadro de desigualdade e favorecendo uma relação de dependência e obediência do empregado ao empregador.

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços (DELGADO, 2017, p.325).

Entrementes, a fiscalização pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho ficará completamente comprometida e ineficaz, pois sem a anotação da frequência diária dos empregados não há como saber se estão sendo cumpridas as regras relativas à duração

de trabalho dispostas pela CLT e pela Constituição Federal, já que não haverá uma noção real do tempo laborado efetivamente, não podendo, assim, aferir à prestação de horas extraordinárias.

A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa. O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro - por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador. Nesse quadro, as jornadas não controladas não ensejam cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto (DELGADO, 2017, p.1021).

Resta indubitoso a violação aos princípios basilares que constituem o Direito Trabalho pelas novas disposições legislativas, já que contrariam fervorosamente a essência do princípio da proteção, da norma mais favorável, da indisponibilidade de direitos trabalhistas e do retrocesso social, que não podem ser mitigados apenas com a finalidade de enaltecer e favorecer às empresas para redução de custos.

Em suma, a dispensabilidade da anotação da frequência diária dos horários de entrada e de saída gera um cenário propício a fraudes, à ausência de fiscalização pelo órgão competente, ao aumento de demandas processuais e à violação aos direitos constitucionais assegurados à classe trabalhadora.

Pelas razões acima apresentadas, é preciso reconhecer a inconstitucionalidade da negociação coletiva sobre a duração do controle de jornada prevista no artigo 74, §§ 2º e 4º e, conseqüentemente,

o 611-A, inciso X e o artigo 611-B, inciso XVII, parágrafo único, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que a faculdade de anotação da frequência diária viola os direitos básicos inerentes à classe trabalhadora, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional na aplicação das relações trabalhistas.

considerações finais

Diante do exposto, após os argumentos trazidos à baila, é perceptivo a inconstitucionalidade da disposição do uso da anotação da frequência diária padronizada através de instrumentos coletivos de trabalho disponíveis em lei. Assim, importa dizer que é nítido o conflito de normas, visto que as alterações legislativas privilegiaram as negociações coletivas ao invés dos princípios basilares do Direito do Trabalho, violando principalmente a proteção atribuída ao trabalhador, considerado como hipossuficiente na relação empregatícia, devendo, portanto, serem adotadas as normas mais oportunas, obedecendo-se o princípio da norma mais favorável.

Neste passo, a limitação do tempo de labor foi prevista constitucionalmente com o propósito de direcionar as leis regulamentadoras das atividades exercidas pelos trabalhadores no intuito de protegê-los contra incidentes no trabalho e, portanto, é obrigatório que as empresas se submetam às diretrizes de saúde e segurança do trabalho. Vale ressaltar que é inadmissível a desvinculação das regras estabelecidas em torno do tempo laborado, posto que é naturalmente inerente à figura do trabalhador a interligação de normas, para que haja um ambiente laboral equilibrado.

É evidente que o tema elencado é de suma importância para conscientização da sociedade, visto que as alterações legislativas atingem diretamente à classe trabalhadora e, conseqüentemente, o meio social como um todo. A efetivação do lançamento da frequência diária padronizada colide diretamente com os direitos fundamentais e sociais elegidos como normas de ordem pública e, portanto, não são disponíveis para serem renunciados por intermédio de instrumentos coletivos. Destarte, a gerência do tempo trabalhado não importa apenas à figura do trabalhador, mas também ao Estado e aos empregadores.

Dessa forma, conforme os pilares do Direito do Trabalho, é inconstitucional o registro de ponto por exceção, devendo ser retomado no ordenamento jurídico brasileiro a aferição do *quantum* trabalhado pelo empregado para que haja a computação real dos horários de entrada e de saída, efetivando-se as disposições previstas na seara trabalhista e constitucional.

Portanto, o estudo proposto alcançou o fim pretendido na medida em que se debruçou sobre as alterações legais promovidas na seara trabalhista, possibilitando uma análise pontual sobre os direitos fundamentais e sociais assegurados à classe trabalhadora, bem como às normas de saúde e segurança do trabalho e os efeitos eminentes no direito trabalhista a partir do advento Lei de nº 13.874/2019.

referências

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília – DF. 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Brasília – DF. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm>. Acesso em 15 de out de 2019.

BRASIL. Ministério Do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 1.120, de 08 de novembro de 1995**. 1995. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/prt_mtb_1995_1120.pdf>. Acesso em 24 de out de 2019.

BRASIL. Ministro De Estado Do Trabalho E Emprego. **Portaria nº 373, de 25 de fevereiro de 2011**. 2011. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P373_11.html>. Acesso em 13 de out de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 152 - Renúncia**

genérica a direitos mediante adesão a plano de demissão voluntária. Leading Case: [RE 590415](#). 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>> Acesso em 07 de out de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Processo: ARR - 80700-33.2007.5.02.0261**. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Órgão Judicante: 4ª Turma. Data de Publicação: 26/10/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/cdb6f52a2aabc76aabb6fb6f2cfo9oof>> Acesso em: 04 de out de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Ranking dos Assuntos mais Recorrentes**. 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>> Acesso em: 20 de out de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. **Processo: RR – 1001704-59.2016.5.02.0076**. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos. Órgão Judicante: 4ª Turma. Data de Publicação: 29/03/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/a9838a746a87ebd6551e09ecf5d913b5>> Acesso em: 04 de out de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Brasília – DF. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em 10 de out de 2019.

BRASIL. Ministério Público Do Trabalho. **Nota Técnica Sobre o Projeto de Lei de Conversão nº 17/2019** (MP nº 881/2019). Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-sobre-a-mp-881-final.pdf>> Acesso em 18 de set de 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. Paraíba. Disponível em: <https://trt13.jus.br/acl_users/credentials_cookie_auth/require_login?came_from=https%3A//trt13.jus.br/>

servicos/intranet>. Acesso em 15 set de 2019.

KOHLIS, C.; DUTRA, L. H. D. **CLT organizada/organização**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2019.

COELHO, B. L. M.; ALBUQUERQUE, E. D. Do registro de ponto por exceção: violação a disposições protetivas. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**. v.6, n.9. p.20-30, 2017. Disponível em: <<http://www.flip3d.com.br/web/pub/escola-judicial/?numero=9#page/20>> Acesso em 5 de set de 2019.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 16.ed. rev. e ampl. São Paulo, 2017.

GARCIA, G. F. B. **Curso do Direito do Trabalho**. 6.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2012.

LEÃO, J. A. P. Os Limites da Negociação Coletiva Prevista no Artigo 611-A d Reforma Trabalhista em Matérias Atinentes à Saúde e Segurança do Trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v.64, n.97, p.235-249. Belo Horizonte – MG. 2018. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/Revista-97.pdf>> Acesso em 17 de set de 2019.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito do trabalho**. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPÍTULO 5

NO LIMIAR ÉTICO ENTRE O HACKTIVISMO E O CIBERTERRORISMO: UMA BREVE DIGRESSÃO JUS-FILOSÓFICA

*Bianka de Melo Portela Pinto Lopes*⁴²

*João Ademar de Andrade Lima*⁴³

RESUMO

A revolução tecnológica da informação transformou a presente sociedade com seus mais inovadores aparelhos e sistemas, fazendo surgir o desejo crescente pelo conhecimento, pois deter a informação passou a ser sinônimo de poder. À vista disso, presencia-se um mundo dependente do estar *on line* no sentido de estar incluído digitalmente com fim maior de alcançar o precioso saber. Em defesa dessa liberdade da informação, formadora da nomeada Cultura Livre, surgem vários grupos ativistas, como o *Anonymous*, formados, principalmente, por aqueles que se autodeterminam *hackers* e cultivam a nova ética em expansão, a ética *hacker*. Entretanto, essa crescente dependência pela tecnologia e, logo, pela livre informação, serve também como amparo para as ações de novos grupos

42 Advogada formada pela Unifacisa/Campina Grande-PB. Mestranda em Direito e Informática pela UMinho/Braga-Portugal. E-mail: biankalopestrabalho@gmail.com

43 Professor de Direito Digital e Ética/Direito Aplicados à Informática na Unifacisa/Campina Grande-PB. Graduado em Direito e em Computação. Doutor em Educação pela UTAD/Vila Real-Portugal. E-mail: joaoademar@yahoo.com.br.

ciberterroristas em crescimento. Perante isso, aparece no presente contexto problemas quanto aos limites das liberdades defendidas pela nova cultura do compartilhamento frente aos conflitos globais proporcionados pelo terror. Sendo assim, o objetivo geral do presente é abordar a oposição criada entre a defesa do direito às liberdades informacionais e à expansão do terrorismo cibernético. Para tal, percorreu-se os seguintes objetivos específicos: a) realizar breve levantamento histórico da aparição dos *hackers* na sociedade; b) explicar os ideais do ativismo *hacker* concretizados pelas ações do grupo *Anonymous*; c) mostrar o delineamento que é dado à ética *hacker* pelos autores e especialista da área; d) fazer uma abordagem do terrorismo e do ciberterrorismo; e, ao fim, e) analisar brevemente a Lei Antiterrorismo. No que diz respeito aos métodos empregados, em síntese, foi utilizado o método exploratório e qualitativo, já que os estudos foram feitos em sua completude com base em pesquisas documentais e bibliográficas que levaram a indagações pertinentes e longe de obterem suas discussões esgotadas. Quanto ao resultado de pesquisa, em síntese, foram feitos estudos direcionados mais precisamente a nova ética hacker e o *hacktivism*, ambos, em sequência, interpretados perante o ciberterrorismo. Por fim, em conclusão, não pretendendo afastar a responsabilidade do Estado, tampouco desmerecer suas ações legislativas a fim de combate ao terror, entendeu-se, ainda assim, não serem, em sua totalidade, as ações, mesmo que em conjunto das nações, no intuito de criminalizar o ciberterrorismo solução viável a sua erradicação no presente.

PALAVRAS-CHAVE: *Hacktivism*; Ética; Ética Hacker; Crimes Cibernéticos; Ciberterrorismo.

ABSTRACT

The technological revolution of information has transformed the present society with its most innovative devices and systems, giving rise to the growing desire for knowledge, because stopping information became synonymous with power. In view of this, there is a world dependent on being on line in the sense of being included digitally with a greater goal of reaching the precious knowledge. In

defense of this freedom of information, which forms the named Free Culture, there are several activist groups, such as Anonymous, formed mainly by those who self-determine hackers and cultivate the new ethic in expansion, the hacker ethic. However, this growing reliance on technology, and thus on free information, also serves as a buffer for the actions of new, growing cyber-terrorist groups. Faced with this, problems in the context of the limits of the freedoms defended by the new culture of sharing in the face of the global conflicts provided by terror appear in the present context. Thus, the general objective of the present is to reveal the opposition created between the defense of the right to information freedoms and the expansion of cyber terrorism. For this, the following specific objectives were pursued: a) to carry out a brief historical survey of the appearance of hackers in society; b) explain the ideas of hacker activism concretized by the actions of the Anonymous group; c) show the delineation that is given to hacker ethics by the authors and expert of the area; d) approach terrorism and cyberterrorism; and, finally, e) briefly review the Anti-Terrorism Law. Accordingly, the method used was, in summary, the exploratory and qualitative method, since the studies were done in their completeness based on documentary and bibliographical research that led to pertinent inquiries and far from obtaining their discussions exhausted. As a result of the research, in summary, studies were directed more precisely at the new hacker ethics and hacktivism, both sequentially interpreted in the face of cyberterrorism. Finally, in conclusion, not intending to remove the responsibility of the State, nor to demean its legislative actions in order to combat the land, it was understood, nevertheless, not to be in their entirety the actions, even if jointly of the nations, in order to criminalize cyberterrorism viable solution to its eradication in the present.

KEYWORDS: Hacktivism; Ethics; Hacker Ethics; Cybercrimes; Cyberterrorism.

INTRODUÇÃO

Inegável ter a globalização proporcionado diversas modificações à

sociedade contemporânea, especialmente em razão do advento das Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs. À frente disso, afirma-se viver em uma aldeia global, como bem colocou Hebert Marshall McLuhan (1964), em que a busca constante pelo conhecimento se tornou sua essência.

Nesse sentido, não sendo o ser humano estático, evidente estarem as inovações tecnológicas, atreladas principalmente à Internet, motivando mutações no contexto comportamental social, criando, até mesmo, nova axiologia, consoante se percebe ao analisar a ética *hacker* e o atual ativismo em emergência denominado de *hacktivismo*.

No entanto, ao passo que se desenvolve uma rica cultura do conhecimento defensora de grandes liberdades, como o direito de acesso livre à tecnologia e, logo, à informação, desenvolve-se, também, novas formas de delitos, aqui alcunhados de crimes cibernéticos.

Contudo, diante dos conflitos globais mais recentes, este texto prioriza especificamente o ciberterrorismo, a fim de se questionar quando o novo ativismo baseado no princípio da liberdade deixa de ser o exercício de um direito e passa a ser um crime.

Diversas nações edificaram suas próprias legislações internas no intuito de conter, assim como punir, ações terroristas, inclusive, as cibernéticas. O Brasil não fez diferente e, no ano de 2016, aprovada a Lei nº 13.260, conhecida como Lei Antiterrorismo, realidade que revela a aliança desta Nação a outras no combate ao terror.

Neste sentido, o presente capítulo tem como âmbito de pesquisa o Direito Penal e suas normatizações, relacionados ao ramo da ética, no sentido abordar o *hacktivismo* e o ciberterrorismo e suas inclinações no contexto legal e social.

Desta feita, seu objetivo geral é revelar a oposição criada entre a defesa do direito e as liberdades informacionais e a expansão do terrorismo cibernético. Para tanto, foram delimitados, como objetivos específicos: a) realizar breve levantamento histórico da aparição dos *hackers* na sociedade; b) explanar os ideias do ativismo *hacker* concretizados pelas ações do grupo *Anonymous*; c) mostrar o delineamento que é dado à ética *hacker* pelos autores e especialista da área; d) fazer uma abordagem do terrorismo e do ciberterrorismo;

e, em remate, e) analisar brevemente a Lei Antiterrorismo.

Por fim, objetivando a apresentação lógica e mais compreensível do conteúdo, este foi dividido em tópicos e subtópicos, seguindo uma sequência de estudos baseada no método exploratório e qualitativo para se chegar às conclusões necessárias.

UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O HACKER E O HACKTIVISMO

Origem dos hackers

De uma breve pesquisa sobre o significado da palavra “*hacker*” em dicionários de renomadas instituições de ensino, tais quais a *University of Cambridge* e a *Oxford University*, conclui-se ser essa traduzida em um sujeito com habilidades para invadir o Sistema Operacional – SO – de outros computadores. Definição bastante empregada nos dias atuais, mas que, contudo, não nasceu atrelada à criação da referida palavra.

Em verdade, consoante escreveu Assis Medeiros (2002), o termo *hacker* é uma apropriação do verbo inglês *to hack*. No sentido estrito, significa “cortar”, “tossir”, “entalhar”, “golpear”. A partir disso, este escritor acaba por afirmar que, durante as últimas décadas, o termo *hacker* passou a ser entendido de várias maneiras.

Pois bem, os primeiros a tentarem conceituar a palavra em questão vão associá-la a especialistas da computação; porém, com o decurso do tempo, pode-se dizer que essa estrita conotação acabou por ser ampliada.

Considerando os pensamentos do filósofo Pekkar Himanen, em uma de suas obras de maior renome, “A Ética dos *Hackers* e o espírito da era da informação”, *hacker* é, em verdade, qualquer pessoa, isto é, um pai, um perito em astrologia, um simples aluno de computação, enfim, qualquer sujeito que se dedica com entusiasmo à programação. Assim, para ele, uma pessoa pode ser considerada *hacker* sem precisar, necessariamente, ser um especialista em computadores.

No entanto, para alunos do *Massachusetts Institute of Technology* – MIT –, em meados do século 20, mais precisamente os participantes do *Tech Model Railroad Club* – TMRC –, *hacker* era um simples

jargão traduzido em diversão. No início, alguns estudantes dessa instituição empregavam o termo *hack* para descrever as suas travessuras mais elaboradas, como colocar um carro em cima de um dos edifícios do próprio instituto.

Com o passar dos anos, mais precisamente entre o final da década de 1950 e início da década de 1960, o uso desta palavra passou a adotar uma conotação mais séria, porém em nenhum momento dissociada da diversão.

O TMRC, clube voltado para o estudo do modelismo ferroviário, era dominado pela presença de uma maquete de trens. Isto fez surgir dois subcomitês dentro do próprio clube, um formado por fanáticos em construir e pintar réplicas de certos modelos de trens com valores históricos e outro formado por alunos mais preocupados com o SO da maquete, este conhecido por “dos Sinais e das Energias” – S&E.

Para os alunos deste segundo subcomitê, a tecnologia era puro entretenimento. Passar horas aprimorando sistemas, debatendo melhorias e, até mesmo, criando jargões era apenas passatempo. Deste ponto, passam a surgir os *hackers* mais similares ao que se observa hoje em dia.

Segundo escreveu Steven Levy em “Os Heróis da Revolução”, “um projeto empreendido ou produto criado, não somente para atender a uma meta, mas por uma grande dose de prazer era chamado de *hack*” (2012, p.9) e, por consequência, consoante este autor, aqueles que o fazia se autodenominavam de *hackers*.

No final da década de 1970 e no início da década de 1980, essa geração de inovadores foi vista como algo positivo à sociedade, já que seus maiores objetivos eram associados a descobertas e desenvolvimentos de *softwares* para as máquinas da época. Em suma, ser *hacker* era uma atividade encorajada e vista como um *hobby* interessante.

Com a chegada da geração dos computadores pessoais e, ainda, com a explosão dos *Bulletin Board System* – BBS –, a boa visão que se possuía com relação aqueles inovadores foi completamente desconstruída e, desta forma, os tidos como anjos do desenvolvimento tecnológico passam a ser claramente vistos como novos criminosos.

Tudo se inicia com John Draper, ou “*Cap’n Crunch*”. Esse, ainda quando jovem, percebeu que o brinde do cereal *crunch*, um apito, produzia as mesmas frequências usadas pelas empresas de telefonia para indicar que uma linha telefônica estava apta a fazer uma nova chamada.

Em consequência disso, Draper acabou por criar a *Blue Box*, equipamento que manipulava as centrais telefônicas, e, desta forma, conseguiu invadir, ou melhor dizendo, *hackear* diversas linhas. A esta técnica mais específica de invasão foi dada o nome de *phreaking*.

Posteriormente, o jovem Ian Murphy descobriu como invadir a rede da grande agência de telefonia AT&A, dando um dos maiores golpes *hackers* para a época, fato que lhe rendeu o apelido de “*Captain Zap*”, bem como o título de primeiro *hacker* a ser condenado. Murphy alterou os relógios internos daquela central de telefonia em 12 horas, com isso, as pessoas pagavam a tarifa noturna, mais barata, mesmo realizando ligações durante o dia.

Contudo, foram com as atividades desenfreadas de Kevin Mitnick e a larga divulgação da mídia que a palavra *hacker*, relacionada à ideia de crime, ganhou notoriedade. A tecnologia estava evoluindo, assim como as diversas formas de invasão por meio da Internet, denominadas atualmente de cibercrime.

Mitnick, enquanto adolescente, revelou-se interessado pelas atividades de *phreaking*, pois seu fascínio era saber como os celulares funcionavam. Uma curiosidade contínua levou-o, no ano de 1998, a invadir o SO da empresa *Digital Equipmet Corporation* e copiar detalhes de *softwares* altamente sigilosos, fato que lhe rendeu uma condenação em prisão federal. Após cumprir 12 meses, este foi posto em liberdade condicional. Mitinick fugiu e, em consequência, se tornou uma das pessoas mais procuradas pelo *Federal Bureau of Investigation* – FBI.

Diante desta realidade, irritado com a nova conotação dada à atividade *hacker* e almejando enfatizar positivamente esta cultura que estava se formando, eis que surge Eric Steven Raymond. Este, que se autodetermina de *hacker* antropólogo, criou o “*Jargon File*”, glossário mantido pelo MIT e posteriormente publicado em livro

com o título de “*Hacker’s Dictionary*”, no qual apresenta a diferença entre aquele que busca o conhecimento informático e constrói *softwares*, acreditando na liberdade e na ajuda mútua, o *hacker*, daquele que invade sistemas e pratica, além de diversos vandalismos, crimes informáticos, o *cracker*.

Raymond não foi, tampouco continua sendo, o único que tenta reverter a ideologia de vilões atribuída aos *hackers*. São milhões de adeptos à recente cultura *hacker* desenvolvida em razão da tecnologia, especialmente a *Web 2.0*, e que tentam difundir seus maiores conceitos éticos, isto é, liberdade no compartilhamento; base ideológica, inclusive, para reformas conceituais em institutos jurídicos então tradicionais como, por exemplo, os Direitos Autorais, na reavaliação de valores a partir da assunção de conceitos como o *Copyleft*, em oposição ao *Copyright*.

Hacktivismo

Considerando os pensamentos do pesquisador Stefan Wray extraído de um de seus escritos nominados de “*Electronic Civil Disobedience and the World Wide Web*” (1998), provavelmente, quando os ciber-historiadores olharem para as últimas décadas do século XX, se depararão com duas novas expressões: “desobediência civil” e *hacktivismo*.

Tendo por base essa reflexão, resta evidente que a recusa em obedecer ao legalmente imposto tornou-se cada vez mais frequente, justamente porque os motivos para tanto passaram a ser melhor definidos.

Exemplo que bem concretiza esta realidade foi o ocorrido durante o Movimento Zapatista, no México, ou, nas melhores palavras de Castells (2002, p.103), o “primeiro movimento de guerrilha informacional” da história.

Henrique Antoun e Fábio Malini, colocam o Movimento Zapatista como o precursor no uso da Internet a fim de gerar comoção social e política. Consoante esses autores, este movimento estruturou-se “em torno de uma rede de trabalhos voluntários ativistas coordenada através da Internet” (ANTOUN; MALINI, 2013, p.82).

Estudando igualmente este fato histórico, Wray (1998) vai expor

que os *hackers*, em apoio aos zapatistas, inovaram ao fazerem da Internet um novo lugar para as ações diretas não violentas e a desobediência civil, já que eclodia o uso do “bloqueio virtual” e o *virtual sit-in*, este último bastante utilizado pelo grupo *Electronic Disturbance Theatre* – EDT – mediante a criação do *floodnet*, ferramenta para ações coletivas *online*.

Por meio do *floodnet*, aplicação em *Java*, popular linguagem de Programação Orientada a Objetos – POO –, para navegadores (*browsers*), qualquer sujeito podia paralisar ou derrubar uma página da *web*, seguindo facilmente as instruções fornecidas, ou seja, podia de forma simples promover sua própria manifestação em favor daquele movimento. Com isso, Wray (1998) vai dizer que este *software* inaugura o casamento dos *hackers* com o ativismo político, mais tarde chamado de *hacktivism*.

Partindo desse exame, faz-se interessante projetar a interpretação da pesquisadora Alexandra Samuel, em estudos sobre a cultura *hacker* para seu Doutorado, pois ela vai entender ser *hacktivism* a combinação da política transgressiva de desobediência civil com as tecnologias e técnicas dos *hackers* de computador. Desta forma, acaba concluindo que o *hacktivism* é “o uso não violento, legal ou ilegal, de ferramentas digitais para perseguir finalidades políticas” (SAMUEL, 2004, p.3, tradução livre).

Ademais, pode-se dizer que é a partir dessa visão que surge a expressão *hacktivism*, empregada primeiramente por um sujeito conhecido por de T-fish, abreviação de *Tweety Fish*, um dos participante do grupo *Cult of The Dead Cow* – CDC –, conhecido nos dias de hoje como uma organização norte-americana de *hackers* cuja atividade volta-se a valorizar a divulgação da mídia conhecida por “faça você mesmo”.

T-fish observou a realidade em que ele e os demais participantes daquela organização encontravam-se inseridos, isto é, escrevendo *softwares* destinados a pessoas de outros países com o intuito de os utilizarem como base de comunicação, ainda que estivessem sendo espionados por parte do governo, já que, pós atentado ocorrido às Torres Gêmeas, aconteceram grande mudança no paradigma de privacidade, passando o próprio governo estadunidense a patrocinar

diversas invasões à privacidade dos cidadãos a título de política antiterrorista.

Em suma, os participantes do CDC agiam em simples defesa da liberdade, acreditando que todos deveriam ter acesso à Internet e, em consequência, às suas formas de comunicação. Pode-se entender que estes jovens perceberam o ideal que defendiam, a liberdade no acesso à informação, e onde o defendiam, na Rede Mundial de Computadores, famigerado *World Wide Web* – WWW.

Assim, em uma primeira análise, levando em consideração a conceituação proposta por Sérgio Amadeu da Silveira, o que esse grupo encontrava-se fazendo estaria classificado como ciberativismo, uma vez que este é definido por esse pesquisador como “um conjunto de práticas em defesa de causas políticas, socioambientais, sociotecnológicas e culturais, realizadas nas redes cibernéticas, principalmente na Internet” (SILVEIRA, 2010, p.31).

No entanto, a olhares mais atentos, aqueles não estariam defendendo qualquer causa mas, sim, as que englobam seus ideais de liberdade de expressão e compartilhamento de dados na rede, definição, a grosso modo, do *hacktivismo*.

Basicamente, o *hacktivismo* é a defesa pela consolidação da ideia de acesso total e ilimitado aos computadores e à Internet, porém, com o objetivo maior de argumentar ser a informação livre, podendo ser acessada por qualquer pessoa ao passo de seus anseios.

Anonymous: “Unidos por um, divididos por zero”

Conforme o antes apresentado, os *hackers* e sua cultura, a partir da década de 1980, começaram a ser em extremo associados a atividades criminosas. Posteriormente ao ataque ao *World Trade Center*, tal relação tornou-se cada vez mais enraizada no pensamento da sociedade. Contudo, com o advento dos anos 2000 e o surgimento do *Anonymous*, o ativismo *hacker* ganhou nova roupagem.

Escondidos por trás da máscara de Guy Fawker, famoso soldado inglês que tentou explodir o parlamento britânico, no ano de 1605, durante a Conspiração da Pólvora, o *Anonymous* tem suas origens em um *website* presente da rede de computadores denominado de *4chan.com*, lugar em que se pode postar qualquer tipo de foto e,

ainda, comentá-las, tudo de forma anônima, caso desejado.

Os primeiros atos desses sujeitos eram voltados completamente para a diversão, ou, como melhor se expressavam, *For The Lulz – LULZ –*, em conexão ao *Laughing Out Loud – “lol”*. O objetivo maior dos indivíduos que se autodeterminavam “anônimos” era gerar risadas a preços bem baratos, isto é, à base da “trollagem”.

Uma nova comunidade portadora de características bem próprias surgiu. Os *anons*, abreviação de *anonymous*, possuíam linguagens e simbologias especiais que os faziam se reconhecer entre um mundo de diversos outros usuários da Internet.

Não obstante, entre os anos de 2006 e 2007, mediante toda a diversão, passou a florescer, ainda que de forma tímida, nos *anons*, um aspecto mais moral, particularmente em detrimento aos discursos de Hal Turner.

Ele era um neonazista portador de um discurso completamente invertido para os pensamentos desse novo grupo que emergia. Diante disso, com o intuito maior de pôr fim à difusão dos ideais de Turner ligados à superioridade de raça, que, por diversas vezes, importunou pessoas ligadas ao próprio grupo, esses, inseparáveis de suas *trollagens*, começaram a brincar com aquele ariano. Neste momento, eis que começa a aparecer o *Anonymous* enquanto organização ativista.

Entretanto, conforme documentário intitulado “*How Anonymous Hackers Changed the World*”, disponível no próprio *site* oficial deste grupo, disposto na rede mundial de computadores, apenas no ano de 2008 que a timidez do ativismo perpetrado pelos *anons* foi completamente abandonada diante da operação deflagrada contra a Igreja da Cientologia norte-americana.

Tudo se inicia quando um vídeo, de vinculação apenas interna, feito pelo ator Tom Cruise, falando sobre sua religião, cientologia, é viabilizado para acesso de todos. Aquela Igreja se achou ridicularizada, indo, assim, buscar na justiça norte-americana seus Direitos de Propriedade Intelectual, fato que rendeu o êxito em suprimir o citado vídeo da Internet.

Os *Anonymous* observaram a situação como verdadeira forma de censura; diante disso, articularam uma série de atividades digitais

em protesto àquela entidade religiosa, inclusive, conseguiram levar inúmeras pessoas às ruas em suas ações mais diretas.

Em 2010, esse grupo ativista deixa o cenário nacional, passando a ser visto pelo plano político mundial em decorrência da criação do *WikiLeaks*, organização sueca com propósito maior de publicar documentos relacionados a condutas indevidas de governos, empresas e instituições.

Nesse período, as instituições financeiras *PayPal*, *MasterCard* e *Visa* bloquearam a possibilidade de conceder donativos à organização sueca. Ainda assim, utilizando-se dos serviços da tecnologia *Distributed Denial of Service* – DDoS –, diversos *hackers* ligados aos *anons* derrubaram os *sites* daquelas empresas em forma de protesto.

Importante destacar não terem os *hackers* anônimos se rebelado apenas contra certas pessoas ou grandes instituições, suas ações também tiveram governos como alvo. Na grande maioria das vezes o grupo *Anonymous* tomou lado em disputas justamente porque discordava da censura imposta à população. Foram diversas ações em face dos governos, porém, pode-se dizer que o mais impactante ocorreu em oposição ao governo egípcio durante a época historicamente conhecida como primavera árabe.

Analisando todo esse plano histórico atribuído ao novo grupo de ativismo *hacker*, chega-se a duas conclusões: na primeira, acredita-se serem as linhas que definem o *Anonymous* em sua moralidade e legalidade extremamente tênues aos olhos de toda a sociedade, pois ora se configuram como atos pacíficos e lícitos, ora como perturbações e ilicitudes; na segunda, é certo serem um grupo heterogêneo e sem liderança definida, sendo seu sistema de organização aberto mas que, em nenhum momento, deixa de ter seus propósitos e regras.

ÉTICA HACKER

Conceituando Ética

A palavra Ética, na atualidade, passou a invadir a linguagem até mais popular dos indivíduos, deixando seus limites acadêmicos e caminhando à mesa de jovens e adultos os quais, comumente,

associam seu conceito a dois restritos empregos linguísticos, a seguir comentados.

Primeiramente, e em concordância ao que pontuam os autores Mario Sergio Cortella e Clóvis de Barros Filho, em uma de suas ilustres obras, “Ética e Vergonha na Cara”, utiliza-se a palavra com o fim de descrever as escolhas mais importantes da vida humana, isto é, escolhas mais solenes que descartam o trivial do cotidiano de cada um.

No mais, usa-se, de igual forma, Ética com o propósito de denúncia do comportamento, ou seja, para justificar o desacordo com a atuação do outro perante certas situações.

Reconhecendo tais empregos cotidianos da palavra em questão, pode-se dizer que não resta dúvidas quanto à sua clara polissemia, dificultando-se, assim, a sua precisa conceituação, mas que não se transforma em tarefa de impossível alcance.

A fácil modo, Ética é considerada uma Ciência Social que busca realizar estudos sobre a moral; melhor dizendo: é área cujo objeto de análise se reflete no sujeito social e, em como ele, no seu íntimo, interpreta ou entende as regras morais que lhes são apresentadas.

Sendo assim, Ética não se confunde com moral, pois, enquanto aquela é a ciência, esta é o objeto a ser estudado. Importante destacar que a moral deve ser sempre observada junta ao social e coletivo, já que é, conforme preceitua até os mais simples dicionários de papelaria, conjunto de regras sociais instituído e apresentado para todos.

Portanto, logo que se pensa em moral, não se fala em conduta isolada, mas sim em ações coletivas criadas a partir de diversos fatores, a exemplo da cultura. Aqui faz jus realçar ser a própria Constituição Federal uma das formas de apresentar certas regras sociais ou leis morais aos indivíduos, sendo visível a perfeita mutabilidade destas ao longo do tempo.

Com base no acima explanado, relevante os ensinamentos de Paulo Cesar Masiero em seu livro “Ética em Computação” quando afirma brevemente ser “a Ética ramo da Filosofia que estuda o comportamento moral do ser humano, classificando-o como bom ou ruim, correto ou errado” (MASIERO, 2008, p.20).

Por fim, completa dizendo haver a subdivisão da Ética em teórica e aplicada, sendo esta última “preocupada com os conceitos éticos aplicados ao dia-a-dia das pessoas” (MASIERO, 2008 p.21). Cumpre destacar ser a Ética aplicada a base deste estudo.

UTILITARISMO: A BUSCA PELA MÁXIMA FELICIDADE

Utilitarismo aos olhos de Jeremy Bentham

Primeiramente, antes da realização de abordagens mais críticas quanto ao tema, importante fazer alguns apontamentos quanto à Ética pelos olhos do Utilitarismo.

As ideias utilitaristas foram abordadas por grandes pensadores ao longo da história, contudo, sobretudo com os ilustres estudos de Jeremy Bentham, tais pensamentos passaram a apresentar um caráter de sistema filosófico.

Bentham, sendo pioneiro em considerar o utilitarismo de maneira mais filosófica, afirmava que, segundo esta doutrina, o objetivo da moral seria maximizar a felicidade ao ponto que restasse assegurada a hegemonia do prazer sobre a dor.

Com isso, criou o denominado princípio da utilidade no qual “útil” era toda e qualquer ação que produzisse ao máximo a felicidade e evitasse a dor ou o sofrimento.

Princípio bastante simples a rápidos olhares, porém, extremamente criticado por aqueles que recusam os ideais utilitários. Consoante estes, os pensamentos de Bentham reduzem o ser humano a uma análise quantitativa em que se tem como parâmetros seus custos e benefícios para a sociedade.

Este filósofo criou uma escala de prazer e dor sem conceder as devidas valorizações ao que traz maior alegria ou sofrimento aos indivíduos. Logo, ações que garantem os Direitos da Pessoa Humana, bem com seus Direitos Fundamentais, acabam por ser rebaixadas, até mesmo desprezadas, já que seu sacrifício é justificável a fim de gerar prazer.

Michael J. Sandel (2014), em sua obra “Justiça, o que é fazer a coisa certa?”, alude que, na Roma antiga, os cristãos eram jogados aos leões no Coliseu para a diversão da maioria que aprovava tais

práticas costumeiras. Aos olhos utilitaristas, o sacrifício da vida humana se justificava, pois, ainda que o direito à vida estivesse sendo violado, dentro da escala de prazer e dor, a felicidade era alcançada.

No entanto, com o propósito de fazer uma abordagem mais real, além de atual, válido relembrar a morte da estadunidense Eliana Hezberg no Arizona, Estados Unidos, em março do ano de 2018. Ela foi atropelada por um carro da empresa Uber que se encontrava no modo autônomo, isto é, sem a presença de qualquer motorista a conduzi-lo, enquanto atravessava a rua fora da faixa de pedestres.

Por óbvio, este é um triste acontecimento, porém, caso interpretado pelo lado utilitarista, tamanha perda é útil à vista de que em um futuro as empresas ligadas à Inteligência Artificial – AI –, mais especificamente àquelas voltadas para o desenvolvimento de veículos automotores, produzam carros autoguiados com maior capacidade de preservar a vida humana em situações extemporâneas como essa, respondendo mais facilmente a situações análogas, evitando, assim, novos atropelamentos em eventos similares.

Para alguns, podem ser exemplos demasiadamente extremistas ou ligados a um futuro distante. Pois bem, tomando por norte a mesma obra do autor alhures mencionado, imagine que existe uma bomba-relógio preste a explodir, e em seguida, ocorre a prisão de um suposto terrorista que tem informações sobre a bomba. Conforme a doutrina de Bentham, justificável seria a tortura de um para garantir a vida de milhares.

Inúmeras pessoas responderiam de igual forma, afinal, são várias vidas a preço de uma; deve-se ponderar os custos e benefícios. Entretanto, e se a tortura fosse da filha pequena do terrorista que nada sabe sobre as atividades ilícitas praticadas pelo pai, ainda assim se justificaria tal conduta? Para os utilitaristas, sim.

Em rápidos olhares, pode-se parecer razoável almejar buscar sempre a máxima utilidade, mas, para aqueles indivíduos isolados, o teoricamente correto transforma-se no extremamente cruel, pois, parafraseando Sandes, o sujeito só passa a ter importância social somente na medida em que sua preferência for igual ao conjunto de preferências dos demais.

Utilitarismo aos olhos de Stuart Mill

Visando trazer mais humanismo aos pensamentos utilitaristas, John Stuart Mill, grande adepto desta filosofia, tenta afastar o calculismo dos pensamentos de Bentham, especialmente quanto à sua escala de prazer e dor, com o intuito de alcançar maior qualidade aos prazeres humanos, realidade que vai levar muitos a afirmação de que o próprio Mill estaria negando os pensamentos utilitaristas.

Pois bem, inicialmente, este pensador vai defender em sua obra *On Liberty* (1859) a total liberdade do indivíduo frente a qualquer tipo de coletividade, uma vez que visava uma proteção tanto com relação à tirania governamental quanto à tirania social.

Segundo ele, cada sujeito deveria ter o direito de viver conforme seus anseios pessoais, sendo os únicos atos passíveis de explicações para a sociedade aqueles que causassem o mal aos demais.

Isso se justifica, consoante explica este autor, pelo simples fato de se estar evitando a criação de dogmas, isto é, verdades absolutas, dentro de uma sociedade, pois, à medida que se garante liberdade para alguém, esse poderá discordar dos pensamentos até então instituídos, promovendo um avanço social.

Logo, garantindo a liberdade individual a todos, estaria sendo alcançada a máxima felicidade, ou seja, maximização da utilidade, e, ressalta ele, em longo prazo.

Além disso, quanto à escala de prazer e dor criada por Jeremy Bentham, Mill tenta inovar ao dizer que existem, sim, prazeres mais elevados que outros. Ora, como já colocado anteriormente, para Bentham pouco importava a qualidade dos desejos da sociedade, pois o importante era chegar à máxima felicidade; assim, se assistir uma tourada é mais prazeroso à sociedade, que se criem mais arenas!

Stuart Mill, diferentemente, vai acreditar na existência de senso de dignidade humana intrínseco a cada sujeito. Tal senso faz compreender a elevação de alguns prazeres com relação a outros, quais sejam, aqueles ligados ao intelecto, preferíveis aos físicos.

Em curtas linhas, este estudioso não nega a ideia utilitarista de que o que traz mais felicidade é sempre o mais desejável, porém, consoante o senso de dignidade, seria mais prazeroso aos

indivíduos ler *Hamlet* ou invés de assistir os *Simpsons*, pois:

É melhor ser um humano insatisfeito do que um porco satisfeito; é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito, é melhor ser um humano de grande intelecto de deixar se ater ao simples prazer de atividades menos inteligíveis (MILL, 2007, p.25).

Com base no exposto, percebe-se que, para os utilitaristas, uma boa e justificável ação será aquela que proporciona felicidade para uma maior quantidade de sujeitos, sendo dela extraída a ideia do útil.

Existencialismo em Jean-Paul Sartre

Antes de estudar a ética *hacker* não se pode deixar de apreciar, também, os conceitos existencialistas propostos, durante o século XX, pelo francês Jean-Paul Sartre.

Este filósofo foi considerado inovador à sua época, tendo em vista seu posicionamento contrário à filosofia teleológica proposta por Aristóteles. Segundo esta, o homem nascia com sua própria essência, restando, assim, pré-definido seu fim.

Diferentemente, Sartre (2007, n.p.) acreditava que “o homem é o ser pelo qual o nada vem ao mundo”, isto porque, consoante sua crença, a existência precedia a essência, já que o ser humano, ao nascer, não era nada, apenas existia, contudo, após a realização de suas escolhas, ia se construindo e, em sequência, criando sua própria essência.

Assim, ele abandona por completo o ideal teleológico, afirmando que jamais o homem será apenas personagem de um roteiro já definido, como defendiam os aristotélicos, pois é o próprio homem que se constrói, que cria sua vida, metas e valores, bem como sua própria ética. E como um mero indivíduo que do nada surge poderia fazer tamanha criação?

Sartre responde de forma simples, afirmando que isso acontece justamente porque o homem é condenado a ser livre. Quando do

nascimento, a única coisa que se possui é a liberdade, esta definida como a capacidade de opinar diante de um mar de escolhas que lhes são apresentadas.

Segundo este francês, o ser humano é livre para escolher o que almejar, na medida em que também é responsável por tamanha tomada de decisão. Desta forma, para ele, pouco importa o que os outros fizerem conosco; importa o que fazemos com o que os outros fizeram conosco.

Sartre defendeu fielmente a liberdade humana a fim de resultar na autoconstrução, basicamente, em sua filosofia, cada ser é autêntico. Pode-se dizer que Raul Seixas, em sua música *Metamorfose Ambulante*, ao dizer que prefere “ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo”, perfeitamente traduz os ideais sartreanos.

Em decorrência disso, este pensador vai criar um conceito de “má-fé” baseado na renúncia à liberdade de escolher; pois, no existencialismo de Sartre, a liberdade toma posição central à formação da essência.

Ética hacker: em defesa da liberdade

Observa-se que, em tópico anterior, afirmou-se ser a Ética, em linhas mais gerais, a análise que o indivíduo tem com relação às regras morais que lhes são apresentadas, classificando-as como certas ou não. Além disso, foi dito, também, ser esse ramo da Ciência dividido quanto a uma visão mais teórica ou aplicada.

Pois bem, entende-se ser a Ética *Hacker* incluída dentro da ética aplicada! Ora, essa se presta ao estudo da visão do correto dentro do exercício da atividade *hacker*, melhor dizendo, a visão do certo aos olhos da nova cultura em difusão, a chamada “Cultura Livre”.

A fim de gerar melhor compreensão quanto ao tema em discussão, inicialmente, faz-se necessário a retomada das duas filosofias antes abordadas, talvez consideradas por alguns, relativamente, antigas quando se objetiva tratar de pensamentos ainda em construção.

No entanto, a olhares atentos, perceptível o liame entre a teoria defendida por Stuart Mill com as ideias propostas por Jean-Paul

Sartre, já que ambos defendem a liberdade do ser. Tanto para Mill quanto para Sartre, o homem deveria ser completamente livre, conseguindo, de tal forma, escolher e agir consoante seus anseios, seja, segundo Mill, para alcançar o útil à sociedade, seja, conforme dizia Sartre, para encontrar a essência pessoal.

É na liberdade que a Ética *Hacker* tem suas raízes mais profundas, porém, essa se revela inovadora ao defender não ser apenas o homem livre, mas também a própria informação.

Steven Levy (2012), em uma de suas obras mencionadas alhures, perfeitamente externa tal entendimento, pois cita princípios elementares aos ideais *hackers*. Segundo ele, primeiramente, todos têm a liberdade e o direito para acessar total e ilimitadamente os computadores e, ainda, qualquer coisa que possa ensinar a ter conhecimentos a mais sobre o funcionamento do mundo. Diante disso, toda informação deve ser livre e apta a ser utilizada por qualquer pessoa, cabendo, assim, aos *hackers* compartilharem seus conhecimentos com a comunidade.

Sérgio Amadeus da Silveira traduz com êxito o acima afirmado, explicando que:

Em geral, na matriz do pensamento hacker está enraizada a ideia de que as informações, inclusive o conhecimento, não devem ser propriedade de ninguém, e, mesmo se forem, a cópia de informações não agride ninguém dada a natureza intangível dos dados (SILVEIRA, 2010, p.34).

À vista disso, a informação deve ser livre, contudo, qual o motivo da defesa de tamanha liberdade dentro da atual “Sociedade em Rede”, consoante definido por Castells (2007). Pekka Himanen, em sua obra “A Ética dos *Hackers* e o espírito da era da informação”, vai tentar responder tal questionamento. De acordo com este filósofo, “as atividades dos *hackers* têm como máxima a paixão e a liberdade de agir” (HIMANEN, 2001, p.66).

Partindo dessa premissa, Himanem, em uma análise sob a ótica do trabalho e do dinheiro, vai dizer que “para *hackers* como

Torvalds, o fator básico de organização na vida não se resume ao trabalho e dinheiro, mas está calçado na paixão e no desejo de criar algo que tenha valor social embutido” (HIMANEN, 2001, p.53).

Logo, guiados pelo interesse maior de lhes trazer prazer, isto é, pelo próprio princípio utilitarista, os *hackers*, quando superam seus desafios, ou seja, produzem algo inusitado à sua vista e da comunidade que estão submersos, consoante Silveira (2010) explica, sentem a necessidade de compartilhar o seu aprendizado, adquirindo, em consequência, uma reputação, ou melhor, um reconhecimento.

No mais, também é correto dizer que tal anseio em compartilhar é movido, de igual forma, pela possibilidade da difusão do saber, a fim de que outros venham a solucionar demais problemas que lhes interessem.

Basicamente, acredita-se defender a grande liberdade em detrimento da própria forma de funcionamento dos computadores e programas, pois “o que não é um computador se não algo que se beneficia do livre fluxo de informação?” (LEVY, 2012, p.27). Parafraseando tal autor, o que seriam os indivíduos e suas descobertas sem o livre fluxo do saber?

À percepção utilitarista, inúteis seriam, porque não lograriam êxito em trazer a felicidade à sociedade da forma, como comenta Assis de Medeiros, visando o bem comum:

Isso significa dizer que os hackers procuram desenvolver trabalhos que visam o bem comum da sociedade. No caso específico da atual sociedade da informação, eles seriam uma espécie de herói, que lutam contra o monopólio da indústria do software e a perda da privacidade (hoje ameaçada pelo comércio eletrônico e pelo Estado) (MEDEIROS, 2002, p.44-45).

Diante do acima apresentado, a esse modelo de livre compartilhamento de informação Pekka Himanen concebe o nome de “Academia de Rede”, essa baseada na livre repartição de pensamentos e ideias em que não apenas se ensina a problemática já resolvida, mas

também se busca ajuda, a fim de solucioná-la.

Nos dias de hoje, perante a nova Cultura Livre oriunda da “Sociedade em Rede”, acredita-se ser o emprego de *software* livre, movimento perfeitamente representado pelo *copyleft*, a versão mais atualizada da academia de Pekka.

A atual literatura brasileira adota duas novas formas de proteção dos direitos circundantes dos *softwares*, o tradicional *Copyright* e o inovador *Copyleft*, anotado alhures. Enquanto aquele é visto como a proteção padrão dos direitos de cópia e reprodução de uma obra cuja a grande característica é a limitação ao código fonte, este é marcado pelo pensamento oposto no qual, através de licenças de uso, objetiva-se evitar a propriedade de alguém sobre aquilo produzido por esforços coletivos fazendo com que, dessa forma, o regime de compartilhamento seja aberto, realidade capaz de possibilitar a todos o acesso ao código fonte, contudo, por óbvio, com certas limitações.

À sua nomenclatura, para além da principal conotação, tanto jocosa quanto crítica, originada de um mero trocadilho com o termo “*copy + right*”, literalmente convertido em “*copy + left*” – razão pela qual o seu símbolo é um “©” ao contrário (espelhado) –, observa-se, todavia, em conjugações do verbo “*to leave*” (deixar), inclusive em vários tempos – *present perfect*, *simple past*, *past participle*, *past perfect*, *past perfect subjunctive*, *past subjunctive*, *future perfect* e *conditional perfect* —, a flexão “*left*”, o que gera, por exemplo – numa tradução livre para a língua portuguesa –, o termo “deixe copiar”, isto é, uma expressão notadamente aplicável ao conceito (LIMA, 2017, p.56).

Entretanto, questiona-se como se faz possível a concretização de tal realidade sem afetiva perda de Direito Autorais? Fácil, porque se utilizam as famosas licenças ou, em outras palavras, a simples autorização de uso.

Inserida ao *Copyleft*, cita-se a *General Public License – GPL* – nomeada “GNU”, desenvolvida pela *Free Software Foudation*. Sérgio Amadeus da Silveira, na obra “*Software Livre: a luta pela liberdade do conhecimento*”, explica o seguinte:

Dentro da GPL existe o conceito de copyleft. Trata-se de usar o copyright que restringe o direito de cópia para assegurar o seu inverso, a liberdade de copiar. A licença GPL assegura as quatro liberdades para o software livre, ou seja, o uso para qualquer fim, o estudo de seus códigos, a sua melhoria e a sua redistribuição. Todavia, o copyleft impõe uma restrição importante: nenhum software dele derivado poderá se tornar software proprietário. Quem o fizer estará violando a GPL e infringindo uma licença registrada por seu autor (SILVEIRA, 2004, p.19).

Contudo, nos últimos tempos, além da GNU, grandes licenças que vêm emergindo no Brasil, desde sua adoção no ano de 2003, são as *Creative Commons*, especialmente em razão da sua maior abrangência, já que podem ser usadas para qualquer tipo de obra protegidas pelo Direito Autoral.

Basicamente, tais licenças, ao passo que protegem os direitos dos autores, permitem a disseminação de seu trabalho. Nas falas de Sérgio Branco e Walter Brito:

A difusão do *Creative Commons* permite que, em vez de o autor se valer do “todos os direitos reservados”, possa o autor se valer de “alguns direitos reservados”, autorizando-se, assim, toda a sociedade a usar sua obra dentro dos termos das licenças públicas por ele “adotadas” (BRANCO; BRITO, 2013, p.60).

Perante todo o exposto, evidente afirmar ser o precedente da

Ética *Hacker* a velha ética acadêmica ou científica proposta por Robert Merton, uma vez que, assim como esta defende dever ser o conhecimento público, aquela deixa claro beber da mesma fonte de liberdade no intuito maior de incentivar a emancipação individual através do conhecimento.

Entretanto, observa-se ser o ponto de divergência entre elas o fato de ser *Ética Hacker* voltada mais para a retirada da barreira, criada ao longo dos anos, entre o autor e os receptores das obras, participando os dois, agora juntos, na criação de uma nova cultura, a cultura do compartilhamento.

Assim, possível se faz concluir ser a *Ética Hacker*, não uma reconstrução, mas, sobretudo, uma nova axiologia apresentada à sociedade em que, na sua fonte, o custo da liberdade passa a ser o próprio conhecimento.

CRIMES CIBERNÉTICOS

Conceito e classificações dos crimes cibernéticos

Indiscutível é o fato de não se encontrar, no atual ordenamento jurídico, definição certa a evidencia o que venha a ser crime. Nem o Código Penal, tampouco a sua Lei de Introdução, possuem definições claras a delimitar a noção dessa palavra, em verdade, esta última norma, ainda propõe critérios de diferenciação de crime com a contravenção penal em seu art. 1º.

Ante isso, resta a doutrina traçar conceituações mais precisas referentes à importante vocábulo. Conforme as lições de Guilherme Nucci, o conceito de crime é artificial, verificando-se em três diferentes prismas, quais sejam: o material, o formal e o analítico.

Segundo o conceito material proposto por esse autor, crime é “a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido mediante a aplicação de sanção penal” (NUCCI, 2014, p.78), enquanto que, em sob sua ótica formal, é “a concepção do direito acerca do delito, construindo a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno” (NUCCI, 2014, p.85). Entretanto, pelo viés analítico, crime é fato típico, ilícito e culpável.

À sombra de tais aspectos, tenta-se desenvolver uma análise conceitual dos crimes cibernéticos. O certo é que, quanto à sua terminologia, diversos são os empregos de termos a caracterizá-los, como crimes virtuais, eletrônicos, informáticos, enfim, vários outros nomes. Diante desse mar de termos, emprega-se aqui apenas a denominação “crimes cibernéticos”.

Aos pensamentos de Patrícia Santos da Silva, a nomenclatura a ser apropriada para a nova classe de crime que emerge revela-se irrelevante, “posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável” (SILVA, 2017, p.39) para se observar um crime cibernético.

Com isso, perante tamanho posicionamento, previsível concluir serem os crimes ora em comento condutas ilegais praticadas contra ou com a utilização de sistemas de informática que visam atingir bens jurídicos já tradicionalmente tutelados, tal qual a honra, imagem, privacidade, como também demais objetos relativos à própria informática, qual programas de dados, documentos eletrônicos, entre outros. Relevante, assim, as palavras abaixo de Marcelo Xavier de Freitas Crespo:

Ao considerarmos as condutas ilícitas por meio da informática, verificamos a possibilidade de lesão a outros bens jurídicos. Assim, pode-se falar em condutas dirigidas a atingir valores que já gozam de proteção jurídica, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a fé pública, mas também a informação armazenada (dados), a segurança dos sistemas de redes informáticas ou de telecomunicações (CRESPPO, 2011, p.56).

É de acordo com essa conceituação que se faz possível observar a classificação dos crimes praticados em face da nova “Era Digital”. Importante destacar não ser a doutrina uníssona quanto a tal classificação, porém, entendendo a grande maioria desta forma, seguirá este capítulo a mesma divisão.

Pois bem, Patrícia Santos da Silva, após citar a classificação proposta por outros autores, vem a transcrever as palavras de Vicente Greco Filho, que dizem:

Focalizando a Internet, há dois pontos de vista a considerar: crimes ou ações que merecem a incriminação praticados por meio da Internet e crimes ou ações que merecem incriminação praticados contra a Internet, quanto bem jurídico autônomo (...) (GRECO FILHO *apud* SILVA, 2017, p.22).

De maneira objetiva, tomando por base o entendimento supramencionado, os crimes cibernéticos subdividem-se em puros, ou seja, praticado contra o recurso TIC, e impuros, isto é, cometido por meio dos recursos TIC.

Portanto, recaindo a conduta ilícita do agente sobre recursos tecnológicos, informacionais e comunicacionais, seja de forma física ou técnica, estar-se-á diante de um crime puro, contudo, sendo apenas tais recursos uma ferramenta à consumação de ações praticadas também por outros modos, fala-se de crimes impuros, a exemplo da injúria, calúnia, pornografia infantil cujo único diferencial é o *locus* e/ou *modus operandi*.

Demais disso, outra importante subdivisão a ser citada é a que apresenta os crimes cibernéticos como próprios, caracterizados como infrações cometidas tanto no mundo físico (material) quanto no ciberespaço, a exemplo do terrorismo, e impróprios, condutas ilícitas praticadas apenas no ciberespaço, isto é, realizadas apenas no mundo virtual; ressalta-se, com seu resultado consumado de igual maneira no próprio ciberespaço.

Terrorismo

De início, antes de adentrar na temática referente especificamente ao ciberterrorismo, julga-se importante analisar o próprio crime de terrorismo.

Fenômeno fácil de se reconhecer, mas difícil de se conceituar, o terrorismo sempre esteve presente na sociedade, seja através de

atos oriundos dos Estados, práticas isoladas de indivíduos ou por meio de ações em grupos que, ressalta-se, são realizadas em diversos lugares, mostrando-se irrelevante o regime, religião ou cultura adotada.

Este termo, juntamente com a palavra “terror”, foi primeiramente empregado, e aí se destaca, com a conotação atualmente utilizada, durante a Revolução Francesa, mais precisamente no período historicamente conhecido como “Era do Terror”, impetrado pelo governo dos Jacobinos, na liderança de Robespierre, aos anos de 1792-1794.

A França daquela época era marcada por uma onda de caos promovida pelos próprios governantes, porém, à interpretação dos escritores da época, o terror e os métodos terroristas empregados se justificavam. Inclusive, o próprio Robespierre chegou a afirmar que o terror era “nada mais do que a justiça, severa e inflexível” (HARDING; PETTIFORD, 2003, p.33, tradução livre).

Todavia, importante lembrar que, apesar dos termos “terrorismo” e “terror” só terem surgido com a citada revolução, por mais que muitos os vejam como algo novo, conforme antes dito, a história do próprio terrorismo é tão antiga quanto a história da humanidade e, vai-se além, tão caótica quanto os atuais ataques denominados pela mídia e pelos governos de atentados terroristas.

Veja-se, conforme narra Lloyd Pettiford e Davis Harding, em seu livro “*Terrorism: the New World War*”, durante o século 13 surgiu um grupo terrorista extremamente famoso, ao menos pelo nome, “Assassinos”, cujos ideais eram formados pela mistura da religião e política. Segundo os autores “seus líderes perceberam que eles eram muito pequenos para confrontar o inimigo em batalhas, porém com o uso seletivo do terror eram capazes de manter sua autonomia religiosa por meio do medo” (HARDING; PETTIFORD, 2003, p.33, tradução livre).

Prosseguindo mais um pouco, posterior a guerra civil dos Estados Unidos, em 1865, criou-se o *Ku Klux Klan* – KKK – que usava de lixamentos, assassinatos e atos de intimidação no intuito de subjugar os ex-escravos, alimentando, desta forma, o ódio pautado no preconceito racial e social.

Muitos são os exemplos observados ao longo da história da humanidade, diferentes foram seus líderes, inúmeras foram as suas vítimas, diversos são os seus motivos (políticos, religiosos, sociais ou culturais), entretanto, ao certo, um ponto em comum todas as ações terroristas apresentam, estando ele, quase que sempre, presente na base definidora do conceito de terrorismo.

Segundo define o ilustre professor Reginaldo Nasser:

Apesar de existirem inúmeras definições de terrorismo, é possível dizer que o terrorismo é um método psicológico inspirador de repetidas ações violentas empregadas por indivíduos, grupos clandestinos, ou Estado, por razões políticas, segundo as quais, ao contrário do assassinato, os alvos diretos da violência não são as principais metas (NASSER, 2016, n.p).

Nasser considera o terrorismo um método psicológico. Evidente tamanha afirmação, pois se compreende ser o cerne do conceito do fenômeno em questão, a grande disseminação do terror, isto, é o medo exacerbado embutido na sociedade na intenção maior de alcançar os reais objetivos almejados. Basicamente, o marco das ações terroristas é a deliberação em potencial dos efeitos psicológicos criados e advindos dos meios violentos escolhidos.

A enfatizar tal entendimento, cita-se ideologia da *Rand Corporation*, trazida por Raúl Fañois Carneiro Martins, em um de seus trabalhos:

O terrorismo não pode ser objectivamente definido senão pela natureza do acto em si, independentemente da identidade daqueles que o cometem ou da causa que representam. Quanto ao acto como tal, a sua característica é a de procurar produzir um efeito psicológico (de terror) muito superior aos danos físicos causados (MARTINS, 2010, p.11).

O mesmo autor citado acima acrescenta na obra, resultado de suas pesquisas, ser o terrorismo uma modalidade de violência, uma vez que compreende encontrar-se a ideia de utilização do terror ligada a seu conceito. Sendo o terror o medo exacerbado e, neste caso, gerado pela violência, acredita, assim, que “o terrorismo se reconduz à prática de violência” (MARTINS, 2010, p.11).

Pois bem, por mais que, ao longo de todos esses anos, ainda não exista um consenso em nível internacional quanto ao real conceito do tema em apreço, inegável ser o emprego do terror a sua marca, em que se acaba logrando êxito em tornar realidade a concepção de ser o forte, em verdade, o fraco.

De igual forma, indiscutível também é o pensamento de ter o próprio terrorismo tomado novas formas após o atentado de 11 de setembro do ano de 2001 ocorrido nos Estados Unidos da América. Atualmente, fala-se na dualidade do terrorismo em velho e novo.

Tomando por base os ensinamentos do já mencionado professor Reginaldo Nasser, “o velho terrorismo tem objetivos políticos concretos”. Em contrapartida, o novo terrorismo seria, em suma, pautado em ideias fundamentalistas, tendo em vista que, consoante coloca aquele o mesmo professor, “os novos terroristas são vistos como fanáticos religiosos que querem simplesmente destruir, frequentemente associados ao uso de bombas com poderes destrutivos” (NASSER, 2011, n.p).

Lógica, compreende-se, equivocada. Associar por completo as atuais práticas terroristas apenas a grupos religiosos, leia-se o Islamismo, faz surgir nas presentes nações preconceitos, por diversas vezes jamais desmistificados, com relação ao outro estrangeiro “desconhecido”, levando ao império de políticas ligadas ao combate global do terror (ideia levantada pelo governo de George W. Bush) as quais, pode-se dizer, acabam não observando as reais motivações das ações terroristas a fim de sua represália.

Importante frisar ter sido promulgada, no Brasil, a Lei nº

13.260/2016 comumente conhecida por Lei Antiterrorismo, durante o governo da presidente Dilma Rousseff, visando antecipar o combate a esse suposto novo terrorismo.

De fato, defende-se não haver um novo terrorismo, mas sim uma nova fase atribuída ao mesmo. E por qual motivo? Tudo em decorrência das mudanças sofridas pela própria humanidade, sendo elas a globalização e a criação da “Sociedade em Rede” na qual os computadores, a Internet e as redes sociais revelam-se aliadas aos novos terroristas, seja para difusão de seus propósitos, recrutamento de participantes ou exibição, bem como, admissão da concretização de atentados.

Ciberterrorismo

Questiona-se o que existiria em comum entre os três cenários a seguir sugeridos: primeiro, ocorre uma invasão ao sistema de computador que controla a grande rede elétrica regional, perde-se o poder por um prolongado período de tempo e diversas pessoas morrem; segundo, invade-se o sistema de controle de tráfego aéreo, dois aviões colidem, ninguém sobrevive; e, por fim, acontece a interrupção de bancos, de transações financeiras e de bolsas de valores, todo o sistema econômico para e milhares de Dólares, Euros, Libras e Reais são perdidos.

Entende-se não ser apenas o medo exagerado causado à sociedade o elemento em comum das situações acima, mas também a presença da TIC como ferramenta chave à concretização de tamanhos incidentes.

Estes cenários foram propostos pela pesquisadora de segurança da informação Dorothy E. Denning (2000). À época, Denning já entendia o ciberterrorismo como crime presente na atual sociedade o qual somente aguardava seu momento mais certo para se consumir, pois, segundo ela, aos cenários que propôs não cabiam mais questionamentos envolvendo o “se”, mas sim o “quando” seriam possíveis.

Se antigamente necessário era um arsenal de diversificados tipos de armas para concretizar as ações terroristas e, se no passado próximo, homens-bombas eram utilizados no intuito de espalhar

terror, no presente, um simples *click* nunca foi capaz de causar tanto espanto.

Dorothy Denning (2000) alega terem os terroristas adentrados ao ciberespaço justamente para facilitar as formas tradicionais de terrorismo, como os atentados bomba, pois, com a Internet e demais aparelhos ligados à TIC, jamais foi tão fácil e rápido manter comunicações, coordenar eventos, reunir novos adeptos ou conseguir financiamento.

M. J. Warren, em contribuição dada ao livro dos escritores Colarik e Janczewski, observa que os ataques cibernéticos tendem a oferecer maiores impactos comparados à violência propriamente real. Consoante Warren, a violência física não necessariamente é ampla em seu número de vítimas, assim como não se revela eficaz para se garantir um ponto ideológico, pois, o foco maior da mídia poderá ser na efetiva destruição e não na “causa” da destruição (2008).

Veja o caso da Estônia. No país, a Internet é considerada um direito básico de cada cidadão; com isso, quase toda a população encontra-se ligada à rede, realidade que, a certos olhares, leva o Estado a ser mais vulnerável. Caso algum grupo terrorista almejasse firmar seus objetivos tendo esse local como vítima, a ocupação de *sites*, tornando-os inacessíveis, incluindo os de ministérios e bancos, como já ocorrera, causaria grande problemas financeiros ao país, sem vítimas de uma violência real, o que poderia levar o foco maior à nítida motivação do ataque.

Demais disso, a rede pode ser grande instrumento de publicidade das atividades terroristas. Ora, não só a mídia divulga seus grandes atos, dando visibilidade a certos grupos, como também diversos *sites* de grupos terroristas se fazem presentes na Internet, especialmente na *Deep Web*, realidade que facilita não apenas a captação de novos adeptos, como também a arrecadação de verbas a título de financiamento.

Alfredo Falcão e Jaqueline Buffon, como exemplo, afirmam que os Estados Islâmico na intenção de recrutar maiores adeptos, passaram a utilizar “redes sociais, como mensagens em *Facebook*, *Twitter* e *YouTube*, além de discussões em fóruns de discussão e blogs” (FALCÃO; BUFFON, 2017, p.166).

No mais, complementam que, com a possibilidade de transferência de recursos por meio de serviços como o *PayPal* e o PagSeguro brasileiro, demais da possibilidade de lavagem de dinheiro em *site* de jogos *online*, as possibilidades de financiar este crime ampliaram.

Entretanto, infere-se ser através da *Deep Web*, local virtual de navegação anônima, que os terroristas encontram, além de adeptos aos seus ideais e ampla publicidade, um instalado tráfico de armas, bastante usado por extremistas na guerra do terror e financiamento, em especial pela forma da criptomoeda “*Bitcoin*”.

A censura na Internet visível leva a milhões de usuários da rede profunda, essa que engloba a chamada *Dark Web*. Tomando por norte os ensinamentos de Adriana Shimabukuro e Melissa G. B. de Abreu e Silva (2017), esta última rede é ainda mais privada e anônima, já que utiliza *softwares* específicos de criptografia, como o *The Onion Router – TOR –*, o *Invisible Internet Project – I2P –* e a *FreeNet* (plataforma *peer-to-peer – P2P –* de comunicação sem censura).

Os Estados Unidos da América, pós 11 de setembro do ano de 2001, declarou uma guerra contra o terror mais efetiva, nova política governamental seguida por diversos países, a exemplo do Brasil, que recentemente editou, como já dito, a Lei n° 13.260/2016, acunhada de Lei Antiterrorismo.

Alguns estudiosos creditam ter sido esta nova norma concebida entre a ótica da preocupação com a segurança pública, objetivando-se a eficiência no combate ao crime, e a ótica garantista, visando-se evitar a possibilidade de alguns movimentos sociais serem criminalizados e, logo, vulnerabilizadas as garantias individuais e coletivas.

De certo, percebe-se estar a Lei Antiterrorismo de acordo com disposto no art. 4º, inciso VIII, da Constituição Federal, já que propõe repúdio a atos considerados terroristas.

É em seu art. 2º, que este diploma legal traz a ideia do que consiste no terrorismo, abordando além de suas formas, as suas motivações e finalidades:

Art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo,

por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§1°. São atos de terrorismo:

I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III – (VETADO);

IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V – atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Percebe-se ter o inciso IV do parágrafo acima colacionado, reconhecido configurar ciberterrorismo o uso de mecanismos cibernéticos com o fim de atingir os enumerados serviços comuns ali citados.

Com relação a isso, a nova Lei apresenta-se inovadora ao

reconhecer o crime de ciberterrorismo como umas das vertentes do terrorismo que merece reprovação social, porém, talvez seja um pouco infeliz em sua redação, pois dúvidas podem surgir quanto a classificação do citado inciso, se seria ele exemplificativo ou uma norma de caráter taxativo?

Em verdade, o terror social ou generalizado poderia ser causado atingindo serviços primários não enumerados no citado inciso. Contudo, defende alguns que sendo a norma de caráter exemplificativo, claramente feriria o princípio da legalidade, pois, consoante o texto legal, não há crime sem lei anterior que o defina.

Por outro lado, havendo a taxatividade do inciso, sendo o ciberterrorismo crime de conceito ainda não bem definido, não estaria a norma condenada à ineficácia?

Nesse sentido, Alfredo Falcão Júnior e Jaqueline Buffon concluem que:

(...) por um lado, o conceito legal de ciberterrorismo, em que pese o fundo garantista da dogmática penal, não pode se resumir à literalidade do texto penal e da cláusula de exclusão dos movimentos sociais, por outro lado, isso não significa outro extremo, isto é, uma completa criminalização das ações humanas, com o efeito de desconfigurar a carta de garantias liberais da sociedade (FALCÃO JÚNIOR; BUFFON, 2017, p.177).

Paira-se diante de uma legislação nova que merece muita análise e questionamentos, entretanto, independentemente de maiores discussões, deve-se observância aos critérios de ponderação e razoabilidade a fim de seguir uma tradição jurídico-democrática no ramo criminal.

Ainda assim, fato é que não se pode negar o caráter inovador da Lei nº 13.260/2016 em resposta ao descontentamento da sociedade frente às novas práticas ilícitas que emergem.

À GUIA DE CONCLUSÃO: CONVERGINDO HACKTIVISMO

E CIBERTERRORISMO NUMA BREVE DIGRESSÃO JUS-FILOSÓFICA

Inquestionável ter o avanço tecnológico de todos esses anos trazido para a contemporaneidade mudanças significativas, especialmente quanto às novas formas de pensar, ou melhor dizendo, as novas formas de refletir as regras morais apresentadas à sociedade, trilhando, assim, um inovador ideal do certo e do errado dentro da “aldeia global” que hoje se vive.

Prova disso é a própria *Ética Hacker*. Para esse novel ramo da *Ética*, o correto seria a sociedade do compartilhamento na qual o fluxo do saber é constante, pois, ao passo que um sujeito é livre, também o é a informação, cabendo aquele o seu completo acesso e a esta a impossibilidade de controle.

Ora, pensamento expressivo à vista dos anseios da contemporaneidade, já que cada vez mais se busca conhecimento de como se ter mais conhecimento.

E, é bebendo desta nova reflexão ética que surge o apresentado ativismo *hacker*, melhor alcunhado de *hacktivismo*, forma de ativismo ligada à consolidação do pensamento de acesso total e ilimitado aos computadores e à Internet, a fim de fulcrar o grande ideal de liberdade da informação. Basicamente, para seus defensores, o centro de suas pretensões é a liberdade, sendo o complexo acesso ao conhecimento sua consequência.

Nesse sentido, no intuito de melhor exemplificar o ponto em questão, remete-se a filosofia de Gilles Deleuze e Félix Guattari (2004), mais especificamente a sua “metáfora do rizoma”.

Primeiramente, cumpre-se enfatizar ser o rizoma, termo extraído da botânica, uma espécie de caule, porém não semelhante aos mais conhecidos que crescem ao solo na verticalidade, pelo contrário, na grande maioria dos casos, seu desenvolvimento é realizado na horizontal e de forma subterrânea, mas que também podem apresentar porções aéreas, como ocorre com as bananeiras e lírios.

São essas diferentes características que levam os ilustres filósofos a afirmarem preferível ser um rizoma a uma raiz, pois, ao certo veem esse caule como múltiplo e de infinito interior.

O pensamento deleuze-guattarriano amplia a noção de rizoma,

entendendo ser o mesmo um conjunto de linhas horizontais que conectam entre si, jamais fazendo vigorar a subordinação. Justamente por isso, impossível saber seu início ou fim, apenas se conhecendo o seu meio, esse que a eles convém chamar de platôs. Em sínteses, afirmam que um platô não está presente no início ou no fim, mas no meio. Um rizoma é feito de platôs.

Diante disso, não se objetiva copiar pensamento tão complexo, mas apenas utilizá-lo analogicamente, pois ora, veja só, o que são as novas tecnologias senão um rizoma?

Sendo um rizoma, em seu interior, são construídas diversas linhas, isto é, diferentes pensamentos e ações que, a certo ponto, podem se conectar de forma tão intensa que acabam por fazer surgir ramificações aéreas. É o que acontece com a *Ética Hacker* e o *hacktivismo*.

Ambos surgem inseridos em um mesmo contexto, qual seja: o desenvolvimento tecnológico, principalmente com a criação da Internet; contudo, pode-se dizer ser a *Ética Hacker* voltada mais para o mundo das ideias, criando pensamentos a serem defendidos, já o *hacktivismo* a pura demonstração desses pensamentos, uma vez que promove a luta pelas ideias *hackeristas*.

E, ao certo, a junção dessa ética e do ativismo em comento geram claramente repercussões no mundo atual, dado que, por óbvio, embasam diversas causas e condutas, tanto positivas quanto negativas.

Um simples olhar na presente história da humanidade comprova tamanha afirmação. Durante este século, inúmeros movimentos sociais utilizaram das ferramentas digitais e da ampla liberdade no compartilhamento de informação pela Internet, principalmente por meio das redes sócias, para rebelar suas indignações contra os governantes, até então no poder, e a sua classe política.

A Tunísia foi uma das precursoras dessas rebeliões. O inconformismo com anos de ditadura atrelado, como bem colocou Manuel Castells, “a cultura da Internet, construída por blogueiros, redes sociais e ciberativistas” (2013, p.29), levaram à queda do governo de Zine El Abidine Ben Ali nesse país. Foram diversos vídeos de protestos lançados à rede mundial de computadores conectados

à livre comunicação pelo *Facebook*, *Twitter* e *YouTube*, que fizeram surgir na comunidade internacional a comoção geral em favor dos protestantes.

Essa conhecida “revolução da liberdade e dignidade”, atraiu os olhares do mundo, obtendo ajuda de diversos ativistas *hackers*, inclusive, da *Telecomix* e do *Anonymous*, que, juntos, apresentavam o grande objetivo de acabar com a censura imposta pelo atual poder na Tunísia, sobretudo na tentativa de manter a conexão à *web*, interrompida diversas vezes pelo Estado, com vistas à opressão.

O mesmo exemplo foi seguido em outros países, como Egito, onde o Estado se rebelou promovendo uma grande desconexão da Internet; países do mundo árabe, gerando a historicamente conhecida “Primavera Árabe”; a Espanha em razão da indignação da população com as políticas econômicas adotada; e os Estados Unidos com sua crise imobiliária, todos de igual forma apoiados pelos defensores da Cultura Livre.

Entretanto, assim como se enxerga cidadãos usando das TIC e seus inovadores ideais para a promoção de mudanças sócias, de igual forma existem aqueles que as utilizam no interesse de disseminar, em generalidade, o pavor.

O terrorismo cibernético emerge em proveito da ideia de liberdade da informação. Conforme já percorrido ao longo deste capítulo, o uso das novas tecnologias associadas ao fluxo do conhecimento que trazem possibilitam, aos novos delinquentes, facilidades na difusão de pânico em repercussão global com simples *clicks* e, ressalta-se, a custo-benefício extremamente maiores.

Tome, por exemplo, *software* desenvolvido pelo jovem francês Jean Pierre Lesueur, nominado de “*DarkComent*”; este programa, livremente disposto na rede mundial de computadores, é visto como um vírus que permite ao seu usuário não infectado controle de sistemas ligados à interface gráfica de outro usuário infectado. *Software* que pode ser extremamente útil a quem deseja espionar ou conseguir informações necessárias à promoção de ataques e que, rapidamente, pode ser encontrado na Internet.

Observe também o *Stuxnet*, um *worm*, espécie de vírus introduzido por ligação via *Universal Serial Bus* – USB – que rapidamente se

espalha em face de falhas no sistema que, até então, não são identificadas. A essas falhas dá-se o nome de *Zero Day*, por serem brechas altamente indetectáveis.

O *Stunext* é tido como dispositivo extremamente perigoso, especialmente pelo risco que já causou, pois foi utilizado, no ano de 2010, em ataque contra empresa nuclear iraniana, levando-a à perda do controle de suas operações industriais sem a ocorrência de nenhum confronto militar.

São apenas dois exemplos de tecnologias desenvolvidas até o presente momento que evidenciam o quanto as armas cibernéticas podem ser sofisticadas e precisas e, a depender de seu uso, capazes de levar, além de prejuízos incalculáveis no plano físico, a danos psicológicos ligados ao medo exacerbado.

Mas, ora, defende-se cada vez mais ser a informação em sua completude livre. Perante tal pensamento *hacker*, concretizou-se ser direito de cada indivíduo a liberdade, por todos os seus vieses, seja para acessar a informação ou para transmiti-la. Contudo, ao passo que se observa, hoje, tamanho direito, vê-se de igual ser garantia de cada um a segurança, não apenas em nível local, mas também global.

À vista desse dilema, anseios por soluções advindas dos Estados vão surgindo. Como apresentado, o governo brasileiro em resposta à comunidade, inclusive internacional, foi progressista ao aprovar a Lei Antiterroristas, pois, mesmo possuindo diversos pontos a serem melhor definidos e debatidos pelo corpo acadêmico, esse país demonstrou sua compreensão quanto ao fato de ser o terrorismo um problema mundial ao qual qualquer Estado está sujeito.

Nesta Lei, mais especificamente em seu art. 2º, §2º, resta a previsão de não incriminação de movimentos políticos, sociais, religiosos, dentre outros, com interesses de crítica, por óbvio, já que se vive em uma democracia, cabendo a possibilidade de indignação ser revelada.

Ocorre que, vendo as novas tecnologias, em especial a Internet, como um grande rizoma ao qual não se enxerga seu começo ou fim, como saber ao certo quando o ativismo cibernético pautado no ideal *hacker* de liberdade deixa de ser o exercício de um direito e começa a

ser um crime, mais precisamente o delito de ciberterrorismo?

Propor tamanha divisão revela-se como tarefa difícil, especialmente aos olhos jurídicos. Como já apresentado, o conceito de terrorismo é impreciso, modificando-se, em real, de acordo com a dinâmica social que, ao passar dos anos, vai dando nova roupagem aquilo que lhe causa terror.

Importante foi a legislação reconhecer a existência desse crime e, mais ainda, a sua nova ramificação pela via cibernética, contudo, consoante já apresentado, inúmeras são as dúvidas interpretativas que pairam sobre a mesma. E qual o motivo disso?

Justamente em decorrência do grande dinamismo do ser humano que, hoje em dia, mostra-se cada vez mais evidente e veloz, restando árduo o trabalho do Direito em acompanhar as desenfreadas mudanças de paradigmas e valores que vão, de forma frenética, disseminando-se na presente sociedade.

Diante de todo o exposto, infelizmente, compreende-se pela existência de certos fatos sociais aos quais, por mais que prevaleça o interesse jurídico, o Direito, em sua conotação normativa, não consegue abarcar a título de apresentar delimitações para repressar o socialmente reprovado, pois, mesmo que o faça, acaba por não respeitar a presente teoria da eficácia em sua complexidade.

Assim, é inegável a tenuidade entre ambos conceitos (*hacktivismo* e ciberterrorismo), tal qual podem ser as diferenças entre “bem” e “mal”, “certo” e “errado” ou “herói” e “vilão”; quedando-se impossível chegar a um construto capaz de finalizar a discussão desta dicotomia, já que, a depender da visão pessoal ou coletiva, bem como do tempo em que se enquadra determinada conduta, o certo pode ser também o errado.

Segundo os autores Harding e Pettiford, Margaret Thatcher, certa vez, bem colocaram, “*one person’s terrorist is another person’s freedom fighter*”, isto significa, a livre tradução, que o terrorista de uma pessoa pode ser aquele que luta pela liberdade de outra. Tome-se por exemplo os soldados alemães durante seus julgamentos perante o Tribunal de Nuremberg, eles afirmaram defender aquilo que acreditavam ser melhor a seu país, ou seja, o que lhes foi ensinado como o certo desde pequenos. Contudo, à vista dos que sofreram,

nada revelou-se justo.

Resta certo que traçar de forma honesta uma divisão, principalmente na contemporaneidade, do que pode ser crime ou ativismo é tarefa indecifrável, basicamente, pode-se definir como uma dialética infundável, pois os limites daquilo que parecer ser bom e daquilo que parece ser mau, ao longo dos séculos analisados por grandes filósofos, deixa de parecer claro, levando a conceituação da verdade e do justiça a difícil alcance.

REFERÊNCIAS

AUTOUN, Henrique; MALINI, Fábio. **A Internet e rua: ciberativismo e a mobilização nas redes sociais**. Porto Alegre: Editora Meridional Ltda, 2013.

BRANCO, Sérgio; BRITTO, Walter. **O que é o Criative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

BRASIL. **Lei 13.260 de 16 de março de 2016**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2016/Lei/L13260.htm > Acessado em nov. de 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venância Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

COLARIK, Andrew M.; JANCZEWSKI, Lech J. **Cyber Warfare and Cyber Terrorism**. New York: Information Science Reference, 2008.

CORTELLA, Mário Sérgio; BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética e vergonha na cara**. São Paulo: Editora Papiros 7 Mares, 2014.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs: capitalismo e**

esquizofrenia. São Paulo: Editora 34, 1997.

DENNING. Dorothy E. **Activism, Hacktivism and Cyberterrorism: The Internet as a tool foi influencing foreign Policy.** Disponível em <https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR1382/MR1382.ch8.pdf> Acessado em nov. 2018.

DENNING. Dorothy E. **Cyberterrorism.** Disponível em <<http://palmer.wellesley.edu/~ivolic/pdf/Classes/Handouts/Number-TheoryHandouts/Cyberterror-Denning.pdf>> Acessado em out. de 2018.

DENNING. Dorothy E. **Is Cyber terror next?.** Disponível em <<http://essays.ssrc.org/sept11/essays/denning.htm>> Acessado em out. de 2018.

FAKCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos G.; BUFFON, Jaqueline Ana. **Crimes Cibernéticos.** Porto Alegre, Editora Livraria dos Advogados, 2017.

FAUSTO, Sérgio; SORJ, Bernardo. **Ativismo político em tempos de Internet.** São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2016. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Ativismo_pol%C3%ADtico_em_tempos_de_internet.pdf> Acessado em nov. 2018.

FERNANDES, Márcia Adriana; PEDINHA, Roberta Duboc. **Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Carro autônomo da Uber nos EUA causa primeira morte por atropelamento.** Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/mulher-morrenos-eua-apos-ser-atropelada-por-carro-autonomo-da-uber.shtml>> Acessado em nov. de 2018.

HARDING, Davis; PETTIFORD, Lloyd. **“TERRORISM: the new world war”**. Londres: Arcturus Publishing Limited, 2003.

HIMANEN, Pekka. **A ética dos Hacker e o espírito da era da informação**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda., 2001.

ANONYMOUS DOCUMENTARY. **How Anonymous Hackers Changed the World**. Disponível em < <https://anonofficial.com> > Acessado em set. de 2018.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de Crimes Informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LEVY, Steve. **Os Heróis da Revolução: como Steven Jobs, Steve Wozniak , Bill Gates, Mark Zuckerberg e outros mudaram para sempre nossas vidas**. São Paulo: Editora Evora, 2012.

LIMA, João Ademar de Andrade Lima. **Conhecimento aberto e os novos direitos de autor numa nova práxis educativas**. Vila Real, UTAD, 2017. Disponível em <<https://repositorio.utad.pt/handle/10348/8128>> Acessado em nov. 2018.

MANUEL CASTELLS. **Redes de Indignação e Esperança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2013.

MARTINS, Raúl François Carneiro. **Acerca de “Terrorismo” e “Terrorismos”**. IISBOA: 2010. Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/1777/1/IDNCadernos_III_Serie_No1.pdf> Acessado em nov. 2018.

MASIERO, Paulo Cesar. **Ética da Computação**. São Paulo: Edusp, 2008.

MEDEIROS, Assis. **HACKERS: entre a ética e a criminalização**. Florianópolis: Visual Books Editora, 2002.

MILL, Stuart. **Utilitarismo**. São Paulo: Escala. 2007.

NASSER, Reginaldo. **TERRORISMO**. Disponível em < <https://globoplay.globo.com/v/1498563/> > Acessado em nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10.ed., Rio de Janeiro: Forence, 2014.

SAMUEL, Alexrandra Whitney. **Hactivism and the Future of Political Participation**. 2004. Dissertação (Doutorado em Filosofia na matéria de Ciências Políticas). Universidade de Harvard. Disponível em <<http://www.alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hactivism-frontmatter.pdf>> Acessado em nov. 2018.

SANDEL, Michel J. **Justiça, o que é fazer a coisa certa**. 15.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 4.ed., Editora presença.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada, ensaio de ontologia e fenomenológica**. Disponível em < <http://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2017/07/O-Ser-e-o-Nada-texto.pdf> > Acessado em out. de 2018.

SILVA. Angelo Roberto Ilha. **Crimes Cibernéticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

SILVA, Patrícia Santos. **Direito e Crime Cibernético: análise em razão da competência do lugar no julgamento de ações penais**. Editora Vestinik, 3015. Disponível em <<https://profmatheus.com/wp-content/uploads/2017/05/direito-crime-cibernetico.pdf>> Acessado em nov. 2018.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. **Ciberativismo, cultura hacker e o individualismo colaborativos**. Acessado em <<https://>

ciberativismoeguerria.files.wordpress.com/2016/09/amadeu-sergio-ciberativismo.pdf> Acessado em nov. 2018.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. **Software Livre: a luta pela liberdade do conhecimento**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

VIDAL, Rodrigo de Mello. **Crimes Virtuais**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em < http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_virtuais.pdf > Acessado em nov. 2018.

WRAY, Stephen. **Electronic civil disobedience and the world wide web of hacktivism: a mapping of extraparliamentarian direct action net politics**. Disponível em < <https://www.webpagefx.com/research/electronic-civil-disobedience-hacktivism.html> > Acessado em set. de 2018.

CAPÍTULO 6

A CRISE DE PARADIGMA ÉTICO-MORAL NA PÓS-MODERNIDADE E O PODER COERCITIVO E DE GENERALIDADE DO DIREITO

*Antônio José de Siqueira Neto Brandão*⁴⁴
*Marcelo Alves Pereira Eufrásio*⁴⁵

RESUMO

O presente artigo científico trata a respeito da crise de paradigma ético-moral na pós-modernidade, abordando o viés consequencial do poder coercitivo e de generalidade do Direito. Objetiva de maneira geral, analisar de forma filosófica e crítica, o fenômeno em comento, a fim de mostrar como o Direito reage a essa questão de vicissitudes advindas do contexto em análise. Para se atingir tal desiderato, tem-se como objetivos específicos, apresentar uma abordagem filosófica da pós-modernidade, bem como a implicação desse contexto na crise de paradigmas, assim como realizar uma reflexão jurídico-filosófica ante o cenário da pós-modernidade, destacando-se o aspecto conceitual do Direito e o seu poder coercitivo e de generalidade, sob a perspectiva de Hart (1994). A metodologia

44 Bacharel em Direito pela UNIFACISA – Centro Universitário. Endereço eletrônico: antonio.netobrandao@hotmail.com

45 Professor do curso de Direito da UNIFACISA. Pós-doutorando e doutor em Ciências Sociais (Área de Concentração em Sociologia), pela Universidade Federal de Campina Grande. Endereço eletrônico: marcelo.eufrasio@maisunifacisa.com.br.

utilizada foi amparada, de forma qualitativa, no método dedutivo. Como resultado, observou-se que a efetiva crise ético-moral na pós-modernidade, demonstra que o referido contexto, diante das intensas transformações, necessita de legitimação para as novas concepções, de forma a gerar a segurança jurídica em um cenário de incertezas. Conclui-se, portanto, pela necessidade do Direito, através da sua coercibilidade e generalidade, bem como devido à sua importância para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade; Paradigma Ético-Moral; Segurança Jurídica; Legitimação.

ABSTRACT

This scientific article deals with the crisis of the ethical-moral paradigm in post-modernity, addressing the consequential bias of the coercive power and generality of Law. In general, it aims to analyze the phenomenon under review in a philosophical and critical way, in order to show how the Law reacts to this issue of vicissitudes arising from the context under analysis. In order to achieve this aim, the specific objectives are to present a philosophical approach to postmodernity, as well as the implication of this context in the crisis of paradigms, as well as to carry out a legal-philosophical reflection before the scenario of postmodernity, highlighting the conceptual aspect of Law and its coercive and general power, from the perspective of Hart (1994). The methodology used was supported, qualitatively, in the deductive method. As a result, it was observed that the effective ethical-moral crisis in postmodernity shows that the referred context, in the face of intense transformations, needs legitimation for new concepts, in order to generate legal security in a scenario of uncertainty. It is concluded, therefore, by the necessity of the Law, through its coercibility and generality, as well as due to its importance for society.

KEYWORDS: Postmodernity; Ethical-Moral Paradigm; Legal Certainty; Legitimation.

INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza uma análise teórica e crítica acerca da Ciência do Direito, relacionando-se à perspectiva ético-moral diante da pós-modernidade. Dessa forma, o Direito não será propriamente aplicado enquanto norma, mas questionado em suas estruturas normatizadoras, ante o cenário pós-moderno de incertezas.

A problemática em comento ampara-se, precipuamente, em observar o desafio da mudança constante de paradigmas na seara ético-moral, na pós-modernidade, e, em um viés consequencial, abordar de que forma o Direito, por intermédio dos seus institutos jurídicos, reage a essa questão de vicissitudes que configura uma crise.

Por oportuno, importa desde já esclarecer que a pós-modernidade é uma resposta de significância ante a crise moderna, inclusive de percepções e de valores diversos. Neste sentido, é imperioso levantar a seguinte problemática, em termos é possível afirmar que a pós-modernidade desembocou em uma crise ético-moral, em decorrência da fluidez que a torna, de certo modo, refém da liberdade, sobretudo quanto ao Direito?

Nesse cenário, a Filosofia do Direito mostra-se, então, como importante ferramenta de análise sob o rumo ético-moral, deslindado em seu aspecto filosófico, com destaque, ainda que pontual, para o pensamento do britânico Herbert Hart (1907-1992), em uma contextualização acerca da segurança jurídica no cenário social analisado. Assim, observa-se que a generalidade e a coercibilidade do Direito representam a possibilidade de legitimação e, portanto, da referida segurança no âmbito jurídico, diante da fluência de valores que implica em uma crise na pós-modernidade.

A propedêutica jurídica, por seu turno, possibilita refletir, de forma contextualizada, a respeito das normas, diante das demandas sociais.

Demais disso, importa destacar que a justificativa da presente pesquisa é relacionada à contribuição social da temática abordada, para o Direito especialmente, uma vez que faz o jurista e demais interessados refletirem sobre o fenômeno da pós-modernidade e suas consequências diversas, inclusive no que tange à estrutura

filosófica do Direito, e até mesmo o caráter teleológico da norma em relação às demandas sociais.

Para a sociedade de um modo geral, o tema revela-se como uma forma de fazê-lo conhecer no caráter potencial e construtivo que possui, bem como em relação ao impacto que gera no ordenamento jurídico e na realidade vivenciada.

Nesse diapasão, esta produção científica objetiva e demonstra, de uma forma geral, analisar criticamente o fenômeno de crise de paradigmas, no cenário filosófico da pós-modernidade, realizando-se um paralelo consequencial com o poder generalista e coercitivo do Direito.

Para tanto, apresenta-se uma abordagem filosófica da pós-modernidade, bem como a implicação desse contexto na crise de paradigmas, assim como realiza-se uma reflexão jurídico-filosófica ante o cenário da pós-modernidade, destacando-se o aspecto conceitual do Direito e o seu poder coercitivo e de generalidade, sob a perspectiva de Hart.

A pesquisa desenvolveu-se, metodologicamente, de forma qualitativa, tendo sido utilizado o método dedutivo.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MODERNIDADE E DA PÓS-MODERNIDADE

A abordagem acerca da pós-modernidade gera uma referência instintiva em relação à modernidade, seja pela proximidade dos nomes, seja pela historicidade à qual o termo remonta. Em uma análise simplificada, porém pertinente ao estudo em questão, tem-se a modernidade como um arcabouço de valores e práticas caracterizados pela rigidez das formas pelas quais se desenvolveram.

Conforme asseguram Bittar e Almeida (2018), a modernidade marcou-se por características que designam situações permeadas pela estabilidade. De fato, a época em questão colocou-se em posição imperativa ante as variadas demandas sociais, promovendo uma estagnação da criatividade, na medida em que padrões foram simplesmente propagados ou obedecidos.

A presente análise, porém, está voltada à pós-modernidade, de modo que faz-se necessário tecer considerações iniciais no que

concerne a esse termo, em que pese as diversas concepções temporais do período em tela, pelo que inclusive afirmam Bittar e Almeida (2018) que “Não há uma data rígida para fixar o surgimento do momento pós-moderno [...]”.

Porém, conforme supracitados pensadores têm-se que:

Grande parte dos autores considera **maio de 68** uma data historicamente marcante para a **definição da emergência do espírito pós-moderno**, em função da emergência dos movimentos sociais, das forças feministas, de contestação juvenil, comportamental e cultural, **pela quebra de paradigmas reinantes** (BITTAR; ALMEIDA, 2018, p.762, grifo nosso).

Os juristas supramencionados justificam o motivo pelo qual muitos autores entendem ser o mês de maio, do ano de 1968, como marco definidor da pós-modernidade. Sinteticamente, entende-se que isso decorre da própria realidade social que identifica o período, considerando-se uma ruptura em relação ao que outrora era visualizado.

No entanto, embora seja importante o marco temporal da pós-modernidade, essa questão é secundária para o presente estudo, ao passo que o aspecto filosófico do contexto é primordial para o entendimento do fenômeno analisado, haja vista permitir a compreensão da modificação do pensamento estruturante que sustentava a modernidade.

Nesse diapasão, a pós-modernidade é visualizada, portanto, enquanto uma nova concepção de espírito racional, que impele o sujeito a abandonar o homem das cavernas, irrefletido, outrora aprisionado, e reconhecer que os padrões estabelecidos e propagados são insuficientes ao crescimento de uma nova dimensão, que em sua atemporalidade e conceituação insegura, causou profundas mudanças nas mais diversas searas sociais e, por conseguinte, permitiu reflexos nos mais diversos campos do saber.

A modernidade, por seu turno, não fornece mais o aparato

securitário no qual o homem apoiava suas crenças limitantes. A pós-modernidade passa a existir, então, ao passo que se reconhece que os ideais do passado não mais vigoram ante a realidade que necessita ser, continuamente, transformada pelo poder da libertação que emana do ser inteligível.

Recorre-se, mais uma vez, aos ensinamentos doutrinários para a correta compreensão, melhor delimitação e precisão técnica do termo pós-modernidade. Assim, de acordo com Bittar e Almeida (2018):

A pós-modernidade não pode ser compreendida sem que antes se compreenda que se trata de uma expressão que designa a dialética relação de crítica da modernidade. A pós-modernidade é a consciência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências (BITTAR; ALMEIDA, 2018, p.761).

De definição tão precisa, observa-se que há a evidência ao aspecto crítico em relação à modernidade, incluindo-se o seu desgaste e sua precariedade diante de novos tempos. A dialética dessa abordagem é fator determinante para que os conceitos paradigmáticos da modernidade sejam revisitados por uma nova visão de mundo, por intermédio da reflexão acerca das supostas verdades, postas, e até então assimiladas.

A pós-modernidade revela-se, portanto, como uma nova possibilidade de descobertas, uma vez que a modernidade entrou em crise e não mais se sustenta. A escassez de respostas diante da diversidade que se instalou gerou uma crise de identificação, ante as teorias anteriormente escassas de contraditório.

Por óbvio, não se despreza as bonanças que a História esclarece no que tange às épocas passadas, mas demonstra-se que a estrutura de concepção de ideias, na modernidade, mostrava-se limitante, ao passo que não permitia uma construção desvinculada de amarras preestabelecidas. Por isso, faz sentido falar em lacunas de conhecimento que permaneciam inóspitas, não havendo o devido explorar

nas mais diversas questões inerentes ao ser humano.

Aliás, a essência humana da descoberta estava não só limitada, mas paralisada, quando se trata de um contexto macro da modernidade. Não se quer dizer que não houve absoluto avanço científico, por exemplo, pois tal afirmação seria equivocada; por outro lado, não havia a liberdade de rompimento de grilhões.

Na verdade, foi justamente pelo reconhecimento da decadência da modernidade que desponta a necessidade de uma nova forma visionária. Entretanto, diante das descobertas, surge também a dúvida do que não é plenamente conhecido.

A pós-modernidade, em seu caráter filosófico, de espanto, de inovação, de dar vida ao novo, de promover uma maiêutica constante e inacabada, acaba não se perdendo em si mesma, mas desemboca na dificuldade do autoconhecimento e de avaliação da realidade, uma vez que esta é constantemente nova.

Nesse sentido, observa-se:

Esta nova ordem é ainda um projeto em andamento; a própria pós-modernidade é parcamente consciente de si mesma. Mais que isto, pós-modernidade não se identifica com nenhuma projeção anterior, para o que não existem parâmetros seguros de compreensão. O estremecimento atinge não somente a vida cotidiana, mas também a capacidade de avaliar filosófica e criticamente estes tempos (BITTAR; ALMEIDA, 2018, p.765).

Em contrapartida, a pós-modernidade pode ser vista como a evolução de toda uma trajetória humana, uma superação de inúmeras estruturas, um perpassar por variados filósofos. Isso não significa, necessariamente, uma historicidade, porquanto não se trata de cronologia imprescindível. No entanto, pode ser visto como um crescimento de concepções, ainda que atemporais. Não é um momento acabado em si mesmo, tampouco perfeito em seu desenrolar, porém, exsurge-se como um ideal transformador que, ante a complexidade que possui, carece de definição precisa.

A própria dificuldade de conceituação da pós-modernidade revela a essência que esta carrega consigo. Em meio a tantas possibilidades, as certezas cessam; a rigidez das concepções não mais se sustenta e as tendências oscilantes causam uma sensação de incompletude. Eis que surge o problema do abandono: o homem sente-se sozinho desassistido, desvalido em um mar existencial personalíssimo que reflete na sociedade.

Diante desse cenário, os valores passam por um processo de mutação. Práticas que anteriormente eram permitidas passam a ser proibidas, bem como o inverso. E, nesse desenfrear de mudança, observa-se que a fluidez é mais real que o próprio existir; que a verdade tão almejada é mais uma, dentre tantas outras, e que nada é passível de certeza, pois a dúvida gerou o caos de significância.

Em que pese a modernidade ter sido uma época de técnicas mecanicistas, as relações eram mormente permeadas de certezas, uma vez que o poder questionador cedia lugar à obediência do que era pacificado socialmente, e aceito, bem como reproduzido enquanto o melhor viés para a resolução das demandas sociais.

A pós-modernidade, no entanto, mostrou-se como uma solução advinda do poderio estabelecido pelo próprio ser humano, o qual, em sua atitude filosófica ou em sua tentativa de crescer além dos limites outrora definidos, iniciou muito mais que uma nova atitude pensante, tendo conseguido efetivamente a quebra de inúmeros paradigmas.

A NOÇÃO CONCEITUAL E FILOSÓFICA DE PARADIGMA

Neste ponto, faz-se necessário compreender o conceito de paradigma, sob a perspectiva filosófica. Para tanto, recorre-se à definição de Abbagnano (2007), conforme se observa:

PARADIGMA (gr. *πράγμα*; in. Paradigm; fr. Paradigme; ai. Paradigma; it. Paradigma). Modelo ou exemplo. Platão empregou essa palavra no primeiro sentido (cf. Tim., 29b-48 e, etc), ao considerar como P. o mundo dos seres eternos, do qual o mundo sensível é imagem. Aristóteles utiliza esse

termo no segundo significado (An. pr, II, 24, 68 b 38), sobre o que v. EXEMPLO (ABBAGNANO, 2007, p.742).

Assim, entende-se que paradigma trata-se, em síntese, de um modelo ou exemplo. Em outras palavras, é um padrão estabelecido e tido como correto, de modo que é amplamente propagado. O supracitado autor esclarece, ainda, que Platão concebia o paradigma enquanto um modelo, pelo que se recorre mais uma vez ao famoso “mito da caverna”; e no que tange a Aristóteles, este encara tal termo no sentido de exemplo, isto é, como algo que pode ser reproduzido a partir de um ponto determinante.

Em uma visão complementar, ademais, visualiza-se o paradigma enquanto uma forma de comportamento social, criado por um grupo específico, consciente ou inconscientemente da totalidade semântica que tal termo designa. Ou ainda, paradigma trata-se de uma forma de continuidade de ideias, sem que haja prévia e posterior reflexão, sendo mera conduta reprodutiva sem o amparo da reflexão filosófica.

Feitas essas considerações, torna-se possível compreender o motivo pelo qual a modernidade entrou em crise. A sociedade passou a não mais conceber certas concepções e valores, a partir do momento que passou a recriar conceitos e situações anteriormente tidas como normais.

Frisa-se, por oportuno, que as diversas práticas sociais são permeadas pelo adendo da normalidade, termo utilizado no sentido de algo tornar-se costumeiro. De uma forma bem didática, isso significa que as situações da sociedade se repetem em um nível tão elevado, de forma tão geral pelos indivíduos que, mesmo um dia tendo sido totalmente extraordinárias, passam a ser vistas como algo comum.

É exatamente nesse sentido onde se encontra o perigo da ausência de reflexão filosófica, pois, considerando-se que esta é responsável por pensar e repensar, por considerar o que já está em determinado lugar, é igualmente capaz de destruir as barreiras da ignorância que aprisionam o homem em sua mediocridade.

Importa observar, ainda, que os paradigmas possuem uma força normativa de grande repercussão e aceitação e, em alguns casos, são criadas por um processo de conhecimento equivocados, através do qual são criadas as verdades que conduzem as atitudes sociais. Outras vezes, porém, são advindos de ideologias que, com o objetivo de manterem-se no poder, influenciam sobremaneira a propagação de paradigmas que se prestam a esse fim.

Os paradigmas da modernidade representaram, portanto, importante sustentáculo dessa época, haja vista que sustentam práticas sociais, que pela aceitação tácita dos seus agentes, são responsáveis por conduzir a História com o conformismo que não é causa de transformação social.

Mais uma vez recorre-se a Platão, no que tange à reflexão filosófica acerca dos paradigmas. Como já indicado acima, para referido filósofo, tal termo é encarado como modelo, o qual está vinculado ao fato de o homem reconhecer o mundo sensível como verdadeiro, através do empirismo lhe assegura uma aparência. Ato contínuo, o mesmo homem, equivocados pela superficialidade do conhecimento, defende essa verdade pela razão que deixa de assisti-lo.

Como exemplos, tem-se como marca da sociedade atual, o tecnicismo exacerbado, herança moderna ainda visualizada, bem como o intenso acesso à informação na época pós-moderna, que tornam o homem refém desses próprios meios, cegos e incapacitados ao mundo inteligível, fazendo-os estar em prol de verdades descontextualizadas e fragmentadas.

Por óbvio, a verdade não é um conceito absoluto, sendo mutável no decorrer da História; no entanto, é de meridiana clareza perceber que quanto mais o homem esquiva-se da sua capacidade cognitiva, que o permite produzir (e não apenas reproduzir) o conhecimento, mais distante estará da verdade, aqui concebida como a racionalidade.

Em uma análise comparativa, na modernidade, o homem ainda estaria dentro da caverna, conhecendo a aparente verdade; porém, ao despertar-se para uma nova concepção, passaria a visualizar a realidade pelo caráter do inteligível, através do qual o mundo

torna-se compreensível pela razão que o liberta. Assim, surgiria a pós-modernidade, através desse passo em busca da racionalidade e da quebra de paradigmas. Ou seja, o paradigma advindo do mundo sensível tornou-se insuficiente perante as novas descobertas, estas últimas permeadas pela inteligibilidade.

A FLUIDEZ DA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade é dotada de muita fluidez, sendo esta justamente uma característica que a torna bem peculiar. Na Idade Média, por exemplo, o poder exercido era voltado ao transcendental, na concepção divinal, e as estruturas eram bem solidificadas, sendo as práticas notadamente definidas; o que difere, portanto, das vicissitudes presentes na época pós-moderna.

Nessa perspectiva, em nível de exemplificação, permite-se discurrir, brevemente, acerca do pensamento de Joseph Ratzinger, o Papa Emérito Bento XVI, atendo-se, inicialmente, ao fato que ele não realizou uma diferenciação histórica entre modernidade e pós-modernidade, consoante se verifica:

Ratzinger, enquanto teólogo, vai tratar da crise de diversos pressupostos da modernidade, mas sem mostrar em que medida isso faz a nossa época moderna ou pós-moderna. Na verdade, ele apresenta uma reserva a uma classificação temerosa das mudanças de épocas, sobretudo quando se vive tais transições(...) (ASSUNÇÃO, 2017, p.119).

Assim, observa-se que Ratzinger não desejou, em suas abordagens científicas, demonstrar uma ruptura de épocas, mas de destacar uma crise por ele observada, que engloba, de uma forma geral, além de um progresso desprovido de algumas ponderações, também um relativismo e um individualismo, sendo tais aspectos, causas de enfraquecimento da relação entre o homem e Deus, bem como de uma humanidade perdida em sua própria liberdade.

Ao tratar dos pontos de encontro entre os pensamentos de Bento XVI e Bauman, Assunção (2017), em determinado momento da

sua arguição científica, assegura que:

Em resumo: o relativismo é fruto da dissolução da verdade que o cristianismo considera acessível aos homens pela razão natural; a fé no progresso entrou em crise por conta da crise de confiança na ciência e na técnica; a modernidade líquida é aquela do individualismo, em que laços comunitários (BAUMAN, 2001)⁴⁶, sejam aqueles que possibilitam uma fé comum mais que um itinerário solitário, ou ainda a durabilidade de uma relação amorosa, desfazem-se diante das exigências do eu abandonado à própria sorte (ASSUNÇÃO, 2017, p.127).

Assim, pela explanação acima, visualiza-se que o relativismo é uma característica que pode ser atribuída à pós-modernidade, ainda que Ratzinger não realize essa definição precisa de épocas, como já esclarecido. Desse modo, ao passo que até mesmo a fé pode ser questionada, percebe-se que os dogmas, tidos como verdades imperiosas, sofrem um processo de relativização, isto é, de desconstrução.

Ademais, pelo excerto supracitado, entende-se que até mesmo o progresso passa por uma crise, uma vez que, considerando-se uma análise mais extensiva, aquele deve ser ilimitado e invencível. Ocorre que até mesmo as técnicas mudam; porém, diante da constante

46 Ao tratar sobre religião pós-moderna, em seu livro *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, Bauman (2012, p.183) assegura que “O espírito pós-moderno é bastante humilde para proibir e bastante fraco para banir os excessos da ambição do espírito moderno”. Desse modo, observa-se que o autor distingue espírito moderno de pós-moderno, no que tange a uma percepção acerca de como são concebidos, isso porque no pós-moderno visualiza-se a liberdade, uma vez que as proibições são tímidas; ao mesmo tempo, o espírito pós-moderno não é capaz de extinguir a ambição que, no contexto analisado, se revela como o individualismo moderno. Tal confluência de ideias pós-modernas desemboca na crise em análise, ao passo que o homem se perde em seus valores, e a sociedade recai na mutação ético-moral.

mudança proposta pela pós-modernidade, o desenvolvimento deve ser constante e imediatista. Caso isso não ocorra, a humanidade pode perder a crença, inclusive, na ciência.

Além disso, é trazida a concepção da modernidade líquida e uma das suas facetas, que é o individualismo. Através deste, o ser humano torna-se cada vez mais isolado, por compreender-se como autossuficiente ante os exercícios da coletividade, o que, por conseguinte, gera uma competitividade desenfreada, levando-se em consideração que cada sujeito deseja colocar seu novo mundo pessoal à frente do interesse comum.

Frisa-se, oportunamente, pela análise sistemática do abordado e referenciado, que o individualismo diverge de individualidade, sendo esta última a valorização da pessoa em sua essência, através de uma série de características que a torna única perante os demais; é a demonstração única, de como um ser humano revela-se perante os outros, em seu caráter individual. A individualidade, portanto, perdeu espaço para o individualismo pós-moderno, tendo em vista que o semelhante passou a ser considerado como concorrente e os processos, aparentemente tão inovadores, passaram a confluir para objetivos que exigem comportamentos mecanicistas.

Nesse diapasão, a pós-modernidade é de uma liquidez tão acentuada que os limites parecem não existir, as regras aparentam uma volatilidade inimaginável em tempos remotos. Mais uma vez tal período demonstra uma clara dicotomia, pois de um lado é causa de desenvolvimento e progresso e, de outro, torna-se causa de desorientação e caos social.

CRISE DE PARADIGMA ÉTICO-MORAL NA PÓS-MODERNIDADE

Tendo-se realizado toda essa construção teórico-científica, verificando-se a concepção de pós-modernidade, suas implicações e incoerências, bem como a conceituação sistemática de paradigma, dentre outras abordagens, desenvolve-se neste momento acerca do aspecto da crise na pós-modernidade, na perspectiva ético-moral.

Em relação ao conceito de crise, segundo Abbagnano (2007), “em época recente, esse termo foi estendido, passando a significar

transformações decisivas em qualquer aspecto da vida social”. Assim, a característica principal quando se fala em crise, relaciona-se diretamente com mudanças, afinal, onde há crise, há também necessidade da adoção de medidas que a enfrente.

Dito isto, também é importante a conceituação extensiva e derivada de reflexão filosófica, sobre ética e moral. Por ética, entende-se um conjunto de valores que estão intimamente relacionados ao indivíduo, em sua essência de conceber de maneira personalíssima, diversos conceitos, e aplicá-los conforme a moral justificadora da conduta. A moral, por sua vez, possui uma característica de generalidade, porquanto adotada por uma dada sociedade, sendo flexível de acordo com as diferentes culturas e consoante o tempo histórico que a concebe.

A moral reflete a ética de um povo, ao passo que esta comunica-se entre os sujeitos, os quais a assimilam e a propagam. A moral, portanto, deve ser estruturada em parâmetros éticos consistentes, fundamentados no bem coletivo e observando-se os limites da justiça, pois a normatividade que a moral sugere deve estar a serviço do desenvolvimento humano, e não ser causa de justificações repreensíveis.

A ética possui natureza universal, levando-se em consideração quem a produz. Ou seja, o ser humano, universalizado nessa característica comum de “ser” humano, produz a ética, ou a declara enquanto valor advindo da interioridade do seu eu.

Assim, ética e moral, embora sejam diferentes, estão intimamente ligadas, sendo ideal que uma esteja em consonância com a outra, se isso for causa de justiça social e efetivação de direitos intrínsecos aos seres humanos.

Vale observar que não se tem falado de crise de paradigma ético-moral da pós-modernidade, mas, (na) pós-modernidade. Isso significa que falar em crise é um assunto muito delicado, porquanto asseverar que todo um período filosófico está em crise, é algo que carece de uma investigação aprofundada.

Ocorre que, como já visto, há pensadores que sequer fazem a distinção entre modernidade e pós-modernidade. Assim, a crise aqui tratada é aquela que se desenvolve na pós-modernidade, isto

é, nesse contexto de mudanças constantes de paradigmas.

Através da pós-modernidade enquanto fenômeno social, cultural, jurídico, filosófico, e, considerando-se a fluidez de paradigmas que a torna peculiar, entende-se que a crise advém justamente dos fatores de liquidez, de modo que não há mais uma definição precisa dos sistemas, uma vez que a liberdade humana passa a figurar como o centro inequívoco das novas concepções. Ocorre que, o ser humano não se encontra preparado para a liberdade outrora almejada.

Como visto, a pós-modernidade representa uma ruptura com a modernidade, ao passo que esta não correspondeu aos anseios sociais de transformação. A pós-modernidade instalou-se, então, como resposta filosófica à crise da modernidade, que em suas insuficientes concepções, mostrou-se incompleta ante às realidades.

Nessa perspectiva, ao passo que a pós-modernidade possibilitou a solução para uma crise, foi responsável por gerar outra crise, ainda mais caótica.

Isso porque, na modernidade, enquanto as estruturas eram rígidas, verticalizadas, impositivas, e, por certo viés, até mesmo dogmáticas, a pós-modernidade gerou insegurança ao promover uma liberdade desconhecadora de limites. Tal liberdade, inclusive de pensamento e de produção, embora importantes, causaram frustrações e desordem na vida pessoal e coletiva das pessoas.

Assim, considerando-se que a base da sociedade, para a causa de suas implicações, provém da ética e da moral que a regem, e observando-se que o paradigma ético-moral também é fluido, líquido, insustentável ante as mudanças constantes, a crise da pós-modernidade reflete-se nos seus exemplos/modelos de concepção ético-moral ou, em outras palavras, há a crise de paradigma ético-moral, que ensejou a presente produção científica.

A solução da crise de outrora, torna-se o início de uma nova realidade imersa em crise. A ironia do destino repete os erros da História. Fato é que a humanidade se vê, mais uma vez, perdida em sua realidade. As instituições sociais, inclusive a família, geradora de concepções ético-morais, visualizaram-se sem parâmetros (paradigmas) ético-morais como aqueles outrora presentes na sociedade.

Isso permite a reflexão acerca dos limites e potências de cada

época. Como o ser humano reage a essas questões, é o que o faz evoluído perante os desafios que podem torná-lo mais resiliente.

Observa-se que a crise da modernidade adveio, em síntese, de uma estrutura social paradigmática extremamente verticalizada e rígida, até mesmo porque a racionalidade tornou o homem dogmático em suas aspirações científicas. A pós-modernidade, por sua vez, surge enquanto ideal filosófico de combate a essa crise.

No entanto, as medidas adotadas pela pós-modernidade tornaram-se demasiado flexíveis, inconstantes, e até mesmo inconsistentes, ao passo que os paradigmas anteriormente vistos como um problema moderno passou por um processo de relativização.

Tal relativização, porém, que deveria ser uma solução e uma resposta à rigidez moderna, promove outra crise, aqui criticada, a partir do momento que diante de tanta liberdade, o homem sentiu-se sem amparo. A desordem surgiu em vários aspectos, sendo aqui destacada a questão ético-moral.

Frisa-se, por oportuno, que a perspectiva aqui abordada não é de tom moralista, mas científico, haja vista observar o fenômeno ético-moral, sob o viés teórico, e não de percepção do senso comum.

Uma sociedade sem uma moral exemplar e uma ética ilibada, necessariamente entrará em crise, pois o aspecto ético-moral é não somente uma concepção que advém do sujeito e se propaga nas práticas sociais, mas a estrutura norteadora de como uma dada cultura deve agir perante suas demandas. Estando até mesmo a ética e a moral atingidas pela relativização pós-moderna, nota-se um cenário de crise, que advindo de outra, perpetua-se na incompletude de princípios ético-morais regentes do indivíduo e da práxis social.

Ainda nesse contexto, observa-se que os paradigmas rompidos foram responsáveis pela criação de outros e, a partir do momento que estes últimos mostram-se obsoletos, passam novamente pelo processo de crise, caminho este que não é definido no tocante ao seu término, considerando-se que a fluidez caótica gerada pela pós-modernidade tende a gerar um ciclo inimaginável de rupturas. Até o momento não se sabe se será possível a reinvenção das diversas concepções. A ética e a moral, porém, como afirmado, mostram-se participantes dessas consideráveis mudanças.

DIREITO E ASPECTO ÉTICO-MORAL

Realizadas essas breves considerações conceituais acerca da ética e da moral são importantes realizar, no que tange a essa temática, uma contextualização pontual e exemplificativa sobre as Idades Antiga, Média e Moderna, a fim de se entender uma cronologia de pensamento no que tange ao aspecto ético-moral.

No que concerne à Idade Média, visualiza-se que a moral do povo daquela época influenciava e, até mesmo determinava, o Direito aceito socialmente. Reale (2002, p.640), ao tratar sobre Direito e Moral, no contexto da Idade Média, e especificamente valendo-se das ideias de São Tomás de Aquino, trata a respeito da difícil diferenciação entre moral e o aspecto jurídico, em relação à supracitada Idade, uma vez que o pensamento tomista é de união entre essas características, havendo um pensamento notadamente voltado à divindade.

Ademais, em um viés comparativo entre o pensamento do referido Santo, representando a Idade Média e, entre a Idade Antiga, Reale (2002, p.640), assevera que no contexto antigo “[...] o Direito se subordina à Moral”, enquanto que no mundo medieval “[...] é a Moral que, de certo modo, se legaliza, assumindo as características extrínsecas do Direito, a força nomológica da juridicidade”.

Ainda sobre o contexto medieval, o mesmo autor resume as breves considerações aqui delineadas, conforme se observa abaixo:

Do exposto resulta que não era a Idade Média clima propício à perquirição deliberada de distinções entre o Direito e a Moral, inclusive em virtude do caráter ecumênico de suas concepções da sociedade, **e a afirmação de um Direito cuja fonte primordial era a mesma dos imperativos morais.** Foi na condicionalidade histórica do Mundo Moderno que o problema, já implícito nas doutrinas anteriores, se apresentou como algo de urgente e até mesmo de essencial à garantia do homem e da vida interior (REALE, 2002, p.643, grifo nosso).

Reitera-se, portanto, que a moral exercia, na época medieval, uma influência incontestável. Isso pode significar que a ética dos indivíduos daquela época, de alguma forma, era conjugada à moral destes, e que fazia aquela sociedade ser impelida a repetir os conceitos morais, na normatividade que os assistia, sob a chancela da religião.

Por outro lado, em relação à Idade Moderna, observa-se, *lato sensu*, o fenômeno do Contratualismo, que permite sejam as relações sociais vistas sob uma ótica de vínculo jurídico entre as partes, com consequências previsíveis. Mais que isso, é um momento de investigação e sistematização racional da organização social, promovendo uma estrutura bem delimitada, e agentes sociais com funções específicas dentro do contexto transformativo, nos limites do contratado, seja pela vontade geral ou dos particulares.

Todas essas considerações mostram que, no decorrer da História, a ética e a moral são suscetíveis a mudanças, o que efetivamente restou comprovado. No caso específico da pós-modernidade, essas transformações são de uma constância inimaginável, pois se antes havia uma estabilidade, a contemporaneidade mostra que a vicissitude analisada, desemboca em uma crise que atinge a seara ético-moral.

Visualiza-se, então, a quebra paradigmática ético-moral na contemporaneidade, justamente pela maleabilidade das concepções filosóficas regentes da sociedade. O sujeito torna-se, há um tempo, livre e desordenado; libertado e aprisionado. É uma contradição difícil de explicar em plenitude, porém, certamente, característica da época pós-moderna.

Destaca-se, ainda, que o Direito, ante todas essas questões, torna-se paradigmático, enquanto construção de paradigmas, ou mesmo enquanto quebra destes, de forma liberal/progressista/revolucionário/vanguardista.

O Direito torna-se igualmente paradigmático ao passo que introduz um sistema jurídico, uma vez que requer dos agentes sociais uma determinada conduta, seja comissiva ou omissiva, mas faz-se constantemente novo em seu aspecto conceitual, ante as demandas que lhe invocam. Essa aparente contradição revela a força

normativa do Direito.

O PODER COERCITIVO E DE GENERALIDADE DO DIREITO

O Direito mostra-se em ideia e poder. É o responsável por garantir uma resposta satisfatória ou, pelo menos, legítima, ao que se espera diante das demandas sociais.

A norma positivada, ao passo que possui um caráter geral em dado contexto, mostrando-se paradigmático, ao mesmo tempo é insuficiente ante a mesma realidade, justamente pelo fato de a generalidade que exerce, a tornar incapaz de conglobar as peculiaridades concretas das variadas demandas.

Assim, fazendo-se um paralelo com a fluidez na pós-modernidade, e a sua crise ético-moral, embora o Direito mostre-se enquanto um norte necessário, nem sempre é aquele capaz de responder à complexidade da realidade causada pela crise delineada, uma vez que sua linguagem normativa torna-se insuficiente perante os que lhe invocam.

Nesse sentido, o paradigma ainda será utilizado, porquanto segurança deliberativa, de dizer o Direito responsabilmente, mas achar-se-á novo em outros aspectos. E, quando as questões tornam-se atualizadas na celeridade não só temporal, mas também filosófica, da pós-modernidade, inacabada em seus valores e princípios, e desembocada na crise dos paradigmas ético-morais, ainda assim, se espera do Direito uma resposta concreta.

A fim de enriquecer a presente análise, destaca-se aqui, pontualmente, o pensamento de Herbert Lionel Adolphus Hart, britânico que nasceu no ano de 1907 e faleceu em 1992, possuindo notável carreira docente na Universidade de Oxford. É demasiado conhecido pela sua obra *O Conceito de Direito* (1994), e em decorrência das suas contribuições para o positivismo jurídico.

Por óbvio, o pensamento de Hart é de uma magnitude inestimável, porém, como já dito, faz-se necessário para o presente estudo, uma delimitação conforme a presente análise.

Assim, em relação à forma de concepção do Direito, especialmente quanto à questão dos casos paradigmáticos, observa-se que estes servem como norte para deliberações ratificadas pela

segurança do sistema jurídico, enquanto instrumental legítimo, e deslindam também na generalidade em tela.

Verifica-se, então que:

De acordo com Hart, quando surge um problema de penumbra, o responsável pela tomada de decisão não tem uma resposta fornecida pelo direito à sua disposição e terá que atuar como uma espécie de legislador intersticial, fazendo uso de sua discricionariedade, construindo (e não descobrindo) a solução. O caso novo possui algumas características em comum com os **casos paradigmáticos incluídos no núcleo de certeza da regra**, mas possui também outras características que destoam daqueles, e cabe ao responsável pela decisão argumentar a favor do tipo de tratamento que vai ser dado ao caso novo. Caberá ao julgador avaliar em que medida o caso novo é **suficientemente semelhante aos casos paradigmáticos nos aspectos relevantes para tomar sua decisão** (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p.103, grifo nosso).

Ademais, e ainda nesse contexto, o dizer o Direito, seja em qual poder cabível for, diante das questões críticas ético-morais, diante das vicissitudes da pós-modernidade, é uma forma de ratificação da legitimação atribuída àquele, pelo povo, ainda que tal grupo de pessoas padeça em seus próprios dilemas sociais derivados daquela crise que a própria concepção fluida, alimentou.

Nesse cenário, importa esclarecer que, embora Hart (2009, p.240) afirme que o sistema jurídico não é uma derivação necessária da moral, o mesmo autor reconhece essa influência entre Direito e moral.

Não se tem defendido no presente estudo, semelhantemente, que há essa relação inequívoca entre Direito e moral; porém, é de meridiana clareza a percepção que a crise ético-moral na

pós-modernidade, provoca e altera de alguma forma, o próprio Direito, porquanto a este incumbe a missão de entender a realidade e reagir perante esta.

Tal situação mostra-se necessária, especialmente ao passo que se faz imprescindível à segurança jurídica em nome da promoção da ordem social e, no caso da pós-modernidade, é uma resposta efetiva aos anseios imediatistas que exigem do Direito uma resposta urgente.

Tal fato demonstra até mesmo uma incoerência dessa época, se considerado que, de um lado há uma fluidez e, de outro, há a necessidade de se estabelecer uma segurança jurídica, que requer estabilidade. Esse movimento contínuo, no entanto, ratifica a crise em comento.

Em outras palavras, a pós-modernidade é permeada de inconsciências, aqui delimitada no aspecto ético-moral, enquanto crise desse fenômeno filosófico, e, exatamente por isso, para não perder-se por completo em suas próprias concepções líquidas, necessita da segurança jurídica para legitimar o que se entende de essencial, em tempo específico.

Porém, essa realidade vinda a mudar, e sendo tal situação previsível nesse contexto, a própria segurança jurídica pode transformar-se em insegurança jurídica, se aquela for deslegitimada pela crise ético-moral pós-moderna, de característica eminentemente instável. Contudo, não se pode permitir que a sociedade torne-se um completo caos e, por isso, o Direito ingressa com sua função ordeira, coercitiva e de generalidade.

Em relação ao poder coercitivo, e de generalidade do Direito, pode-se recorrer a Hart (2009, p.29), e observar que, sistematicamente, para uma adequada concepção do Direito, este deve se fundar na generalidade, advinda do caráter da lei ser permanente para também ser geral e, assim sendo, ser indistintamente coercitivo.

Demais disso, importa esclarecer que, ao explicar contextualizadamente e de forma didática sobre a questão das ordens que justificam implicações jurídicas, o referido autor usa o termo ameaça. Dito isto, observa-se a citação a seguir, enquanto resumo do pensamento ainda em análise.

[...] podemos dizer que, onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver algumas pessoas ou um grupo de pessoas que proferem **ordens de caráter geral, apoiadas por ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve haver também a convicção geral de que essas ameaças podem ser efetivadas em caso de desobediência**. Essa pessoa, ou órgão, deve ser suprema internamente e independente externamente. Se, conformando-nos à terminologia de Austin, denominarmos *soberrano* a tal pessoa ou grupo de pessoas, supremos e independentes, as leis de qualquer país consistirão nas ordens gerais, apoiadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou por seus subordinados em obediência a ele (HART, 2009, p.33, grifo nosso).

De forma sintética, a generalidade implica na aplicação uniforme da norma, delimitada a um contexto e, a sua coercitividade é a resposta legal do Estado perante a comprovada conduta contrária à normatividade estabelecida. Na sociedade pós-moderna, então, ainda que dentro das considerações acima expostas, de relativização jurídica, na própria pós-modernidade, o Direito reage enquanto solução ou resposta investida de autoridade e proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciada a pesquisa em questão, visualizou-se a necessidade de pensar efetivamente o Direito, não simplesmente enquanto norma, mas em seu caráter estrutural de significação social. A Ciência do Direito, então, passou a ser analisada sob uma ótica filosófica, de reflexão acerca da sua importância e das suas respostas de legitimação, na época pós-moderna de provocação constante, dadas as particularidades, analisadas, que tal contexto possui.

Feitas as análises acerca da pós-modernidade, e verificadas suas características, valendo-se de uma abordagem filosófica, e, tendo-se constatado que a crise ético-moral de fato existe nesse cenário de transformações, bem como a necessidade de intervenção jurídica,

restou preenchido, pelos objetivos específicos, o objetivo geral de demonstrar, criticamente, o fenômeno de crise de paradigma ético-moral, no cenário filosófico da pós-modernidade, realizando-se um paralelo consequencial com o poder coercitivo e de generalidade do Direito.

Assim, a hipótese inicialmente levantada foi devidamente respondido e comprovado que a pós-modernidade é um período de incertezas; que, tendo a necessidade de responder a uma crise, culminou em outra e, diante dessa realidade, necessita da resposta do Direito.

Observa-se, portanto, como resultado, que o Direito responde às vicissitudes advindas da pós-modernidade, uma vez que o próprio cenário de incerteza o provoca nesse sentido, a fim de que possa dar uma solução imersa em legitimidade. Tal necessidade de legitimidade revela-se enquanto uma busca para o combate à própria crise ora analisada, haja vista que esta causa insegurança, pois rompe de alguma forma, com o outrora estabelecido.

Assim, considerando-se que a crise analisada foi a da seara ético-moral, isso implica dizer que, estando a sociedade perdida em seus próprios princípios, também estará desnorteada quanto à moral vigente e em relação ao impacto que esta causará sobre a norma, seja direta ou indireta.

Fato é que, conforme se depreende de Herbert Hart (*O Conceito de Direito* -1994), na análise pontual, porém sistemática, realizada, o Direito, em seu caráter de aplicabilidade geral, possibilita a segurança jurídica esperada em meio às incertezas e, demais disso, em havendo transgressões quanto a essas, terá o poder coercitivo que também assiste o meio jurídico.

Assim, segurança mais legítima não se enxerga à pós-modernidade em crise de paradigmas ético-morais, porquanto o Direito, além de aplicar a norma, diante do cenário incerto e fluido, de uma forma indistinta, salvo exceções, também exige a prestação dessas nos seus exatos termos.

Ademais, em relação a toda essa problemática, não se fala, porém, enquanto solução ou resposta satisfativa, em positivismo jurídico estrito, pois se deve considerar que, embora a pós-modernidade

clame pela segurança jurídica, tal contexto filosófico ainda não se mostra acabado, ou talvez sequer iniciado, na visão de alguns pensadores, como já indicado.

Destarte, o que efetivamente ficou evidenciado foi que, em que pese os cenários de incertezas na pós-modernidade, o Direito é constantemente necessário, em seus termos e poderes, subsistindo-se em relação às crises, às mudanças, e revelando-se resolução ou proposta legitimamente consolidada, aceita, propagada e defendida.

REFERÊNCIAS

BITTAR, B. E. C.; ALMEIDA, G. A. Curso de Filosofia do Direito. 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014402/>. Acesso em: 15 set. 2019.

ASSUNÇÃO, Rudy Albino de. Joseph Ratzinger-Bento XVI contra a modernidade líquida: uma interlocução com o pensamento de Zygmunt Bauman. Revista Coletânea, Rio de Janeiro, v.16, n.31, p.117-129, jan./jun. 2017. Disponível em: www.revistacoletanea.com.br. Acesso em: 10 out. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537808535/>. Acesso em: 15 set. 2019.

ABBAGMANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 2007. Disponível em: <https://marcofabionuva.files.wordpress.com/2012/04/nicola-abbagnano-dicionario-de-filosofia.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

MARCONDES, Danilo; STRUNCHINER, Noel. Textos básicos de Filosofia do Direito: de Platão a Frederick Schaver. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

HART, H. L. A. O conceito de Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPÍTULO 7

DIREITO E TECNOLOGIA. EXISTE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

*João Sexto Neto Vilar de Oliveira*⁴⁷

INTRODUÇÃO

A consolidação do processo digital no Judiciário tornou as rotinas cartorárias bem mais simples, não resta a menor dúvida.

Com o avanço proporcionado pelo processo em meio digital, exsurge a possibilidade de utilização de mecanismos autônomos de produção de peças processuais, a exemplo de petições, sentenças, acórdãos *etc.*

Neste sentido, pontua-se sobre o desenvolvimentos de *softwares* específicos, com capacidade para produzir essas peças do processo.

Deve ser enfatizado que há uma discussão bastante avançada acerca da efetiva utilização dessa ferramentas, com a conotação de inteligência artificial.

Entrementes, existe a propalada inteligência artificial? De plano, a resposta é negativa, pelas considerações que se seguem.

SISTEMAS DE BUSCA NA INTERNET. AUTOMATIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS. PROCESSO DIGITAL

Nos sistemas de busca, na *internet*, há uma tendência no sentido de induzir o usuário a utilizar um serviço ou comprar determinado

⁴⁷ Bacharel em Direito. Especialista em Direito do Trabalho. Técnico Judiciário do TRT da 13ª Região.

produto. Isso não é novidade.

Em certos casos, essa indução é disfarçada; em outros, são mostrados resultados *patrocinados*.

Com o uso da automatização digital, o conceito de buscas, com resultados direcionados, vem se alargando cada vez mais.

Sabemos que o interesse comercial, em sistemas de buscas na *internet*, é visível, o que, de certa forma causa um desvirtuamento e manipulação do resultado da pesquisa.

Fazendo essa contextualização, é de notar que a aplicação de automatização de tarefas no Direito, na produção de sentenças, por exemplo, não pode vincular-se a resultados tendenciosos. Do contrário, teríamos, por exemplo, decisões tendenciosas. Bastaria a inclusão no sistema de um código intencionalmente incorreto.

No meio jurídico, isso pode gerar distorções gritantes, em razão de que um sistema mal produzido pode levar ao direcionamento de teses jurídicas discrepantes do entendimento do julgador. Sem contar que, não raras vezes, uma lei dá margem a várias interpretações, o que deve ser considerado, com grande relevância, na análise de processos judiciais.

Em face da subjetividade que é ínsita ao Direito, vemos um campo propício para manipulações, na aplicação aos sistemas baseados em automatização.

No Direito, temos que separar duas coisas.

No sistema totalmente autônomo, o conflito jurídico seria submetido a um programa de computador, que daria o resultado com base nas proposições das partes. Seria algo rápido, eficiente e concreto. Tudo em tese.

A automatização, como sistema auxiliar do julgador, traria a oportunidade de **checagem humana**. No caso, o juiz teria a oportunidade de verificar o resultado apresentado pelo sistema, **fazendo adequações, claro**.

Nos dois casos, há uma barreira a ser transposta.

No sistema jurídico atual, arraigado ao **formalismo** romano egresso muito recentemente do processo físico, em papel, temos que criar regras, até certo ponto rígidas, de que como fornecer ao sistema automatizado as informações para solução da lide.

Isso implica, sem sombra de dúvidas, em padronização na inserção de informações.

Não podemos simplesmente pegar uma petição, na forma como é redigida atualmente, e colocarmos numa espécie de “moedor de cana” e sair do outro lado o resultado do litígio.

Na seara da automatização de tarefas no processo, a propósito, é importante ir se acostumando com as mudanças de nomenclaturas forenses.

Neste aspecto, é importante frisar, que as terminologias do Direito, o jurídiquês, passará por ampla alteração.

Em um sistema de automatização de tarefas, no universo computacional, o termo *sentença* pode estar fadado à obsolescência. Aliás, como tudo que existe no Direito, na forma como vemos atualmente e aprendemos ao longo do tempo.

Vejamos a seguinte questão.

Por que ainda existe o Diário da Justiça, se a informação pode ser publicada na mesma hora em que o ato processual é proferido, sem necessidade de agrupar em um caderno, gerar mais um *pdf*?

INFORMAÇÃO MOLECULAR

Retomando a discussão acerca da introdução de dados (petições, de uma forma geral), no sistema informatizado, devemos evoluir para a informação *molecular*.

O que seria a informação *molecular*?

Uma petição inicial, com várias laudas, contém uma infinidade de informações. Essas informações, de uma forma geral, estão dispostas em um único documento, geralmente um arquivo em *pdf*, inserido no processo.

Dentro do contexto da informação molecular, no sistema de informática, para aceitação da petição inicial, por exemplo, o advogado lidará, definitivamente, com o preenchimento de formulários, com informações específicas de cada ponto tratado no documento, devidamente separadas.

As informações moleculares, na petição inicial, por exemplo, consistem na divisão das informações prestadas em suas diversas laudas, em vários campos, alimentando um banco de dados.

Como assim?

Exemplo: uma petição com dez pedidos, em uma ideia inicial, é dividida em dez campos de formulários, uma para cada pedido. Para cada pedido, deve haver uma fundamentação. Para cada pedido, pelos dados de datas de admissão, dispensa, valores de remuneração, o sistema calcula automaticamente o valor de cada pedido.

Acontece que há pedidos que são entrelaçados, há pedidos com reflexos em outros títulos.

Pois bem.

O sistema de automatização de tarefas, para funcionar adequadamente, trabalha com inúmeras variáveis (pedido, fundamentação, valores *etc.*) e essas variáveis não podem chegar ao processo de uma forma analógica, como é atualmente.

O próprio PJe é um sistema digital que traz, ainda, uma carga analógica muito grande, nada obstante tenha representado o avanço sem precedentes.

Por todas essas considerações, é razoável acreditar que o processo digital apenas é um primeiro passo, na otimização da prestação jurisdicional.

AUTOMATIZAÇÃO DE TAREFAS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO

Como sistema totalmente autônomo, vemos que a subjetividade do Direito, que está atrelado a diversas variáveis, no campo das relações civis, da cultura de um povo, do avanço ou retrocesso de sistemas políticos e econômicos, é fato impeditivo, pelo menos em um primeiro momento, para aplicação plena da automatização de tarefas no processo digital.

Como sistema auxiliar, vemos que as atividades de separação de teses e aplicação concreta no resultado das ações podem ajudar, sem sombra de dúvida, a normalizar a prestação jurisdicional, quando enfocamos a celeridade e eficiência do Judiciário.

Forma de introdução dos dados em sistemas de informática. Processo digital

A introdução de dados deve obedecer critérios padronizados.

É bem verdade que em uma petição, por exemplo, o advogado não pode ser tolhido no direito de defender a tese jurídica de seu cliente, da forma mais ampla possível, todavia há determinados dados que devem ser padronizados, a exemplo da delimitação correta dos pedidos.

O tratamento dos dados, na visão molecular da informação, não encontra plenitude na extração de informações de um “amontado de *pdfs*”.

Por outro lado, se a informação é inserida, a partir da petição inicial, de forma que o sistema de informática possa tratar, de forma individualizada, cada pedido e fundamento, as fases subsequentes do processo podem se beneficiar de forma inexorável.

Existe inteligência artificial?

Em uma análise superficial, *inteligência* é a faculdade de conhecer, compreender e aprender.

Mas, a inteligência não se resume apenas a isso.

A capacidade de compreender e resolver novos problemas, conflitos e, por outro lado, de adaptar-se a novos eventos e situações, expressam a verdadeira semântica do termo inteligência.

Pois bem.

Partindo das premissas citadas, vê-se que a característica principal da inteligência não se prende a meros mecanismos automáticos ligados à lógica combinacional.

Em cima de uma situação concreta, a inteligência permite uma gama de soluções.

Neste sentido, quanto mais variáveis e informações estejam disponibilizadas, a solução de um problema, por exemplo, poderá ser otimizada, apresentando soluções satisfatórias.

No contexto humano, a capacidade de decidir sobre algo envolve diversas variáveis. Isso não inclui, apenas, o conhecimento de álgebra booleana.

Ao revés, indica, de forma preponderante, o estado emocional da pessoa, com períodos de baixa e alta produtividade, criatividade.

Ao revés, em relação à inteligência artificial, é contraditória a afirmação de que a capacidade de decidir, no caso do computador,

do *software*, esteja fundamentada em opções estabelecidas previamente.

Ora, a inteligência é dinâmica, não tem limites, não se atrela unicamente a conceitos prévios.

Mas não é só isso.

A inteligência artificial implicaria na designação de uma espécie de personalidade jurídica a um computador, considerando a célebre constatação de Descartes, “*cogito ergo sum*” (penso, logo existo).

A hipótese ventilada aqui, pelas razões expostas, remete a um simples exercício de lógica, já que o computador, com acesso a um extenso banco de dados, resolve questões a ele submetidas em frações de segundo.

Por sua vez, a diferença é que o computador executa tarefas em uma velocidade extremamente superior, em comparação ao ser humano, nada obstante tenha que vasculhar um enorme banco de informações.

Portanto, concluímos que inexistente inteligência artificial, mas automatização de tarefas, como restou evidenciado na presente explanação.

REFERÊNCIAS

COSSETI, Melissa Cruz. O que é inteligência artificial? Tecnoblog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/263808/o-que-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em 03 de maio de 2020.

ESCOLA, Equipe Brasil. “Álgebra Booleana”; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/informatica/algebra-booleana.htm>. Acesso em 03 de maio de 2020.

MAGNUS, Thiago. Tecnologia Digital. Entenda o que é Inteligência Artificial e como ela pode mudar tudo o que conhecemos. Transformação Digital, 2020. Disponível em <https://transformacaodigital.com/tecnologia/o-que-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em 03 de maio de 2020.

CAPÍTULO 8

A ILEGALIDADE DA NEGATIVA DO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL PELOS PLANOS DE SAÚDE E A ABUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE ADESÃO

*Elioenai Bezerra Sampaio*⁴⁸
*Floriano de Paula Mendes Brito Júnior*⁴⁹

RESUMO

Com o crescimento da infertilidade o desejo da maternidade tem se esvaído, causando frustração da família a ser formada, porém, a descoberta e aprimoramento das técnicas de reprodução artificial têm crescido constantemente. Partindo desta realidade, o Conselho Federal de Medicina tem considerado a infertilidade como uma doença, mas, com os avanços científicos eis que com a descoberta desta doença, também surge o tratamento por meio de inseminação artificial, sendo uma das soluções para a reprodução humana. O Estado brasileiro, mesmo com todos os seus esforços para garantir um atendimento digno a toda sua população por meio do seu serviço de saúde – Sistema Único de Saúde – SUS -, concedeu às

48 Graduado do Curso Superior em Direito. Pós Graduado em Direito Médico pela UNIFACISA. elibsampaio@gmail.com.

49 Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Pós Graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Federal da Paraíba, Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Argentino. florianobritojunior@gmail.com

operadoras de planos de saúde o atendimento e a manutenção da saúde, de forma privada. Assim o beneficiário nutre a justa esperança de que o procedimento seja autorizado e realizado, porém ele se depara, via de regra, com a negativa do plano de saúde, ao justificar que tal procedimento se encontra excluído dos tratamentos obrigatórios conforme artigo 10, III, da Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Partindo desta análise, este artigo tem por finalidade apresentar um breve histórico da infertilidade e suas nuances ao longo dos anos, analisar e demonstrar a incompatibilidade da norma citada, tendo como fundamento as garantias constitucionais e fundamentais elencadas na Carta Maior e nas leis que tratam sobre o caso, observando o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e à reprodução familiar, discutindo assim a questão das cláusulas abusivas e suas nulidades contratuais referente aos contratos de planos de saúde. A metodologia utilizada é de cunho bibliográfico, qualitativo, documental, explicativo e explorador, tendo como auxílio, livros, legislações, teses e artigos científicos que subsidiaram tal pesquisa. Sendo assim, este trabalho resta demonstrar a incompatibilidade legal prescrita com o procedimento a ser realizado, derivando assim a necessidade de aprofundar-se mais sobre o tema, em virtude das interpretações das legislações e dos avanços científicos medicinais.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação Artificial; Negativa de Cobertura Procedimental; Garantias Constitucionais; Direito do Consumidor; Contratos de Planos de Saúde.

ABSTRACT

With the growth of infertility the desire for motherhood has faded, causing frustration to the family to be formed, but the discovery and improvement of artificial reproduction techniques has grown constantly. Starting from this reality, the Federal Council of Medicine has considered infertility as a disease, but with the scientific advances, with the discovery of this disease, treatment by means of artificial insemination also appears, being one of the solutions for human reproduction. The Brazilian State, even with all its efforts to

guarantee a dignified service to all its population through its health service - Sistema Único de Saúde - SUS -, has granted to health plan operators the service and maintenance of health, in a private way. Thus, the beneficiary has just hope that the procedure will be authorized and carried out, but as a rule, he is faced with the negative of the health plan, justifying that such procedure is excluded from mandatory treatments under article 10, III, of Law 9.656 of June 3, 1998. Based on this analysis, this article aims to present a brief history of infertility and its nuances over the years, to analyze and demonstrate the incompatibility of the cited rule, based on the constitutional and fundamental guarantees listed in the Major Charter and in the laws that deal with the case, observing the right to health, the dignity of the human person and family reproduction, thus discussing the issue of abusive clauses and their contractual nullity in relation to health insurance contracts. The methodology used is bibliographic, qualitative, documentary, explanatory and exploratory, with books, legislation, theses and scientific articles that have subsidized such research. Therefore, it remains to demonstrate the legal incompatibility prescribed with the procedure to be performed, thus deriving the need to go deeper into the subject, due to the interpretations of legislation and scientific medicinal advances.

KEYWORDS: Artificial Insemination; Negative Procedural Coverage; Constitutional Guarantees; Consumer Law; Health Insurance Contracts.

INTRODUÇÃO

É fato que a sociedade tem crescido em larga escala com o passar dos anos e o resultado disso são as mais variadas inovações, das quais são pontos de partida para destacarmos um assunto não tão muito abordado, como o da reprodução familiar. Ocorre que, com o crescimento populacional, naturalmente surgem doenças, dentre elas as voltadas à reprodução na qual as futuras genitoras e famílias têm descoberto diagnósticos contrários à sua pretensão, influenciando diretamente assim no método de concepção natural. Muitas mulheres e conseqüentemente suas famílias desistem do sonho

da maternidade, outras buscam refúgio nas técnicas artificiais de reprodução, comumente faladas como as reproduções assistidas (RA), dentre as quais a Inseminação Artificial se destaca, guiando e ajudando diversas famílias a realizarem o sonho da maternidade.

A chamada “Lei dos Planos de Saúde” nº 9.656/98, em seu artigo 10, inciso III, excetua as obrigatoriedades dos planos de saúde a realização do procedimento de inseminação artificial, o retirando da cobertura obrigatória que deveria constar nos seus contratos. O caso é que, quando da elaboração legislativa, cumpre ao legislador a observância dos princípios fundamentais e garantidores regidos pela Constituição Federal do Brasil, para a devida funcionalidade da lei, fato este não observado na lei supracitada.

A relação contratual observada nestes casos, é do tipo adesão, onde existe a notória superioridade econômica e jurídica da parte contratada, o plano de saúde, fazendo da parte consumerista, o beneficiário, a mais frágil da relação contratual. No tocante aos ramos do direito, além do civil atestado pela forma contratual, a presença do Direito do Consumidor é notória, tendo uma relação de consumo assim exemplificada: de um lado a operadora de plano de saúde oferecendo seu serviço assistencial, e de outro lado, o beneficiário desta relação, oferecendo a contraprestação pecuniária em troca dos serviços a serem recebidos.

A relação de consumo observada neste caso contém atos de práticas abusivas patrocinados pelas operadoras em relação aos procedimentos negados, quando deveria haver um perfeito equilíbrio entre as partes, operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, respeitando sempre os princípios norteadores do ordenamento, e cooperando para o bom convívio das partes. A questão referente à negativa do procedimento oriundo dos planos de saúde tem impulsionado o aumento das demandas no judiciário, com ações de obrigação de fazer e danos morais, uma vez que, normalmente, o consumidor só toma conhecimento de tal negativa procedimental quando é informado por seu plano de saúde da não cobertura contratual referente ao procedimento pretendido, aqui, especificamente a inseminação artificial.

O objetivo central será analisar a possível incompatibilidade

e discordância da lei regulamentadora dos planos de saúde com a Constituição Federal e as demais leis que observam a garantia dos direitos reprodutivos, podendo tornar assim obrigatório aos planos de assistência à saúde efetuarem a cobertura total do tratamento da infertilidade pelo método de inseminação artificial aos seus segurados, e a efetivação do direito fundamental à saúde e princípios hodiernos referente ao ser humano.

Assim, no primeiro momento trará a questão histórica da infertilidade, os seus avanços médicos e científicos para a provável cura e a concretização do sonho familiar. No segundo momento serão abarcadas as garantias constitucionais e os princípios norteadores da Carta Constitucional. Já no terceiro momento será explorada a análise dos institutos civilistas e consumeristas aplicados e a sua incidência no caso proposto. No quarto momento serão tratados os temas referentes às legislações infraconstitucionais que tratam sobre o assunto, explanando a segurança jurídica pertinente ao tema deste artigo, e no quinto e último momento será explanada a questão da abusividade e nulidade das cláusulas contratuais das operadoras de planos de saúde no que diz respeito à negativa do procedimento de inseminação artificial, frente à visão do judiciário e suas decisões.

A realização deste objeto de estudo é classificada como estudo bibliográfico, tendo a desempenhar o papel de ampliar o conhecimento em decorrência do questionamento no caso proposto. Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, é necessário realizar uma pesquisa de caráter qualitativo, bibliográfico, documental e explorador, onde será demonstrado através de autores acerca da relação contratual dos planos de saúde e a relação com o procedimento de inseminação artificial, sob um olhar dos direitos reprodutivos assegurados aos cidadãos.

Esta pesquisa segue os moldes do tipo analítico explicativo, tendo por finalidade analisar, interpretar e registrar os fatos que originam tal causa. Serão também analisadas as leis respectivas e decisões de Tribunais sobre o assunto. Serão apresentados os fatores que contribuem para a necessidade dos beneficiários procurarem a justiça com a finalidade de dirimir conflitos.

Neste estudo, será apresentado o surgimento dos planos de saúde, bem como a necessidade da sociedade em tratar a doença da Inseminação Artificial, com a finalidade da contratada prover essa assistência. Analisar as fundamentações das legislações que abarcam o tema, e em decorrência a sua segurança jurídica frente ao problema suscitado e a partir disto aplicar os princípios garantidores extraídos da Constituição Federal e das fontes secundárias.

Através de doutrinas, legislações, artigos científicos, matérias jornalísticas, será efetuado a pesquisa bibliográfica para a obtenção das informações necessárias para sanar dúvidas e esclarecer obscuridades enfrentadas pelos beneficiários que enfrentam tal dificuldade.

É de se observar que a verificação das cláusulas dos contratos de planos de assistência privada à saúde, frente às cláusulas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor e a análise dos contratos do Direito Civil, para que aqueles que tenham de enfrentar o problema suscitado neste trabalho, funcionem como canal explorador e conhecedor dos direitos para a necessária e devida assistência que a parte contratante enfrenta.

O DESENVOLVIMENTO DA INFERTILIDADE, O PROBLEMA FAMILIAR E SEUS AVANÇOS

As civilizações entendiam a questão da necessidade de ter filhos e por consequência a reprodução, e isso importava em diversos fatores, tais como os sociais, culturais e medicinais. Com o passar do tempo, chegamos no século atual, e com isso as inovações científicas e medicinais começam a alcançar a população mundial, técnicas de reprodução têm ganhado espaço significativo nas mais variadas classes sociais, mesmo com todos os seus desarranjos. A grande contribuição destes avanços tem se derivado da necessidade emocional das famílias em realizar seus sonhos da criação dela com seus filhos, e isto também tem motivado a esses grupos familiares a buscarem tais inovações científicas.

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIAGNÓSTICO DA INFERTILIDADE

Como assevera (RIBEIRO, 2004) com o decorrer do tempo, é válido destacar que na antiguidade já era observada com clareza que homens e mulheres que não podiam procriar entendiam tal situação como castigo divino, observado acima, porém, a população dos antepassados não tinha o estudo apropriado para tal infortúnio das futuras mães e sequer contavam com as descobertas científicas. Em épocas passadas a fertilidade nas famílias eram bem previsíveis, hoje, o hábito social tem se estruturado de uma maneira mais lógica e pensativa quanto ao tempo certo das mulheres engravidarem, onde muitas tem protelado a primeira gravidez para idades tardias por diversas razões, dentre elas as de natureza socioeconômica.

Com a evolução dos anos, a população foi entendendo que a reprodução era algo bem mais complexo, surgindo assim os estudos para tentar aprofundar o assunto da infertilidade, e a possível cura, no caso, a reprodução. Assim, também nos leva a crer que a esterilidade trazia para o íntimo da mulher sérias consequências, de ordem pessoal, moral, social e principalmente psíquica das quais, muitas vezes acarretavam em um possível “banimento” do convívio de sua comunidade pelo simples fato de não conseguir reproduzir.

Sendo assim, é verificado que a infertilidade que assola as mulheres, em específico, são causadas em sua maior parte, de fatores exclusivos e internos femininos, onde muitas mulheres são acometidas por diversos fatores, (HOLANDA, 2006) em seus ensinamentos nos traz algumas divisões:

a) Fatores tubários – consiste na ausência de trompas ou anomalias congênitas ou adquiridas, fruto de infecções, impedindo assim a passagem do espermatozoide;

b) Fatores ovarianos – atesta-se a ausência de óvulos, seja por causa congênita ou decorrente de uma escassez precoce, ou por problemas psicológicos, vale ressaltar a patologia dos ovários policísticos, que pode influenciar também na concepção;

c) Endometriose – considera-se como a presença do tecido do endométrio fora do útero, ou seja, em outras partes do corpo. O endométrio é um tecido que se encontra dentro do útero e, quando se encontra fora dele, é chamado de endometriose, assolando 20 a 40% das mulheres inférteis.

Dentre estas, a endometriose tem sido uma das grandes causas da infertilidade e com isso o crescimento da judicialização da saúde para possíveis autorizações procedimentais, nestes termos, assim é observado:

a endometriose em sua grande maioria se torna a principal causa da infertilidade nas mulheres, sendo objeto de várias demandas judiciais com a finalidade das mulheres obterem a reprodução através de meios de fertilização artificiais (VILA; VANDENBERGHE; SILVEIRA, 2010, p.219).

Sendo assim, os meios de fertilização artificiais têm suprido em larga escala o problema das famílias em não conseguirem se reproduzirem pelo meio natural, recorrendo ao procedimento de inseminação artificial.

A EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS ARTIFICIAIS

Os processos evolucionais sejam eles, medicinais e científicos, que têm por finalidade sanar a patologia que assola as mulheres, têm crescido gradativamente numa perspectiva multidisciplinar, o que tem ajudado rotineiramente várias famílias a terem uma nova perspectiva de vida, e principalmente de uma futura família. Neste sentido, foram surgindo outros métodos de reprodução assistida, mas, a inseminação artificial que é o procedimento excluído do rol de procedimentos dos planos de saúde, tem se tornado uma técnica mais procurada e efetiva para a realização da vontade dos sujeitos inseridos no grupo familiar, conforme matéria veiculada no jornal Gazeta do Povo, houve um crescimento de 19% no ano de 2019.

No Código Internacional de Doenças (CID-10), sob o número nº 97 – Infertilidade Feminina, se compreende como uma doença, acrescentando a esta afirmação que, o Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução nº 1.957/2010, considera a infertilidade como um problema de saúde, e esta doença tem afetado gravemente a saúde física e mental das futuras mães, e não somente a elas, mas também nos seus cônjuges, que em sua maioria têm o

desejo da paternidade como um sonho e um privilégio.

As técnicas de reprodução assistida, têm-se configurado como um grande auxílio para a reversão do quadro de diversas mulheres, como prevê o artigo 1º, da Resolução CFM nº 1.957/201050.

Existem, além da Inseminação Artificial, outros tipos de métodos de concepção artificiais, sendo eles o da transferência intratubária de gametas (GFIT), a de zigotos (ZIFT), as mães de substituição, ou conhecidas popularmente como barrigas de aluguel e a Fertilização *In Vitro* (FIV), Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), também bastante conhecida em nossa nação, dentre outras mais que a cada dia surgem pelo avanço da medicina.

O Conselho Federal de Medicina, a fim de evitar excessos, publicou a Resolução 1.957/2010, em substituição à Resolução 1.358/1992, oportunidade em que reconheceu as importâncias do procedimento⁵¹. Conforme visto na Resolução, atesta-se a importância dos avanços científicos e medicinais para tratar a infertilidade, verificando assim a necessidade de meios de reprodução artificiais para que um dos objetivos de uma nova família seja realizado.

O NEXO ENTRE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A RELAÇÃO FAMILIAR

A possibilidade da reprodução familiar é uma das grandes alegrias de uma família que pretende vê-la crescer, o desejo dos pais é que o fruto da sua relação seja o aumento da sua prole. Em contrapartida a esta alegria, quando a família descobre a infertilidade como uma causa de seus desejos e sonhos serem impedidos, por motivos

50 CFM/2010. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

51 CFM/2010. A importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana; e “que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais.

pertinentes à questão reprodutora masculina e feminina, buscam refúgio em uma técnica de reprodução assistida para que seus planejamentos possam de fato, serem concretizados.

Uma pesquisa veiculada no site de notícias G1, em 2016, realizada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, informou dados relevantes sobre a infertilidade que não é visível somente no Brasil, mas também no mundo, onde a OMS estima que um percentual de 8% a 15% da população sofre de problemas relacionados à infertilidade, seja referente ao homem ou à mulher.

No ano de 2013 o Conselho Federal de Medicina – CFM, publicou a Resolução 2013, a qual reconhece a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la. Neste sentido, é nítido que as famílias que não conseguem constituir a sua reprodução familiar por meio da concepção natural, podem desenvolver outros problemas, de caráter psíquico e social. Este documento do CFM, também nos mostra uma interessante observação quanto ao procedimento, onde afirma que as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não incorra em risco grave à saúde da paciente.

A REGULAMENTAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O Estado tem o pleno dever de fornecer meios e métodos adequados para que os seus tutelados quando estes necessitem de serviços, sendo capaz de suprir as suas necessidades e anseios, no que toca a manutenção da saúde. Neste viés, assim explana-se:

à saúde sexual de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos (...)

(LOHN, 2006 *apud* KRELL, 2015, p.110).

A infertilidade pode ser sanada através de técnicas de reprodução assistida e no Brasil já existem clínicas particulares que realizam procedimentos desta natureza. O Sistema Único de Saúde (SUS), poderá realizar o procedimento, sob a alegação de que o Estado deve aos seus tutelados, o direito à saúde, devendo tratar e curar a determinada doença. No discurso sobre tal procedimento envolvendo o ramo da bioética e do biodireito tem se tornado cada vez mais cotidiano a busca pelos procedimentos, necessário se faz normatizar tal conduta no âmbito da Carta Maior. Assim podemos constatar que:

Com os avanços da Biotecnologia, da Biomédica, da Bioética, do Biodireito e da ciência genética, o Direito Constitucional, Carta Magna do Estado Democrático de Direito, é diretamente afetado, principalmente, o conceito de direito fundamental. Em virtude disso, precisa reestruturar suas concepções, criar um novo discurso jurídico constitucional, pois a identidade genética surge como um bem jurídico, portanto, objeto de proteção constitucional (SPAREMBERGER; THIESEN, 2010, p.36).

Além destes meios apresentados, a Constituição Federal do Brasil, prevendo de antemão que o Estado não teria as condições de prover uma assistência à saúde de uma maneira completa a todos e por todos, possibilitou a criação da rede privada assistencial de saúde, os planos assistenciais de saúde. Para que a assistência privada de saúde não ficasse sem nenhuma regulamentação para a prática dos procedimentos previstos, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que regula o setor de saúde privada no Brasil, vinculada ao Ministério da Saúde e editada a Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000 que, por sua vez, determina que os procedimentos para diagnóstico e tratamento de infertilidade tanto feminina

quanto masculina tenham cobertura, desde que listados no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde.

OS DIREITOS REPRODUTIVOS E AS GARANTIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações importantes para as garantias dos cidadãos, não somente de ordem sociais, mas principalmente na seara familiar e questões reprodutivas. Sabendo que os direitos reprodutivos são partes integrante dos seres humanos, o constituinte não poderia se eximir de tratar assuntos desta natureza. Estes direitos nos levam a entender a capacidade do ser humano se reproduzir e a liberdade de decidir como se dará tal ação, são instrumentos da garantia dos direitos reprodutivos e principalmente do grupo familiar. A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que tange ao reconhecimento da saúde como um direito fundamental dos brasileiros já que, ao instituir o Sistema Único de Saúde, foram estabelecidos, entre outros princípios, a universalidade da cobertura e do atendimento, assim como a igualdade no acesso aos serviços de saúde.

Neste viés, é válida a obrigatoriedade de, como Estado, suprir através do Direito, a saúde, a busca pela cura ou meios que facilitem as portadoras da patologia da infertilidade, de se reproduzirem através de outros métodos, pois estas ações afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, princípio este fundamental para o ser humano, garantido também na Carta Constitucional.

Remetemos também este capítulo a questão de direitos fundamentais, onde (KRELL, 2006) aduz que o conceito material de direitos fundamentais não constitui um “elenco taxativo”, presumindo uma enumeração aberta e sempre pronta para ser completada por outros direitos, tornando fato o exposto ao longo deste trabalho.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao remetermos a situação dos direitos fundamentais em nossa época, é imperioso apontar para a positivação desses direitos nos documentos internacionais, transformando em diversas obrigações de âmbito jurídico, com fundamento principal na dignidade

da pessoa humana dentre outros mais.

Por sua vez, esses direitos fundamentais, se tornaram positivados na ordem constitucional do nosso Estado, sendo assim, pode-se atestar que os direitos fundamentais representam a concretização dos direitos da dignidade humana em relação ao Poder Estatal fruto de bastante luta para garantir tais conquistas. Neste sentido, todos os direitos fundamentais são protegidos pela cláusula de irredutibilidade, observadas nas cláusulas pétreas do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal.

DO DIREITO REPRODUTIVO

Diante das transformações que a sociedade passou nos últimos anos, e ao tratar sobre os direitos reprodutivos, surgiu a necessidade da normatização destes direitos, não somente eles, mas todos os que devem tratar sobre a saúde e reprodução dos indivíduos envolvidos.

Assim é que podemos entender direitos reprodutivos sob a seguinte conceituação:

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza (VENTURA, 2009, p.21).

Com a consagração dos Direitos Reprodutivos, assegurando os direitos relacionados à autonomia das funções reprodutivas, os direitos individuais também participam deste conjunto, sendo reconhecidos na Convenção de Direitos Humanos e na Constituição Federal do Brasil, onde observamos com ênfase o direito à saúde.

Neste diapasão, a doutrina assim prevê que:

a Constituição Federal Brasileira de 1988 é o marco político-institucional e jurídico que impôs o reordenamento democrático das instituições e adequação de todas as normas legais aos parâmetros dos direitos humanos. Nos anos 1990, procedeu-se uma extensa produção normativa nacional voltada à regulamentação e à promoção de direitos constitucionais, com avanços significativos para o segmento feminino nas esferas pública e privada, e também para os Direitos Reprodutivos (VENTURA, 2009, p.32).

Na Constituição Federal de 1988, a Carta trouxe uma maior segurança jurídica no que se atenta às garantias constitucionais dos direitos reprodutivos para que a população fosse beneficiada através deste diploma, sendo um grande marco político, institucional e jurídico. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrada em 10 de dezembro de 1948, garantiu uma diversidade de direitos para os cidadãos de todos os países signatários, dentre eles o Brasil.

A família, e todos os seus entes obtiveram através deste diploma um grande avanço em seus direitos e garantias, pois abrange de uma forma extensa e clara a questão relacionada à família e à saúde, o que tem se tornado uma grande garantia jurídica a respeito da infertilidade e da inseminação artificial como meio solucionador.

DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta, no Brasil, que tratou diretamente o direito fundamental à saúde, garantindo assim uma maior segurança jurídica para os tutelados. As demandas que surgem por intermédio desse direito, são compreendidas por conta desta inovação e garantia constitucional. O Constituinte deixou bem nítido no caput do artigo 6^o⁵², que a saúde é um direito

52 CF/88. Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

social, devendo se fazer presente não só no trato individual, mas também no âmbito familiar, gerando um bem-estar não somente físico, mental e social, mas em uma conjuntura de assistência coletiva, envolvendo todos os entes familiares. A assistência à saúde se transformou através dos avanços constitucionais em um direito do cidadão, obrigando o Estado a ser responsável pelos serviços oferecidos em prol da saúde dos seus, estando tal direito positivado no artigo 196⁵³ da Carta Maior.

Observando neste sentido, verifica-se que o direito à saúde, tornou-se um âmbito de proteção ante a constituição para benefício dos seus segurados. Conforme (MENDES; BRANCO, 2012), nos trazem que, este artigo citado, nos remete a uma divisão implícita contendo seis características, em se tratando de Saúde, sendo ela (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas”, (4) que visem à “redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário”, (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim é possível verificar que a relação do estudo do direito à saúde é uma questão da eficácia desse direito fundamental em relação à prestação de serviços para a proteção do cidadão, a exemplo o acometimento da doença de infertilidade e tendo por meio reparador um procedimento de inseminação artificial, com a finalidade que haja reparação para a doença, como cura, através do procedimento. Desta forma o Estado não conseguiria dar a devida aplicação do direito à saúde desta cidadã e da família a ser beneficiada. Essa garantia deveria ser estendida ao setor privado de saúde, já que a Constituição Federal assim o garante, porém, os planos privados de assistência à saúde, não analisam sob a ótica constitucional dos direitos, mas aplicam a ótica contratual restando assim um desencontro entre as garantias constitucionais previstas, com os interesses econômicos das operadoras de planos de saúde.

53 CF/88. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O artigo 199, §1º54, da Constituição Federal, prevê a regulamentação e condição para que a assistência à saúde seja prestada pela iniciativa privada, prevendo que instituições possam participar do fornecimento e manutenção da saúde dos administrados do Estado. Sendo assim, a concessão prestada para as entidades privadas para fornecerem serviços de saúde é garantida constitucionalmente, porém alguns procedimentos oferecidos pelas operadoras de saúde não trazem o direito à saúde em sua plenitude, ou seja, não abrangendo em sua totalidade contratual os procedimentos os quais o Estado oferece, causando transtornos aos beneficiários.

DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Tratando sobre as garantias constitucionais, é de suma importância destacar um dos direitos consagrados, o direito ao planejamento familiar, que está previsto no artigo 226, §7º⁵⁵, da Constituição Federal, apontando que a família é a base da sociedade e deve ter a proteção integral do Estado. Sobre a profundidade do tema, o planejamento familiar é uma decisão livre do casal, e o Estado deve oferecer recursos, principalmente científicos para que esse direito seja exercido em sua completude, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

É de se observar também a garantia plena aos pais sobre a liberdade de se planejarem quanto à reprodução de sua família, não intervindo o Estado, na quantidade de filhos que a família deseja ter ou não.

Realizando a análise deste recorte da Constituição Federal, é

54 CF/88. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

55 CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

observado que a família é composta por diversos fatores, dentre eles os sociais e históricos, sendo assim, a reprodução humana está inteiramente ligada à família, já que através deste meio surge a realização da ampliação familiar, materializando não só um desejo pessoal das genitoras, mas de toda uma família e a formação da sua futura prole.

é indiscutível a importância do livre planejamento familiar, pois os direitos de reprodução partem do livre planejamento familiar, impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pelo reconhecimento da autonomia privada como condutora das relações sociais (MEIRELES, 2012, p.14).

O planejamento familiar nos remete de pronto à contracepção, como uma forma mais ordeira da sociedade conviver, e não reproduzir em alta escala, porém não é só sobre isto, atesta-se também a amplitude do conceito, sendo possível observar que também trata-se sobre a fertilidade das famílias, tendo em vista que nem todos podem reproduzir, por problemas relacionados à sua saúde, no caso o planejamento familiar demonstra uma análise sobre reprodução artificial para dar a tal família o direito de a constituí-la.

Operando neste sentido, fica constatado que:

Diante do reconhecimento do direito ao planejamento familiar como um direito fundamental, um elemento deve, entretanto, estar presente nas análises e propostas legislativas, a consideração de que a concepção e a reprodução pertencem à intimidade e à liberdade dos casais, enfatizando-se que daí se origina o dever de responsabilidade pelo filho que gerarem (CHAGAS; LEMOS, 2013).

O planejamento familiar é plenamente observado como um direito fundamental, tendo seu artigo próprio na Carta Constitucional, o direito aqui observado, garantido constitucionalmente, é

amplamente necessário para uma melhor demonstração de efetivação do direito ora em alteração.

Em 1996, este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro, onde se estabelece o planejamento familiar como um direito fundamental de todo cidadão e cidadã. No seu artigo 2º, a lei explana que o planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação e principalmente o aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio é fundamental e basilar para o direito como um todo, pois é dele que emana e toma-se por base os demais princípios norteadores do direito e, mais especificamente, o pátrio. Verifica-se que remete a um significado amplo quanto ao seu uso sendo o melhor exemplo visto, quando os seres humanos são beneficiados no contexto geral com sua existência, não tratando as pessoas de forma desumana ou que venha a denegrir moralmente, humilhando e rebaixando o ser, notadamente e, no caso, especificamente por não poderem gerar descendentes biológicos.

Nesta análise, a doutrina tem se posicionado da seguinte forma:

Seja no âmbito internacional ou no interno, tendo como base o Direito Constitucional ocidental, a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo prioridade especial. Desse modo, a dignidade da pessoa humana simboliza o verdadeiro super-princípio constitucional, sendo este a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo (SÁ *apud* PIOVESAN, 2015, p.97).

O princípio em questão, encontra-se consagrado em nossa Carta Maior, no artigo 1º, inciso III⁵⁶, assegurando como fundamento

56 CF/88. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel

do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. A importância deste princípio é notória para o planejamento familiar, como citado abaixo:

Destarte, os dois princípios acima elencados são os princípios básicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, uma vez que se faz presente a ideia de responsabilidade (que deve ser ofertada tanto no planejamento como na continuidade da instituição familiar para que a estruturação da mesma possa ser racional e independente), e a ideia de respeito à condição do homem enquanto homem, merecedor de condições essenciais à vida, a saúde e à justiça (CHAGAS; LEMOS, 2013, p.17).

A amplitude dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, tende a buscar e promover sempre a efetivação dos direitos das pessoas que fazem parte da sociedade, guiando de uma forma racional e objetiva. Não se pode ocultar que diversas ações vão em desencontro com este tão importante princípio, tornando o seu descumprimento uma falta de compromisso do Estado e a sociedade.

OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E A RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Os contratos que dão origem ao caso em tela, são aqueles que oferecem serviços de saúde para os beneficiários contratantes sendo, via de regra, na modalidade de contratos de adesão. Esse tipo de contrato se caracteriza por ser feito em massa, em que o fornecedor oferece seu serviço acompanhado de um instrumento elaborado, bastando para concretização do negócio, a assinatura do consumidor, anuindo com as cláusulas ali presentes, sem ao mesmo poder dialogar sobre tais vedações existentes, vinculando assim o

dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

negócio.

As chamadas “contratações de massa” no âmbito da prestação de serviços de saúde encontra suas peculiaridades, notadamente quanto à modalidade do contrato, como bem assevera Fernando Scaff:

As contratações de massa no direito à saúde Tornando-se claro que as demandas por um atendimento médico constante e eficiente eram firmes e crescentes, surgiram e se desenvolveram as empresas privadas que, geralmente mediante a oferta ao público e a realização de contratos por adesão, visam prestar assistência à saúde em limites previamente estabelecidos e visando uma contraprestação financeira (SCAFF, 2010, p.35-36).

Não bastando isso, o Estado não busca cumprir com seu dever de garantir um sistema de saúde pública que atenda às necessidades da população, tornando assim um ambiente de desconfiança em relação à garantia de um atendimento digno às pessoas no sistema público de saúde, fazendo com que os tutelados do Estado, roguem por um meio privado, surgindo assim a adesão aos contratos de planos, para a manutenção da sua subsistência quanto à saúde.

OS CONTRATOS DO TIPO ADESÃO

Conforme (GONÇALVES, 2014), a formação dos contratos se originou a partir da necessidade dos nativos se relacionarem nas suas comunidades, onde denomina-se o surgimento dos contratos, e estabeleciam regras para o convívio entre seus pares e subordinados, surgindo assim uma relação e uma consolidação contratual. Com o avanço social, a massificação de consumo, oriunda da revolução industrial, aprimorou a necessidade de que as contratações fossem rápidas e eficientes, surgindo o novo método de contrato, o de adesão.

O mestre Rizzatto Nunes, expõe com maestria e simplicidade a origem desse tipo de contrato e sua chegada ao nosso ordenamento,

senão vejamos:

Quem planeja a oferta de um serviço ou um produto qualquer, por exemplo, financeiro, bancário, para ser reproduzido milhões de vezes, também planeja um único contrato e o imprime e distribui milhões de vezes. Esse padrão é, então, o de um modelo contratual que supõe que aquele que produz um produto ou um serviço de massa planeja um contrato de massa que veio a ser chamado pela Lei nº 8.078 de contrato de adesão (NUNES, 2018, p.43).

Os contratos se fazem necessários para o desenvolvimento da vida e conduta humana diária. A doutrina pátria não tem um conceito para tal instituto jurídico de forma uníssona, como era de se esperar, mas, todos tendem a seguir um mesmo norte de pensamentos majoritários, conceituando-se assim:

O contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades (GAGLIANO; FILHO, 2009, p.49).

O direito contratual é regido por diversos princípios, onde podemos destacar o princípio da função social do contrato, o da autonomia da vontade, o princípio da onerosidade excessiva, dentre outros.

Em primeiro lugar, destaca-se o instituto da função social do contrato que deve estar presente em todos os negócios jurídicos. Esta importante função nos remete à importância de promover uma relação igualitária, reduzindo e eliminando as desigualdades entre as partes contratantes. Tem o objetivo de garantir uma limitação do princípio da autonomia da vontade, observado nos

contratos, quando a função social esteja em confronto direto com o interesse social, conforme acentua o artigo 421⁵⁷, do Código Civil Brasileiro.

Neste sentido, temos como exemplo os contratos de adesão, pois a atuação da vontade do contratante é bastante reduzida, restando que não há o que dialogar no contrato, bastando apenas acatá-lo ou não. Assim, (GONÇALVES, 2011), nos afirma que essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar ou de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo no contrato.

Este princípio se opõe em sua essência ao da obrigatoriedade, pois é nele que nasce a maioria dos entraves judiciais, onde os requerentes, que são os consumidores desejam alterar o contrato para condições mais oportunas e menos onerosas entre as partes. A doutrina tem observado este princípio, no seguinte aspecto:

A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução de ferida, a existência implícita de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato (GONÇALVES, 2011, p.51).

O contrato de adesão está cada dia mais presente em nosso cotidiano, as relações consumeristas têm exigido sempre mais deste modelo. Neste viés, o contrato de adesão é elaborado pela parte contratada, sendo mais economicamente forte, e o consumidor tem que se limitar às cláusulas a ele estipuladas. Porém, ao inserir cláusulas contraditórias, o juiz deverá observar sempre a interpretação mais favorável à parte hipossuficiente na relação contratual, qual seja, o consumidor.

Por seu turno, a lei nº 11.785 de 22 de setembro de 2008, alterou

57 CC/02. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

o CDC para afirmar em seu parágrafo 3º do artigo 54 que os contratos de adesão são regidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, fazendo com que estes tipos de negócios jurídicos sejam firmados e atentados a tal lei.

A doutrina assim, o tem classificado:

Contrato de adesão é aquele em que as cláusulas são previamente estipuladas por um dos contraentes, de modo que o outro não tem o poder de debater as condições, nem introduzir as modificações no esquema proposto; ou aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro ('é pegar, ou largar'). A falta de negociações e de discussão implica uma situação de disparidade econômica e de inferioridade psíquica para o contratante teoricamente mais fraco (GONÇALVES apud MESSINEO, 2011, p.13).

O Código Civil Brasileiro disciplinou o instituto dos contratos de adesão que se encontram presentes nos artigos 422 e 423⁵⁸, onde trata que a parte contratante deve se obrigar e atentar-se aos princípios da probidade e da boa-fé, requisitos essenciais para os contratos, se atentado sempre para a adoção de interpretação favorável para a parte contratante, quando existirem cláusulas contraditórias, que possam ensejar prejuízo para a parte contratante em relação ao serviço oferecido, observa-se o caso contrário, quando o contrato de adesão, não exerce as funções previstas como pressupostos basilares para a formação de tal negócio jurídico.

CONTRATOS NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988 inovou na questão jurídica ao trazer o direito do consumidor, como forma de proteger o consumidor,

58 CC/02. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

CC/02. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

contemplando assim o artigo 5º, inciso XXXII, prevendo que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O Estado além desta garantia acima ampliou ainda mais a segurança jurídica deste instituto, conforme substanciado no artigo 170, inciso V⁵⁹, deste mesmo diploma.

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, estabelece em seu artigo 5460, o conceito de contrato de adesão, destacando assim as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor dos serviços ou produtos, onde o consumidor não pode discutir ou modificar o seu conteúdo.

Neste plano, o contrato de plano de saúde, é considerado contrato de consumo, pois conforme o Código de Defesa do Consumidor, existe uma relação do consumidor (contratante), previsto nos artigos 2º, 17º e 29º, e o fornecedor (operadora de plano de saúde) que oferece os produtos e presta os serviços, previsto no artigo 3º, em seus parágrafos 1º e 2º. Deste modo, os consumidores são os destinatários finais dos serviços médico-hospitalares oferecidos pela operadora. Nesta visão, afirma (GOMES, 2016), que o Código de Defesa do Consumidor tem plena incidência nos contratos de assistência privada à saúde. Alinhando tal entendimento doutrinário, a Súmula 608 do STJ61, afirma que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Vale ressaltar que a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios têm se posicionado de forma a garantir que as demandas

59 CF/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

60 CDC/90. Art. 54. O Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

61 Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018).

e entraves judiciais relacionados aos contratos de planos de saúde terão como base o Código de Defesa do Consumidor, pois é amplamente assegurado que a atividade ou serviço fornecido pelas operadoras de planos de saúde é uma prestação de serviço de consumo, tornando assim o contratante ou beneficiário, consumidor.

O certo é que havia uma crescente necessidade de se criar uma legislação que pudesse amparar os beneficiários das empresas de assistência privada à saúde, o que foi feito com a criação do Código de Defesa do Consumidor. Acerca do tema (GOMES, 2016), assevera que o marco legislativo da regulação dos contratos de planos de saúde e a proteção dos seus usuários junto às operadoras, foi garantido com a criação de tal diploma legal.

OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Os contratos de planos de saúde, são adotados pelas empresas operadoras de saúde, e na outra parte os consumidores, denominados beneficiários. Tais pactuações, como visto, são caracterizadas pela ausência da igualdade entre as partes, pois se observa que a parte contratada busca uma maior onerosidade e a parte contratante busca deter a desvantagem contratual, em quase toda sua maioria econômica. Ressalta-se ainda que, via de regra, os consumidores não têm o poder de negociação com a parte contratada, restando caracterizada a sua não participação da formação das cláusulas contratuais.

Os serviços de planos de saúde são regidos pelos contratos de adesão, onde a operadora de plano de saúde assume o lado de contratada, e no seu contrato estipula cláusulas de forma unilateral, ficando a cargo de o contratante aderir ou não o texto fixo no instrumento contratual.

A doutrina, tem posicionado na seguinte esteira:

Sendo a saúde o estado de completo bem-estar psicofísico da pessoa, tem-se de suma importância o conteúdo dos contratos de plano de saúde para os seus usuários, haja vista ser seu objeto de bem de natureza essencial para a manutenção da vida

e para o alcance da dignidade humana. Logo, tais relações contratuais, por serem imprescindíveis ao atendimento da subsistência humana, enquadram-se na definição de contratos existenciais (GOMES, 2016, p.120).

Os serviços privados de assistência à saúde, assim prelecionados por (GOMES, 2016), prevêm que as contratações de serviços privados de assistência à saúde se exteriorizam a partir de uma proposta ofertada ao público consumidor, na qual se acha inserido um conjunto de cláusulas e disposições determinadas unilateralmente pela operadora de plano de saúde em que constarão os limites de atendimento, a forma de pagamento, preço, o prazo contratual, os períodos de carência, e principalmente os procedimentos oferecidos, dentre outras especificações.

O vínculo contratual dos planos de saúde, por mais que tenha uma lista extensa de procedimentos que podem ser concedidos aos seus beneficiários, denominado “Rol de Procedimentos e Eventos de Saúde”, alguns destes procedimentos seguem parâmetros de autorização ou negativa sob a análise da operadora, em função da ANS, além de outros tipos de serviços que não se fazem presentes no contrato assinado por ambas as partes.

AS LEGISLAÇÕES PERTINENTES E APLICÁVEIS AO CASO

Decorrente dos avanços previstos na Constituição Federal, e posteriormente fundamentados, assistiu-se assim a necessidade de criação de leis que tratassem do tema, ou ao menos aproximassem os tutelados do Estado em se amparar em diplomas garantidores. Em primeiro plano observamos o viés constitucional da garantia dos direitos fundamentais, gerando uma consequência para a garantia do direito à saúde e sua abrangente ação, porém, o complemento infraconstitucional para assuntos desses aspectos são de suma importância, a exemplo da chamada Lei de Planos de Saúde, onde esta limita os procedimentos existentes em seu Rol de Procedimentos derivados da Agência de Saúde Suplementar, fazendo com que o procedimento de Inseminação Artificial não se faça disponível para

os beneficiários que contratam tal modalidade de serviço ou plano. Como uma forma de aprimorar mais o arcabouço legal, a criação da Lei do Planejamento Familiar e as suas mais variadas interpretações têm amparado tais situações.

A LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

O Direito Fundamental da Saúde, situado no artigo 6º, torna a saúde como um direito social, oriundo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Vida, ainda na Constituição Federal, e resolveu, em sua grafia, dar uma atenção maior ao Direito Fundamental da Saúde, conforme verificado no artigo 199⁶² da Carta Maior.

A saúde como um direito de todos e dever do Estado em subsidiar tal direito do cidadão, é amplamente estendido à interpretação, de que a rede privada de saúde, desenvolva tal direito também, tendo em vista a relação existente entre as partes.

Como anteriormente explanado, a infertilidade é uma das causas para o provável procedimento de inseminação artificial e deve ser garantido por se tratar de doença, onde os entes envolvidos tanto na relação contratual, quanto no que se observa do Estado, devem promover em sua amplitude o direito à saúde. Endossando este pensamento, a mesma Carta Maior, nos assegura isto em seu artigo 226, §7º⁶³, trazendo um conceito concreto do direito que deve ser assegurado, para garantir uma maior segurança jurídica no que diz respeito ao procedimento proposto.

O planejamento familiar é o grande cerne do assunto, e dentro dele se extrai a inseminação artificial como um modelo reprodutivo e reparador de tal infertilidade, o qual pode através deste método garantir tal instituto. Conceituado assim pela Organização das

62 CF/88. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada

63 CF/88. Art. 226, §7º. Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições sociais e privadas.

Nações Unidas - ONU, o planejamento familiar é:

A plenitude da vida humana e não a sua restrição; que, ao garantir maiores oportunidades a cada pessoa, libera o homem para que possa atingir sua dignidade individual e realizar seu potencial. Os casais têm o direito humano fundamental de decidir, livre e responsavelmente, quanto ao número de filhos e quanto ao direito de obter instrução e orientação adequadas a esse respeito (ONU *apud* MORAES, 2003, p.380).

As garantias constitucionais à saúde são de suma importância, pois se estendem não somente a garantia dos direitos às pessoas e famílias beneficiadas com o procedimento de inseminação artificial, mas a toda uma coletividade ansiosa por resultados satisfatórios. Neste sentido, é imprescindível observar que a cada direito garantido, a segurança jurídica dos institutos ficam mais sólidos, gerando assim uma maior garantia no que se relaciona não só o direito à saúde dos tutelados, mas uma ampliação de direitos garantidos constitucionalmente, amparando assim a realização do procedimento para a reprodução familiar de demais famílias.

DAS LEIS QUE TRATAM SOBRE O ASSUNTO

As normas aqui citadas, já seriam suficientes para um embasamento sólido ao que decidir quanto ao direito à saúde e principalmente acerca dos direitos reprodutivos, porém foi verificada a necessidade de regulamentações infraconstitucionais para tratar dos assuntos referentes à reprodução familiar, direitos reprodutivos, reproduções artificiais, dentre elas a inseminação artificial.

Várias legislações pátrias aduzem em seus artigos o salvaguardo em que as operadoras de planos de saúde deveriam ter a obrigação de fornecer o procedimento da inseminação artificial para o tratamento da infertilidade. Neste sentido, temos o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, a Lei do Planejamento Familiar nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996, a Lei dos Planos de Saúde nº 9.656 de

03 de junho de 1998 e a Lei nº 11.935 de 11 de maio de 2009 que trata sobre os seguros privados de assistência à saúde.

O Conselho Federal de Medicina, já editou resoluções sobre os tratamentos e coberturas adequadas para os portadores de doenças, principalmente a respeito da infertilidade. As resoluções 1.401/93 e 1.957/10, poderiam servir de subsídio para as operadoras de saúde ampliar o conhecimento para manutenção da saúde dos seus segurados, evitando assim, uma demanda significativa de processos judiciais e devidas indenizações de cunho moral e material.

Sendo assim, os planos de assistência privada cometem infração a partir do momento em que apresentam a negativa do procedimento da Inseminação Artificial, como é visto no artigo 1º da Resolução CFM nº 1.401⁶⁴, demais dispositivos de leis citadas acima, como veremos.

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E SUA RELAÇÃO COM A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE

A Constituição Federal permitiu que a iniciativa privada fornecesse serviços de saúde, como meio de complementar a obrigação do atestado, porém verificou-se a necessidade de criação de uma lei que regulamentasse tal instituto, criando-se assim a Lei 9.656/98, denominada Lei dos Planos de Saúde.

Ao longo dos artigos desta lei, ela nos remete uma perspectiva que surgiu para regular as regras e as garantias existentes na relação contratual da parte contratada (operadora), e contratante (beneficiário). Esta lei regula como será a prestação de serviços oferecida e todas as suas nuances, devendo observar esta segurança e sua conformidade ao artigo 35 F65, prevendo que a assistência

64 CFM/1993. As empresas de seguro-saúde, empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas ao Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza.

65 Lei 9.656/98. Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 10 desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção

compreende todas as ações necessárias no que diz respeito à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Operando neste sentido, nossa doutrina abalizada assim assevera:

Do Código de Defesa do Consumidor é possível extrair os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, e à lei especial caberá, de forma específica, reger os planos privados de assistência à saúde (SÁ *apud* GREGORI, 2007, p.62).

Sendo assim, o que nos remete é a importância da inseminação artificial e sua fundamentação já explanada ao longo deste artigo, porém a lei⁶⁶ em questão nos aponta a uma ótica de afirmação diferente, onde a mesma assevera que o procedimento de inseminação artificial é uma hipótese de exclusão de cobertura contratual, impedindo assim a realização do procedimento.

Como observado a lei exclui totalmente o procedimento de inseminação artificial, nos remetendo a uma contradição existente no que se observa em relação aos posicionamentos da Constituição Federal quanto ao direito à reprodução familiar e à saúde. Nesta esteira, é verificado o seguinte pensamento:

Considerando a abrangência da noção de saúde, compreendida como estado de bem estar psicofísico, torna-se questionável a referida exclusão de

e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes.

66 Lei 9.656/98. Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

III - inseminação artificial;

cobertura. Com efeito, a procriação, para algumas pessoas, constitui aspecto essencial para suas vidas, cuja ausência provoca sérios reflexos psicológicos prejudiciais à saúde. Assim nos casos em que a infertilidade estiver devidamente diagnosticada, com indicação médica para realização de inseminação artificial parece ser plenamente indispensável à cobertura desse procedimento, por ser ação necessária à manutenção da saúde do usuário (GOMES *apud* SAMPAIO, 2016, p.213).

Não obstante a esta contradição legislativa, ao analisar tal lei podemos verificar outro artigo que trata a respeito do direito à saúde e do planejamento familiar como forma de aumento ou início da prole, a lei 11.935/09 incluiu o artigo 35-C, com seu inciso III⁶⁷.

Nesta seara, observa-se o descumprimento e a desconexão do que é previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal, onde afirma que é de livre decisão do casal o ato do planejamento familiar. Sob esta afirmação da lei, é atestada uma contradição onde em seu artigo 10, inciso III, exclui o procedimento de planejamento familiar que é a inseminação artificial, mas o seu artigo 35-C obriga a operadora de plano de saúde fornecer o atendimento relacionado ao planejamento familiar.

A resolução 428 de 2017, expedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em seu artigo 20, § 1º, c, III, trata também sobre a exclusão do procedimento. A questão que se observa é que a ANS ultrapassou os limites do poder regulamentador, pois confronta diretamente a obrigatoriedade do art. 35-C da Lei em 9.656/98, onde observamos os princípios e garantias constitucionais.

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E SUA RELAÇÃO COM A LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A lei 9.263/96, denominada Lei do Planejamento Familiar, está diretamente ligada ao procedimento de inseminação artificial, e isso

67 Lei 11.935/09. Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
III - de planejamento familiar;

se extrai dos primeiros artigos do texto legal que preveem que o planejamento familiar é direito de todo cidadão. A própria lei conceitua como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, endossando ao embasamento legal que a nossa Carta Maior aduz, unido com os princípios previstos em normas infralegais do nosso ordenamento.

O Direito do planejamento familiar está conceituado no artigo 2º, da lei 9263/96⁶⁸, onde trata sobre o direito de constituir a prole. A doutrina tem conceituado de uma maneira mais abrangente o conjunto de ações para auxiliar a família, acentuando que:

O planejamento familiar, portanto, em sua concepção, envolve o direito de buscar as múltiplas formas de satisfazer os ideais pessoais de formação familiar, não apenas regulando o número de filhos por meio de métodos contraceptivos, mas também maneiras de fertilização, pois nem todos os casais possuem a mesma possibilidade física de gerar filhos sem um auxílio especializado. Logo a constatação que se impõe é a de que a chamada procriação artificial surge como um auxílio legítimo para a concretização do projeto parental (CHAGAS; LEMOS, 2013, p.15).

Ao explorar o texto legal observamos que remete à questão da contracepção também, porém incentiva para que as famílias tenham o acesso à concepção de uma maneira ampla. O planejamento familiar é um direito também assegurado para procriação, neste sentido deverá ser assegurado ao beneficiário de operadoras de planos de saúde, que este consumidor tenha o acesso ao serviço para reprodução familiar de forma a efetivar os direitos garantidos na

68 Lei 9.263/96. Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole da mulher, pelo homem ou pelo casal.

legislação atinente.

OS INSTITUTOS DA ABUSIVIDADE E NULIDADES FRENTE OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE EM RELAÇÃO À INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Quando assinatura dos contratos de planos de saúde, os contratos de adesão, pelo fato de trazerem em seu corpo cláusulas já fixadas, onde os contratantes não podem dialogar sobre tais, tendem a carregar consigo cláusulas abusivas para os consumidores, fato que se submetido à análise judicial pode acarretar a nulidade de tais cláusulas. A problemática a respeito destas cláusulas ganha contornos maiores, pois elas dão origem a um crescente número de processos voltados para a judicialização da saúde, tomando os tribunais com alto número demandas de procedimentos negados pelas operadoras, fazendo com que seja desgastante para o consumidor buscar ajuda do Estado por meio judiciário, não sendo visto com o devido respeito ao qual deveria frente à operadora de saúde, contratante do ato, e parte contrária no entrave judicial.

A VISÃO JURÍDICA DA ABUSIVIDADE E NULIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO

Os institutos da abusividade das cláusulas e suas nulidades contratuais observadas nos vínculos jurídicos dos planos de saúde nos remetem a uma desigualdade referente ao contrato de adesão, onde a parte mais vulnerável, consumidor, tem que concordar com as cláusulas estipuladas.

No escólio de (GOMES, 2016), o contrato de plano de saúde é marcado por duas óticas, a primeira nos traz que o exercício da autonomia privada nesses contratos é limitado pela incidência direta e imediata do direito fundamental à saúde, de forma a possibilitar o adequado e efetivo cumprimento das obrigações contratuais. E quanto à identificação ao gênero em relação de consumo, é necessário observar acerca da configuração de prática contratual abusiva, visando à proteção das legítimas expectativas dos consumidores – *in casu*, dos usuários dos planos de saúde. Neste sentido, o doutrinador Bruno Miragem explana que:

O direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de alta importância para a interpretação, compreensão e aplicação de suas normas. De modo geral os princípios do direito do consumidor encontram-se expressos no Código de Defesa do Consumidor. Nada impede, contudo, o reconhecimento de princípios implícitos, que sejam retirados do contexto normativo da própria lei, ou da diretriz de proteção do consumidor vulnerável, a qual constitui o fundamento teleológico de todo o microsistema (MIRAGEM, 2016, p.127).

Uma cláusula é considerada nula quando ela infringe a validade de atos jurídicos. Porém, as cláusulas contratuais que sempre fazem parte do objeto contratual, podem ser declaradas nulas quando verificado o abuso de direito da outra parte, rotineiramente a contratada para assuntos desta natureza. O direito do consumidor nos remete a princípios garantidores constitucionais que devem ser sempre observados nos tratos a respeito, para que não sejam verificados casos de nulidades e abusividades de cláusulas contratuais, caso ocultado nestas ações.

A APLICAÇÃO DA ABUSIVIDADE E NULIDADE NOS CONTRATOS DE SAÚDE

Ao tratar destes meios jurídicos presentes nas relações de consumo e aqui destacamos os contratos de planos de saúde, devemos analisar o que o Código de Defesa do Consumidor nos remete a uma positivação como segurança para casos desta natureza. O legislador resolveu assegurar no diploma o artigo 51⁶⁹, IV, §1º, e seus incisos,

69 CDC/90. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

que diz respeito a serem nulas as cláusulas contratuais concernentes a serviços e produtos que tragam obrigações abusivas, colocando sempre o consumidor em desvantagem. Sendo assim, observa o exagero das abusividades quando verificada a ofensa de princípios jurídicos fundamentais, a ameaça do equilíbrio contratual e a onerosidade em excesso para o consumidor, caso este presente nos contratos de planos de saúde.

Nesse contexto, o Poder Judiciário usando de seu poder de jurisdição apresenta-se como de suma importância para a interpretação do conteúdo contratual, no momento em que haja uma determinação da exclusão de cláusulas contratuais de abusividade, possibilita uma harmonização dos contratantes e uma relação efetiva da aplicação das normas legais que incidem nos casos. Assim, o magistrado tem o dever de intervir nessas modalidades contratuais para atentar-se e proteger o direito fundamental social à saúde.

Conforme observa-se no texto legal, claramente é visto a identificação de cláusulas abusivas presentes nos incisos do parágrafo 1º, quando ao momento que não é concedido a autorização do procedimento de inseminação artificial pelos planos de saúde, resta configurado, além das legislações aplicáveis que analisamos, afronta do texto consumerista.

Atesta-se que a partir do momento em que a operadora de plano de saúde, não fornece o serviço, ela está ofendendo os princípios não só pertinentes ao direito consumerista, mas ao direito do texto constitucional já citado, restringindo assim os direitos do consumidor e fazendo com que os beneficiários além de arcar mensalmente com a parcela do seu plano aderido, se sujeitem a gastar ainda mais pelo procedimento de natureza particular.

Enseja-nos uma maior segurança jurídica quando o Superior Tribunal de Justiça prevê que os contratos de planos de saúde sejam regidos pelo Código de Defesa do Consumidor conforme súmula de

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

número 608 do STJ. Estes contratos devem ser submissos também à Lei 9.656/98 e às normas emitidas pela ANS, chamadas de Resoluções Normativas.

Tratando nesta perspectiva, sustenta-se que:

Em vista disso, denota-se a importância da boa-fé objetiva para a verificação da presença ou não de abusividade nos contratos de planos de saúde, haja vista ser responsável por impor às operadoras, em razão da essencialidade do objeto contratado e da posição de dependência contratual assumida pelos usuários/consumidores, a obrigação de exercício de sua autonomia privada de forma qualificada pelos deveres de informação cooperação e cuidado para com estes, visando, assim, o efetivo cumprimento da obrigação contratual. Dessa forma, exclusões genéricas de cobertura, alterações unilaterais do conteúdo contratual, dentre outras práticas responsáveis por desequilibrar a relação de plano de saúde, devem ter sua abusividade reconhecida, por ofenderem, diretamente, as legítimas expectativas geradas nos beneficiários, os quais detinham, até então, a confiança de ter contratado a cobertura de serviços médico-hospitalares aptos à efetiva tutela de sua saúde (GOMES, 2016, p.195).

As práticas e cláusulas abusivas estão presentes rotineiramente no dia a dia dos consumidores, e em especial nos beneficiários de planos de saúde buscando a efetivação do direito contratado, no que diz respeito do direito como objeto de sua saúde e manutenção. Sendo assim, pode-se verificar que:

As cláusulas abusivas pertinentes ao direito do consumidor são aquelas que prejudicam de forma exorbitante o consumidor no confronto entre os direitos e obrigações de ambas as partes

contratantes, ferindo o princípio da boa-fé (GALDINO *apud* VENOSA, 2001, p.12).

O Código de Defesa do Consumidor, ao positivar a proteção às cláusulas abusivas remete-nos a um controle maior de segurança jurídica relacionada ao contrato, e um equilíbrio entre os princípios vigentes do nosso ordenamento, onde estes desrespeitados podem ensejar uma nulidade contratual.

Conforme (NETTO, 2014), o Código de Defesa do Consumidor traz um sistema próprio de nulidade, que sempre busca proteger o consumidor. Vale salientar que as nulidades pertinentes ao Código Consumerista são de natureza absoluta, conforme prevê o artigo 1º deste diploma, assegurando que as relações de consumo são de ordem pública e interesse social.

No cenário atual o Estado deve intervir de maneira ampla e segura nas relações de consumo, para que não reste um desequilíbrio contratual, como já tratamos que a criação do Código de Defesa do Consumidor nos ajuda consagrar tal direito consumerista, regulando as mais variadas relações de consumo e impondo diversas formas de verificar a validade das cláusulas contratuais, que estas a depender podem ser declaradas nulas de pleno direito e ensejando na maioria dos casos, efetivação de compensação de danos morais e materiais.

A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E A PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS

Conforme observado desde o início do presente artigo, o posicionamento presente é de que devem ser as operadoras de planos de saúde obrigadas a custearem o procedimento de inseminação artificial, sob a alegação de que é um direito do consumidor, quando da análise de que o inciso III, do artigo 10, da Lei de Planos de Saúde, fere os princípios constitucionais, consumeristas, afrontando principalmente o Planejamento Familiar.

A questão da judicialização da saúde em si, e o seu largo crescimento anual, diz respeito **as** operadoras de planos de saúde negarem tratamentos de diversas naturezas, dentre elas a da reprodução

artificial, por meio da inseminação artificial.

Segundo dados do CNJ, no ano de 2019 a judicialização afetou direta ou indiretamente as relações contratuais existentes entre beneficiários e operadoras em cerca de 50 milhões de beneficiários. Os números crescentes, nos remete a uma relevância gigantesca não somente a questão de assistência à saúde, mas o problema do próprio judiciário em lidar com milhares de processos, sobre diversos temas da área médica.

Os contratos de adesão referente a planos de saúde têm se mostrado conflituosos, mostrando-se assim a lesividade das cláusulas abusivas e assim tem se posicionado a doutrina na seguinte esteira:

Nesse contexto, a intervenção do Poder Judiciário na interpretação e na integração dos contratos de assistência privada à saúde é de suma importância para a legitimação do conteúdo contratual, na medida em que, ao determinar a exclusão de cláusulas contratuais inquinadas de abusividade, possibilita a harmonização das pretensões dos contratantes somadas à adequada e efetiva aplicação das normas legais incidentes na espécie. Assim, possui o magistrado o dever de intervir nessas contratações, sempre que provocado, de modo a permitir o alcance da justiça substancial do pacto e, principalmente, da promoção e da proteção do direito fundamental social à saúde (CORDEIRO In GOMES, 2016, p.10).

Verifica-se assim, a abusividade dos planos de saúde no trato com o consumidor, tendo em vista que este é a parte mais hipossuficiente da relação consumerista.

ANÁLISE DAS DECISÕES ACERCA DO TEMA

Nossos Tribunais, como vimos, cada vez mais têm sido chamados à resolução de conflitos de natureza consumerista que versem sobre as relações entre operadores de planos de saúde e seus

consumidores.

Abaixo, observamos recortes exemplificativos de como os tribunais têm decidido a respeito do caso:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EXCLUSÃO DA COBERTURA. CONDUTA ILÍCITA. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1) A Resolução 378/2015 da ANS, revogada pela Resolução 428/2017, constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde. 2) A ANS, com a autorização prevista no art. 10, § 4º da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano – referência de assistência à saúde. 3) A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 387/2015. 4) Recurso desprovido⁷⁰.

A judicialização não representa ameaça às empresas de planos de saúde, mas o problema em si é que o instrumento a ser judicializado, é estimulado por elas mesmas por suas próprias práticas de abusos frente aos consumidores.

Sabendo da vedação legal existente na Lei dos Planos de Saúde quanto ao procedimento de Inseminação artificial, o que se busca neste artigo é a compreensão de que o inciso que exclui a cobertura procedimental é totalmente incompatível com a Lei Maior e as

70 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJ – MG – AC: 10338160087502002 MG, Relator: Adriano Mesquita Carneiro, Data de Julgamento: 21/09/2019, Data da Publicação: 30/09/2019.

demais leis.

As práticas abusivas observadas nos contratos de planos de saúde têm trazido à tona a preocupação do judiciário quanto à demanda de processos, pois tem aumentado gradativamente, desta forma a doutrina se posiciona pelo seguinte preceito:

Não se perca de vista que os contratos de assistência ou de seguro de saúde revestem-se da finalidade precípua de responder pelos custos de tratamento médico-hospitalar ou procedimentos de prevenção a riscos da saúde dos consumidores. Neste sentido se apresenta a abusividade de suas cláusulas contratuais que, ao restringir a cobertura do plano, criando obstáculos à realização de certos procedimentos, comprometem a satisfação do interesse útil do contrato que é a manutenção ou promoção da saúde do segurado (MIRAGEM, 2016. p.473-474).

Neste viés, pode-se observar que com as crescentes demandas judiciais a respeito, os tribunais não podem permanecer silentes sobre o caso, sendo assim já foram concedidas algumas decisões obrigando as operadoras de planos de saúde a fornecer tal procedimento aos usuários, antes cidadãos e consumidores. No acervo jurisprudencial são verificadas diversas hipóteses de danos morais e materiais oriundos das negativas procedimental.

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE DIAGNOSTICADA COM ENDOMETRIOSE PÉLVICA, ESTÁGIO III. INFERTILIDADE. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA PARA TRATAMENTO DA DOENÇA. PLANEJAMENTO FAMILIAR. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. RECUSA INJUSTIFICADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRADAÇÃO. RECURSOS DA RÉ CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Se há

previsão de cobertura do tratamento para a enfermidade que acomete a beneficiária, não pode o plano de saúde negar os meios para se alcançar sucesso na sua cura ou redução dos seus efeitos, tampouco se imiscuir nos meios escolhidos pelo médico auxiliar para chegar a tanto. (...). 3. Se a própria Carta Magna consagra ser direito fundamental o planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º) e inciso III, do artigo 35-C da Lei nº 9656/98 abarcou todos os procedimentos referentes ao planejamento familiar, ou seja, a concepção e a contracepção, inclusive os tratamentos das doenças geradoras de infertilidade, como cobertura obrigatória dos planos de saúde, não há justificativa para a recusa de cobertura pela respectiva operadora. 4. Se analisada a questão sob os conceitos e regras do Código de Defesa do Consumidor, a decisão vergastada apenas prestigiou princípios como da boa-fé, da probidade, da mútua assistência, da cooperação e tantos outros que disciplinam os contratos em geral e de massa em particular. Ademais, se houver ambiguidade ou dúvida decorrente da cláusula contratual, sua interpretação será sempre em benefício do consumidor, hipossuficiente da relação. Por conseguinte, não merecem prevalecer às cláusulas contratuais que restringem o tratamento da fertilização *in vitro* (...). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO⁷¹.

CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. EXCLUSÃO

71 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF 20150710280992 0027316-73.2015.8.07.0007, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 15/03/2017, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 20/03/2017. p.543-547.

CONTRATUAL. ILEGALIDADE.

Os contratos de plano de saúde estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, razão por que os limites e condições de cobertura devem ser vistos com maior amplitude, mostrando-se viável extrair do contrato cláusula eivada de vício e, portanto, contrária aos princípios da boa-fé e da equidade contratuais. 2. O artigo 35-C da Lei nº 9.656/98, com a redação conferida pela Lei nº 11.935/2009, incluiu todos os procedimentos de planejamento familiar como obrigatórios para as operadoras de planos de assistência à saúde, dentre os quais se inserem as ações de concepção e de contracepção. 3. Deve prevalecer o direito do consumidor ao tratamento indicado que lhe permita constituir prole, sendo nula a cláusula contratual restritiva da fertilização *in vitro*. 4. Recurso desprovido⁷².

É certo ainda que os Tribunais superiores, notadamente Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, precisam acolher tais entendimentos emanados dos Tribunais Estaduais em uma notória e franca novel construção jurisprudencial.

Observando todo o exposto, é esperado que as demandas judiciais a respeito de tal tema não tenham um crescimento, sendo observadas pelos órgãos regulamentadores das operadoras de saúde, as legislações aplicáveis no que tange ao procedimento objeto desse estudo, para que permita a liberação do procedimento.

É necessário ser observado pelo judiciário brasileiro a necessidade das famílias em realizarem os seus sonhos de criar ou aumentar sua família, e estas se deparam com a péssima surpresa de ver tal desejo negado sob a alegação de não possuir cobertura contratual

72 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Classe do Processo: 20140111100146APC - (0026181-78.2014.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). Registro do Acórdão Número: 885696 Data de Julgamento: 05/08/2015 Órgão Julgador: 2ª TURMA CÍVEL Relator: MARIO-ZAM BELMIRO Revisor: JOÃO EGMONT Publicação: Publicado no DJE: 12/08/2015. p.205.

para o procedimento, que, a toda prova, deveria ser oferecido pelo plano de saúde, em razão da onerosidade praticada pelo beneficiário junto à operadora, onde arca mensalmente com o custeio desta mensalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trouxe uma análise em torno da negativa de cobertura contratual no que diz respeito ao procedimento de inseminação artificial a ser realizado pelas operadoras de planos de saúde com base no artigo 10, inciso III, da Lei 9.656/98, e os consumidores, ou beneficiários. Sabendo da importância da reprodução familiar, e a evolução histórica e normativa, a Carta Constitucional, evoluiu sobre os direitos sociais, em especial o direito à saúde. Os responsáveis por criar garantias e direitos observaram a necessidade de serem ampliados os direitos relacionados ao planejamento familiar, principalmente, dando a devida importância de garantir a esperança e o futuro das famílias assoladas por essa doença, a infertilidade, com o fim de garantir o direito das mães de reproduzirem, tanto por meio da concepção natural, quanto artificial, objeto de estudo deste artigo.

Os contratos são negócios jurídicos, devendo sempre se observar as declarações de vontade das partes, ora contratada e contratante, os princípios pertinentes à autonomia, à boa vontade objetiva, dentre outros, para que seja efetivada sua validade. Os contratos de planos de saúde são qualificados como de adesão, e uma de suas características principais é a imposição de cláusulas estipuladas aos consumidores, os impedindo de discutir sobre os termos do contrato que, no caso em tela, tem por finalidade principal fornecer serviço de assistência à saúde, garantida pela Constituição aos entes privados. O Código de Defesa do Consumidor, tem-se resguardado no que tange aos contratos de assistência à saúde, e em súmula do STJ, ampliando tal entendimento sobre a garantia de direito.

O presente trabalho explanou sobre a exclusão da cobertura de tratamento de inseminação artificial, com previsão na Lei 9.656/98, artigo 10, inciso III, onde a mesma trata sobre as atividades regulamentares e a comercialização dos planos de saúde, sendo ela que

restringe o alcance do direito à saúde para o procedimento, criando cláusulas abusivas e impedindo a realização dos procedimentos necessários para a cura de determinadas doenças não previstas em contrato. Atestada a exclusão, verifica-se que tal determinação legal fere a Carta Maior, os seus princípios constitucionais e as diversas leis citadas como argumento no que diz respeito com a incompatibilidade da lei.

Nestes contratos de planos de saúde, atestamos que as cláusulas abusivas presentes no instrumento contratual de serviços, limitam o direito fundamental à saúde, conforme observado neste trabalho, impondo dificuldades para a parte consumerista de conseguir seu direito de tratar tal patologia, qual seja, da infertilidade. Neste viés, os entraves jurídicos têm crescido de maneira muito acentuada, já que os planos negam a cobertura, afirmando não estar o procedimento listado no Rol da ANS, e nem nos contratos assinados, a única solução é recorrer ao judiciário, para que este, analise e determine a nulidade da cláusula contratual restritiva por restar demonstrada como sendo abusiva ao excluir da cobertura o procedimento em questão.

Neste diapasão, concluímos que o procedimento de inseminação artificial, é um dos principais métodos de sanar a patologia da infertilidade, para proporcionar a cura às futuras mães, e assim poder gerar a sua posteridade, realizando sonhos não só de uma pessoa, mas de toda uma família. Tratamos o inciso III, do artigo 10, da Lei de Planos de Saúde, como uma norma ilegal que afronta diretamente os direitos humanos, que desrespeita a Constituição Federal, seus artigos e princípios, no que diz respeito ao direito à saúde, o planejamento e a reprodução familiar. Também, em sentido contrário ao que está estipulado nas leis citadas neste artigo sobre o planejamento familiar, observando a comunhão com todos estes fundamentos a abusividade de tal cláusula contratual, que enseja a exclusão de tal cobertura, defendendo o viés que os planos de saúde sejam obrigados a fornecer o procedimento de inseminação artificial com todos os direitos e garantias favoráveis ao alcance dos beneficiários.

Neste sentido, e com base nos escritos percorridos durante este

artigo, é impreterível que este tema de suma importância para classe familiar e toda sua sociedade, seja motivo de maiores estudos na seara aqui desenvolvida, seja de cunho medicinal, social, e com relevância ainda maior no âmbito jurídico, fazendo notório a necessidade de estudos mais aprofundados no tema em foco.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8.078, 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF: [s.n.], 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Brasília, DF: [s.n.], 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. Lei 9.263, 12 de janeiro de 1996. **Lei do planejamento familiar**. Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Lei 9.656, 03 de junho de 1998. **Lei dos planos de saúde**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Lei 11.305, 11 de maio de 2009. **Alteração dos planos e seguros privados de assistência à saúde**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **2004 O Ano da Mulher**. Brasília,

DF: [s.n.], 2004. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/2004_anodamulher.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

CHAGAS, M. C.; LEMOS, M. O. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto**. [S.l.; s.n.], 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39a1dafc5f8576b4>. Acesso em: 02 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resoluções Normativas. CFM nº 1.401/93**. Brasília, DF, 11 nov. 1993. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1993/1401_1993.htm. Acesso em: 08 maio 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resoluções Normativas. CFM nº 1.957/10**, Brasília, DF, 15 dez. 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 07 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. 15 de mar. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03>. Acesso em: 23 fevereiro 2020.

FARIAS, Carolina Steinmuller; FARIAS, Thélío Queiroz. **Práticas abusivas das operadoras de planos de saúde**. Leme: Anhangueira, 2011.

G1, Site. **OMS estima que a infertilidade atinja entre 8 a 15 casais em idade fértil**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pe/petrolina-regiao/grtv-1edicao/videos/v/oms-estima-que-a-infertilidade-atinja-entre-8-e-15-dos-casais-em-idade-fertil/5008137/>. Acesso em: 25 set. 2018.

GABLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8.ed. rev. Atual e ampliada. São Paulo: Saraiva,

2012.

Gazeta do Povo, Site. **Avanço tecnológico e maior taxa de sucesso fazem inseminação artificial crescer 19% no Brasil.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/viver-bem/sau-de-e-bem-estar/inseminacao-artificial-cresce-18-no-brasil-avanco-tecnologico/>. Acesso em: 10 set. 2019.

GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de planos de saúde.** Leme: JH Mizuno, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da constituição federal de 1988.** 2006. 263f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Irani Novah. **Erro médico e a justiça.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ.** 13.ed., Salvador: Juspodvim, 2018.

NUNES, Luís Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 12.ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15.ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Marina Ferreira Rosa. **Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

SÁ, Mateus Almeida Viveiros. **A obrigatoriedade das operadoras de planos de saúde na cobertura do tratamento de inseminação artificial**. 2016, 90f. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2016.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no âmbito privado: Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. 1.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9.ed., São Paulo: Atlas, 2009.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3.ed., Brasília: Unfpa, 2009.

VILA, A. C. D.; VANDENBERGHE, L.; SILVEIRA, N. A. The experience of infertility and endometriosis: suggestions for health professional. **Psic. Saúde & Doenças**, Lisboa, v.11, n.2, p.219-228, 2010. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164500862010000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01 out. 2018.

CAPÍTULO 9

O FEMINICÍDIO COMO OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: INCIDÊNCIA DE CASOS NA COMARCA DE CAMPINA GRANDE

*Gabriela Costa Miranda*⁷³
*Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti*⁷⁴

RESUMO

O presente artigo analisa o feminicídio como um fenômeno social e cultural e tem como escopo, dentro de uma abordagem multidisciplinar, avaliar as características do delito, bem como a ocorrência de casos no Brasil, mais especificamente, no município de Campina Grande, na Paraíba. O estudo realiza-se através de pesquisa bibliográfica e pesquisa de campo na Delegacia Especializada de Homicídios de Campina Grande, tendo por objeto os incidentes ocorridos no período de 2018 a 2019. Os números locais confirmam o quadro nacional e mostram um agravamento da violência contra as mulheres. Constata-se, a partir dos casos examinados, a permanência da cultura patriarcal, que submete a mulher à condição de vítima da violência, sendo necessário tornar a erradicação da violência e do feminicídio uma efetiva política de Estado. Mesmo com os avanços

73 Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNIFACISA. E-mail: gabrielacostapb@gmail.com

74 Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Advogada e Professora universitária. E-mail: sabrinnacorreia@hotmail.com

legais e aumento do aparato estatal, há um longo caminho a percorrer no combate a esta espécie de violência fatal contra a mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Femicídio; Homicídio; Violência; Gênero; Dignidade Humana.

ABSTRACT

This article analyzes femicide as a social and cultural phenomenon and aims, within a multidisciplinary approach, to assess the characteristics of the crime, as well as the occurrence of cases in Brazil, more specifically, in the city of Campina Grande, in Paraíba. The study is carried out through bibliographic research and field research at the Specialized Homicide Police Station in Campina Grande, studying the incidents that occurred in the period from 2018 to 2019. Local data confirm the national situation and show an increase in violence against women. It's verified, from the examined cases, the permanence of patriarchal culture, which submits women to the condition of victim of violence, making it necessary to make the eradication of violence and femicide an effective state policy. Even with legal advances and an increase in the state apparatus, there is a long way to go in combating this type of fatal violence against women.

KEYWORDS: Femicide; Murder; Violence; Gender; Human Dignity.

INTRODUÇÃO

O assassinato de mulheres cometido em razão do gênero denomina-se feminicídio e ainda se configura como uma triste realidade da sociedade brasileira hodierna, como resultado de uma cultura que oprime e submete a mulher a uma condição de subalternidade, o que atualmente traz a denominação de feminicídio.

Segundo Meneghel e Hirakata (2011), o termo “feminicídio” foi usado pela primeira vez por Diana Russel, em um tribunal de direitos humanos no ano de 1976, significando qualquer manifestação

de relação desigual entre homens e mulheres que resulte na morte de uma ou várias mulheres em virtude da própria condição de gênero. Este tipo de crime pode ocorrer em diversas situações, incluindo mortes perpetradas por parceiro íntimo, com ou sem violência sexual, seguida de morte e homicídios associados ou relacionados a extermínio.

Certamente, o feminicídio tem raízes na desigualdade social a qual as mulheres foram submetidas ao longo do amplo processo de conquistas de direitos e progressos democráticos, quando se viram desfavorecidas em relação aos homens, com repercussões políticas, sociais e econômicas. Apesar de algumas conquistas legais, as diferenças entre os gêneros continuam a servir como base para essa distinção social. Investigar e explicar a desigualdade de gênero se tornou uma preocupação central dos sociólogos (GIDDENS, 2012).

Analisando o referido crime como um fenômeno social, percebe-se que o mesmo está presente em todas as sociedades, o que faz atingir proporções significativas da população feminina em todo o mundo, trazendo, inclusive, condições sub-humanas para mulheres em determinados países, devido a uma cultura que defende a sociedade patriarcal e inferioriza a imagem da mulher, simplesmente por ser mulher.

O Brasil apresenta uma cultura machista enraizada nos mais variados matizes, sejam eles políticos, sociais ou educacionais, revelando-se de forma explícita no altíssimo índice de violência contra a mulher. Uma importante iniciativa que buscou fazer frente a esta cultura, foi a promulgação da Lei nº 13.104/2015, a partir da qual o Brasil passou a integrar o rol de países que tipificaram o crime de feminicídio, asseverando a pena para aqueles que cometerem homicídio em razão de condição de sexo.

Ante o exposto, o objetivo geral do presente artigo é analisar a incidência de casos de feminicídio na comarca de Campina Grande, no período de 2018 a 2019. Para tanto, este trabalho irá realizar uma contextualização histórica acerca do papel da mulher na sociedade brasileira, utilizando as áreas de Direitos Humanos e Direito Penal, tendo em vista que esse crime se caracteriza como uma modalidade

de violência derivada da cultura de inferiorização da mulher.

Ademais, a pesquisa a ser apresentada busca mostrar os problemas da violência contra a identidade feminina com um olhar reflexivo desde as pequenas agressões até assassinatos, procurando mostrar como a influência de uma cultura machista e patriarcal pode afetar nas relações das mulheres, apontando a importância de mapear o posicionamento da sociedade e do poder público sobre essa matéria, a fim de construir uma análise crítica e se, de fato, promovem a dignidade da mulher, que é vítima do referido crime.

No tocante ao processo metodológico, o artigo apresenta uma revisão bibliográfica e documental sobre o feminicídio e seus aspectos como fenômeno social, analisando o papel histórico da mulher na sociedade brasileira, desde os tempos mais remotos até a atualidade.

Para uma melhor análise do problema, foi realizado em primeiro lugar um estudo através de fontes científicas, procedentes de doutrinas e artigos publicados em periódicos nacionais, assim como em legislações e outras fontes (revistas, sites, dentre outros) publicadas.

Após o levantamento bibliográfico, foi realizada uma pesquisa de campo, com o objetivo de examinar os inquéritos policiais (2018-2019) e processos oriundos da cidade de Campina Grande/PB, que remetem aos casos de feminicídio, comparando cada caso, no intuito de analisar quão relevante eram as informações dos processos para o estudo. Posteriormente, realizou-se uma leitura seletiva das informações, de modo a reconhecer elementos capazes de responder aos objetivos da pesquisa.

Por fim, fora realizada uma leitura crítica e reflexiva dos textos e inquéritos selecionados, com a finalidade de conferir significados mais amplos dos resultados obtidos e relacionar as ideias expressas nas obras consultadas com o problema pesquisado.

O SISTEMA PATRIARCAL E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Desde a Antiguidade foi estabelecida a concepção de inferioridade feminina, a ideia de que a mulher é exclusiva à esfera doméstica,

tornando-a aquela mãe, que tem o dever de cuidar do lar, do marido e dos filhos, obtendo uma vida extremamente restrita, se comparada ao que era considerado comum aos homens.

Assim, os diferentes padrões de comportamento impostos pela sociedade, determinados para homens e mulheres, geram regras de conduta que disciplinam o que é ou não aceitável na coletividade, de forma que ao homem é designado o papel paternalista, colocando a mulher em uma situação de dependência e inferioridade.

Nesta perspectiva, a educação das mulheres ocorre de maneira distinta, sendo estas moldadas para serem obedientes e terem seus desejos suprimidos ou limitados. A sua sexualidade é reprimida, ao passo em que se evidencia a exaltação da maternidade. Os papéis assumidos por homens e mulheres, distantes, mas dependentes entre si, mantêm as contradições estabelecidas em um modelo de submissão alicerçado no autoritarismo (DIAS, 2010). O sistema patriarcal alicerça essas contradições e reproduz o quadro de submissão e de violência de que são vítimas as mulheres. Segundo Castells (2010):

O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre a mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, conseqüentemente, a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo (CASTELLS, 2010, p.169).

Tal histórico tem como consequência uma desvalorização da imagem feminina em várias esferas, o que traz à tona nos últimos anos o alto índice de violência contra a mulher em razão da condição

de gênero. A mais recente publicação do Atlas da Violência (2019) confirma este fato, apresentando dados exclusivamente focados na violência de gênero e revela que, entre 2007 e 2017 houve aumento de 20,7% na taxa nacional de homicídios de mulheres, quando a mesma passou de 3,9 para 4,7 mulheres assassinadas por grupo de 100 mil mulheres. Nesse período, houve crescimento da taxa em 17 Unidades da Federação. Esses números revelam um quadro de agravamento da violência contra a mulher, resultando por alçar o Brasil à incômoda condição de 12° entre os países mais violentos do mundo em casos com tais motivações. Entretanto, deve-se ressaltar que os dados são subdimensionados, pois fatores como o medo, a falta de credibilidade no sistema legal e o silêncio que envolve os agentes, fazem com que essas ações permaneçam sendo de difícil notificação (RIBEIRO, 2004).

Viana et al. (2015) confirmam essas informações asseverando que, no Brasil, os dados referentes à violência contra a mulher não são precisos, devido ao desenvolvimento entre o setor de segurança pública e os serviços de saúde para assistência às mulheres em situação de violência serem articulados de maneira precária e com vários conflitos. Os referidos autores ainda consideram que os registros das delegacias correspondem a cerca de 10 a 20% dos casos que, de fato, são notificados, o que dificulta a contagem de dados referentes à violência em desfavor das mulheres.

A análise das estatísticas mostra que a violência de gênero está intimamente ligada à brutalidade do patriarcalismo, tendo em vista que o feminicídio é, em regra, praticado pelo homem, que se sente superior à mulher, não se tratando de qualquer homem ou até mesmo um desconhecido, mas daquele que se relaciona com a vítima. Tal cenário naturalizou a violência contra a mulher, o que viola os direitos humanos das mulheres, no contexto de sua existência, mostrando a debilidade do Estado de Direito.

Campos (2012) afirma que os principais fatores que contribuem para a prática da violência contra a mulher são a falta de punição dos agressores, o silêncio das mulheres agredidas, a inferioridade das mulheres e a transformação das vítimas em culpadas. Portanto, a violência contra a mulher representa uma ameaça aos direitos e

garantias fundamentais, valores principiológicos contidos na Carta Magna, a exemplo da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros.

UMA NOVA PERSPECTIVA PARA OS CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Decerto que a cultura machista e a banalização da violência contra a mulher estão conectadas. Ao longo do tempo, as vítimas do referido crime conviveram com a inexistência de arcabouço legal que fizesse oposição ao crescimento do quadro de violência contra a mulher, mais especificamente leis que punissem de forma incisiva tais práticas. A inexistência de um marco legal para combater o feminicídio foi causador de grande frustração por parte das vítimas e acentuavam o temor de denunciar ocorrências, sabendo-se da pouca efetividade das medidas protetivas e condenatórias.

Destarte, após o desenvolvimento da sociedade e a inclusão de princípios constitucionais que garantem direitos como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, liberdade, entre outros, foi publicada no dia 07 de Agosto de 2006 a Lei nº 11.340, no intuito de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, popularmente conhecida como a *Lei Maria da Penha*. A norma estabelece medidas de segurança e de assistência às mulheres vítimas de violência, além da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar.

Cabe ressaltar que a supramencionada lei apresentou problemas em sua eficácia, tendo em vista que abrange apenas as relações domésticas e/ou afetivas. Os casos em que ocorriam violência com mulheres que não se enquadravam ao âmbito doméstico, e sim por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, poderiam passar impunes, dependendo da interpretação do Poder Judiciário.

Em face disto, se fez necessária a atenção para os casos de homicídios cometidos contra mulheres em razão do gênero, considerando que, conforme já mencionado, o Brasil figura como um dos países que mais mata mulheres atualmente.

Lagarde (2006) sustenta que o feminicídio pode ser praticado pelo atual ou ex-parceiro da vítima, parente, familiar, colega de trabalho, desconhecido, grupo de criminosos, de modo individual

ou serial, ocasional ou profissional; e, em comum, denota intensa crueldade e menosprezo para com as mulheres, tratadas como meros objetos e, portanto, descartáveis. Trata-se de um crime de ódio em face das mulheres, e, para tanto, concorre também a negligência e omissão das autoridades encarregadas da prevenção e da erradicação desse delito, razão pela qual o feminicídio seria também um crime de Estado.

Devido a esta problemática, viu-se a necessidade de proteção à mulher não apenas no lar ou em suas relações, mas protegê-la em razão do gênero, que é o motivo pelo qual a vida de tantas mulheres é tirada em nosso país.

Em 2012, foi instituída a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para investigar situações de violência contra a mulher no Brasil. Formada por 11 senadores e 11 deputados, esta comissão apurou denúncias de omissão do poder público quanto à aplicação de instrumentos legais e, em seu relatório final, apresentou 70 recomendações às diferentes esferas de governo e da Justiça, bem como 14 propostas de alteração legislativa.

Assim, através da Lei nº 13.104/15, o legislador optou pela criação do feminicídio, como uma qualificadora do homicídio, enumerando no Código Penal as três situações em que o crime, quando cometido contra a mulher, por razões de condição do sexo feminino, será considerado feminicídio:

Art.121, § 2º -A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - Violência doméstica e familiar;

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Para este caso, a pena do crime será de 12 a 30 anos de reclusão, podendo ser elevada até a metade quando o crime vier a ser praticado na presença de filhos, pais ou avós da vítima, durante a gestação ou nos três meses imediatamente pós-parto e ainda contra vítima menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência. Ademais, sendo um homicídio qualificado, o feminicídio foi incluso

no rol dos crimes hediondos previstos na Lei nº 8.072/90, que tem suas consequências exaradas no Art. 2º da lei especial, a saber: são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e concessão de fiança, além da pena ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Entretanto, algumas indagações foram levantadas a respeito da necessidade de uma “Lei de feminicídio” no Brasil. Afinal, por que a lei penal deveria diferenciar homicídios quando se trata de vítima mulher? Essa questão ainda inquieta integrantes da comunidade em geral, bem como doutrinadores na área jurídica.

A esse respeito, diversas opiniões foram discutidas, dentre elas, destaca-se o posicionamento de Porto (2016, p.11), que ao defender a necessidade da criação da qualificadora do feminicídio, assim expressa:

[...] a inserção da qualificadora do feminicídio não se coaduna com a qualificação de direito penal simbólico, expressão utilizada para designar regras legais de forte apelação popular que, entretanto, estão destinadas à ornamentação dos códigos quase sem qualquer razão ou aplicação prática. Os índices de feminicídios no Brasil, já passados dez anos da Lei 11.340/06, não permitem qualquer comemoração e não enganam quanto à realidade da violência histórica contra a mulher, justificando o recrudescimento punitivo levado a efeito na novel legislação.

Portanto, é possível afirmar que o feminicídio é o recorte necessário para que a conduta criminoso, com todas as suas peculiares e circunstâncias, simplesmente exista para o Direito. Sendo, então, reconhecida a sua existência, poderá ser identificada em casos concretos, levando a uma decisão mais justa e dando mais visibilidade ao problema da violência contra a mulher, em especial o fatal, que é o feminicídio, e fazer com que as autoridades do sistema de segurança pública incorporem a perspectiva de gênero, que é tão necessária, para se compreender adequadamente os casos.

É de se considerar que as novas configurações sociais trazidas pelo processo civilizatório induziram a sociedade a fazer uma reconceituação do fenômeno. Assim, as ações consideradas como violentas, que anteriormente não tinham visibilidade, passaram a ser julgadas como tais, à medida que o padrão civilizatório foi se estabelecendo, ou seja, o que outrora era considerado uma conduta normal, hoje é desviante, violenta e não mais aceita.

No entanto, somente a legislação e as políticas públicas de promoção e proteção desses direitos não asseguram, de fato, a diminuição da violência contra as mulheres. Conforme discute Garita (2013), em comunicação proferida na ONU Mulheres, no Brasil, após a criminalização do feminicídio, foi atribuída ao Estado a responsabilidade de prevenir e combater a violência de gênero, em virtude de considerar-se um crime de Estado, uma vez que os direitos violados são direitos fundamentais. Isto alerta para anos de inoperância por parte do Poder Público em face dos vários casos de violência contra a mulher que ocorreram no país, visto que em várias ocasiões a falta de interesse em tomar providências definitivas de combate à problemática em questão facilitou a violação dos direitos conquistados pelas mulheres e a consumação do feminicídio.

Por conseguinte, um dos maiores desafios de prevenção, combate, e ao mesmo tempo, efetivação das medidas judiciais em relação ao agressor é vencer a ausência de vontade política do Estado, que apresenta, segundo Demus (2016), deficiência na operacionalização das investigações dos referidos crimes, como negligência e omissão; a revitimização da vítima, tendo em vista que os agentes responsáveis pelos casos de feminicídio, em sua maioria, não foram preparados ou capacitados para lidar com esse tipo de ocorrência; muitas vezes, a falta de evidências físicas, posto que existem as violências psicológica e moral e a falta de assistência jurídica, psicológica e social às mulheres sobreviventes após a violência.

INCIDÊNCIA DE CASOS NA COMARCA DE CAMPINA GRANDE

Inicialmente, cumpre esclarecer que para resguardar a intimidade e a imagem das pessoas envolvidas e suas famílias, para efeitos de

demonstração de fatos, serão expostas apenas as iniciais das vítimas, bem como nomes fictícios para os(as) agressores(as).

Para se compreender sobre a incidência de crimes de feminicídio na cidade de Campina Grande devemos fazer uma análise dos quatro casos ocorridos no ano de 2018, além do recente caso ocorrido em 2019, referente respectivamente às vítimas J. S.; V. M.; M. K.; M. P e L. B; a citação das vítimas é para manter o sigilo processual.

Os casos em exame exemplificam os problemas da violência contra a identidade feminina, sendo abordados com um olhar reflexivo, procurando mostrar como a influência de uma cultura machista e patriarcal pode afetar as relações afetivas e conjugais das mulheres e resultar em atentados à dignidade humana e à vida.

O CASO J. S

Segundo o apurado da análise dos autos, J. S estava em sua residência, nas imediações do Bairro do Pedregal, quando recebeu uma ligação de sua companheira, que estava passando pela localidade, avisando-a que permanecesse dentro de casa, pois um menor já conhecido do local, juntamente com outros quatro indivíduos, estavam em frente à localidade, em atitude suspeita.

Contudo, J. S não deu ouvidos à sua companheira e ao sair de casa foi surpreendida pelo grupo que a cercou de forma que não foi possível reagir ou sequer fugir, sendo atingida de forma cruel, com facadas pelo corpo e tiros de arma de fogo. Logo após, percebendo que atingiu seu intento, o grupo se evadiu, deixando a desafortunada já sem vida e com o corpo trucidado, no local.

Após as investigações da polícia, foi apurado que a ré do caso em comento se trata de Josiane, que é homossexual, envolvida com tráfico de drogas, e teria interesse amoroso na companheira da vítima, sendo este o motivo das constantes discussões entre J. S e Josiane.

Neste viés, foi constatado que Josiane é traficante e corrompe menores para a venda de drogas, e em razão destes terem sido apreendidos por ato infracional, Josiane culpou a vítima J. S pela denúncia ocorrida em relação aos menores. Em razão disso, somado ao fato de ter inimizade com a vítima, planejou a morte de J. S, e

para tanto, ordenou que o menor supracitado fosse até o endereço da mesma, na companhia dos demais coautores, para executar o crime, o que foi prontamente atendido e realizado. Ressalte-se que a vítima foi cercada, esfaqueada e recebeu disparos de arma de fogo perpetradas por um grupo de 05 pessoas, sem que tivesse qualquer possibilidade de fuga ou reação, o que deixa patente a qualificadora da dificuldade de defesa, bem como a crueldade em que se deu a ação.

Até a presente data, no tocante ao andamento do processo encontra-se pronto para julgamento no Tribunal do Júri.

O CASO V. M:

Ao observar os autos, verifica-se que o caso de V. M, assim como o caso de J. S., teve sua vida ceifada em sua residência. Segundo os depoimentos da irmã de Alisson, réu do caso em comento, este era usuário de drogas e tinha um relacionamento de longa data com a vítima, V. M.

Uma semana antes do ocorrido, Alisson tinha comentado com sua irmã que V. M, o traía, o que ocasionou várias discussões, e devido a isso, V. M pediu para passar a noite na casa de sua cunhada, juntamente com sua filha, havendo suspeitas que durante esta noite Alisson havia usado drogas. No dia seguinte, Alison apareceu na casa de sua irmã e pediu perdão para V. M, a beijou na testa e abraçou, informando que iria ao CAPS AD, em busca de tratamento para a dependência das drogas. Entretanto, no dia seguinte, após o som de gritaria e alguns tiros, foi encontrado na casa do casal o corpo de V. M, alvejado, bem como o de seu companheiro com uma arma no local.

Constatou a Polícia, após investigações no local, que Alisson havia discutido com a vítima e atirou na mesma, ceifando sua própria vida logo em seguida. Após recolher depoimentos, apurou-se que Alisson já havia apontado arma para V. M, outras vezes, e não permitia que ela saísse de casa ou falasse com outras pessoas. Segundo depoimentos colhidos no inquérito, a vítima só não havia se separado de seu companheiro por acreditar que ele estava necessitado de acompanhamento psicológico, e que estava doente. Devido à

morte do réu, Alisson, o Ministério Público requereu a extinção da punibilidade, bem como o arquivamento do processo, o que prontamente foi deferido.

O CASO DE M. K:

O caso em questão trata-se de uma tentativa de homicídio por motivo torpe, também qualificado pela condição de violência doméstica e familiar, o que faz enquadrar-se perfeitamente a qualificadora de feminicídio

A prática do delito deu-se início numa discussão entre o réu, Robério Ribeiro, que estava com visíveis sinais de entorpecimento, e sua esposa, Luana Maria Sousa, que é cunhada da vítima. Não demorou muito para o que era apenas uma discussão desencadear-se em vias de fato, já que Robério empurrou sua companheira de maneira agressiva, o que motivou a vítima a tentar cessar as agressões, socorrendo sua cunhada, temendo que a situação desse lugar a atos mais violentos. Em razão disso, Robério dirigiu-se ao interior de sua casa, onde pegou um revólver calibre 38 e desferiu um tiro em direção a M. K., atingindo-a na direção da coxa, e fazendo-a cair ao solo, provocando uma lesão na cabeça.

Após o fato, Robério tentou se furtar da sua responsabilidade penal e fugiu do local, abandonando a arma utilizada no crime, e seguiu para as imediações da casa de sua genitora, onde foi localizado e preso em flagrante. Após o ataque, M. K., foi encaminhada para o Hospital de Trauma de Campina Grande, onde recebeu atendimento e foi submetida a cirurgias, sobrevivendo ao ocorrido.

Até a presente data, no tocante ao andamento do processo, encontra-se pronto para julgamento em júri.

O CASO DE M. P:

O crime ocorrido com a vítima M. P, ocorreu no bairro da Palmeira, onde após o corpo da mesma ter sido encontrado, foi acionada a polícia para as devidas diligências e apuração dos fatos.

No dia do ocorrido, o réu João acabara de chegar de uma viagem, quando ao tentar adentrar em sua residência, observou que as chaves que possuía não abriam os cadeados da casa. Desta feita,

chamou a sua tia para a abrir a porta e pegar suas roupas, momento em que uma discussão foi iniciada, tendo M. P. pedido que o réu fosse embora. Entretanto, João pegou um fio que estava na mesa do quintal e a estrangulou, até que ela perdesse a consciência.

Após o ato delitivo, João se evadiu do local e se dirigiu às proximidades da Rodoviária da cidade de Campina Grande, e pegou um alternativo rumo a João Pessoa. Posteriormente, ele compareceu ao plantão da Delegacia de Crimes Contra a Pessoa, onde confessou os fatos ora descritos.

Após a análise no caso em tela, constatou-se que o réu era sobrinho da vítima, e estava morando na casa desta há cerca de 02 anos, sendo uma convivência marcada por várias brigas e desentendimentos, inclusive pelo fato da casa onde residiam ser objeto de partilha em inventário. Ademais, segundo o depoimento de testemunhas ministeriais, João é natural do Pará e já fora preso por porte de arma, tendo apenas se mudado para a Paraíba por ter um desafeto por lá, de quem cortou os dedos.

Até a presente data, no tocante ao andamento do processo, este ainda se encontra na 1ª instância, aguardando sentença.

O CASO DE L. B:

A incidência de feminicídio mais recente em Campina Grande, no ano de 2019, até o fim da pesquisa, constitui um caso que tem como réu Eduardo. Narram os autos que a vítima, L. B, se dirigiu até a casa de sua genitora e, após permanecer no local algum tempo, foi surpreendida com a chegada de seu ex-companheiro, Eduardo, que insistiu para que ela fosse ao seu encontro a pretexto de conversarem. Tão logo L. B, desceu, aquele, aproveitando-se de sua força física, agarrou a vítima contra a sua vontade, tendo esta ainda tentado correr, em vão, pois foi levada à força por Eduardo até sua residência.

Chegando na sua casa, Eduardo recolheu o celular da vítima, impedindo que esta mantivesse contato com qualquer pessoa, bem como a impediu de deixar o local, privando-a de sua liberdade mediante violência e grave ameaça. O cárcere teve início no dia 28/01/2019 e perdurou até o dia 30/01/2019, quando Eduardo, não

aceitando o fim do relacionamento, imbuído de sentimento de posse, resolveu pôr fim à vida de L. B.

Desta feita, no dia 30/01/2019, Eduardo, aproveitando-se da fragilidade de L. B., psicologicamente abalada após três dias de cárcere, e sofrendo toda sorte de violências, surpreendeu-a com diversos golpes de faca, sem que esta pudesse resistir ou sequer fugir. O réu agiu com tamanha força, que deixou perfurações por todo o corpo de L. B., e a despeito de perceber a presença de sua genitora e do filho de ambos, menor impúbere, que presenciaram toda a ação criminosa, não hesitou e continuou a esfaqueá-la brutalmente. Após o crime, Eduardo abandonou a faca no local e fugiu de bicicleta, deixando L. B., agonizando no chão.

A genitora de Eduardo, que presenciou toda a ação, pediu socorro e minutos após a fuga daquele, uma viatura da polícia militar chegou ao local, levando a vítima até o hospital. Contudo, diante da brutalidade do ataque e da gravidade dos ferimentos, a vítima veio a falecer.

Importante frisar, que conforme o apurado, o relacionamento de L. B., e Eduardo era bastante conturbado, sendo rotineiras as violências físicas e psicológicas praticadas contra L. B., tendo em vista que Eduardo nutria um sentimento de posse pela ex-companheira. Ademais, cabe destacar que L. B., já havia solicitado medida protetiva em 2018 contra seu ex-companheiro. Contudo, como infelizmente, ainda é comum nos casos de violência doméstica, diante da dependência (emocional, psicológica, financeira.) entre o agressor e a vítima, aquela voltou a conviver com o referido e a cautelar foi extinta. Posteriormente, não mais aguentando as violências sofridas, L. B decidiu terminar a convivência mútua, contrariando a vontade de Eduardo, que não aceitava o fim da relação.

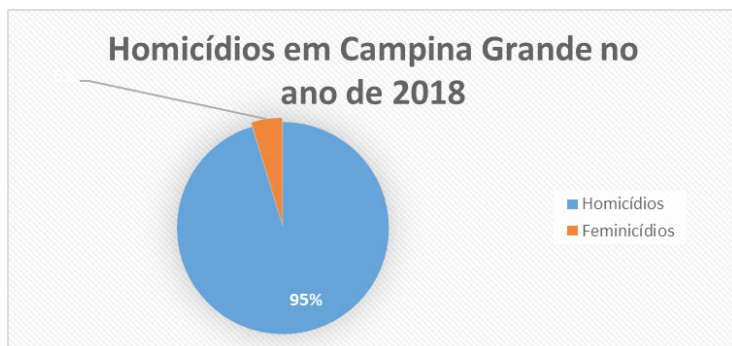
No tocante ao andamento do processo, o mesmo ainda se encontra na 1ª instância, aguardando sentença.

DADOS GRÁFICOS DOS INCIDENTES EM CAMPINA GRANDE

Após uma análise de todos os casos já expostos, foi realizado um levantamento de dados, no intuito de comparar cada inquirido

respectivo com suas individualidades, vejamos:

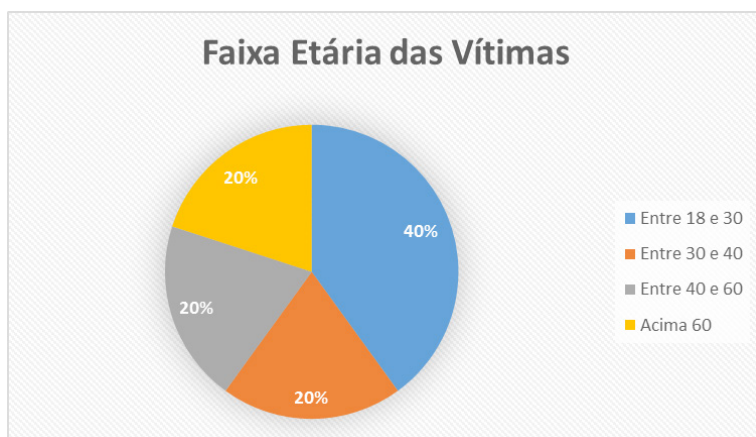
Gráfico 1 – Percentual de homicídios em Campina Grande no ano de 2018 e 2019



Fonte: MIRANDA, 2019

Realizada uma pesquisa na Delegacia de Homicídios de Campina Grande/PB, constatou-se que de 85 homicídios ocorridos em 2018, 4 foram feminicídios consumados, e apenas um deles na modalidade de tentada, totalizando 5% dos crimes de homicídio na cidade.

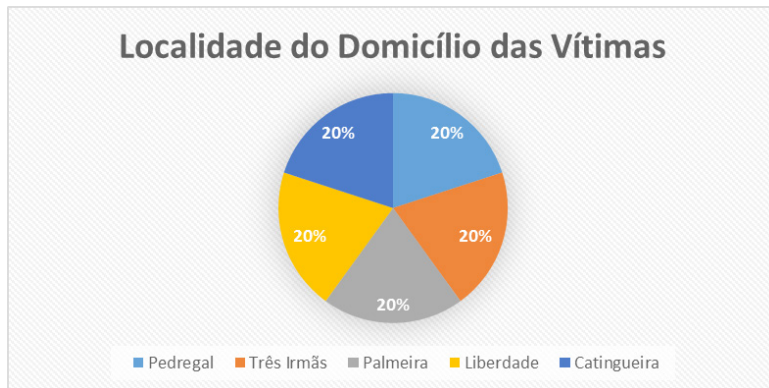
Gráfico 2 – Faixa Etária das Vítimas de Feminicídio em 2018 e 2019



Fonte: MIRANDA, 2019

A fim de apurar a faixa etária das vítimas, contactou-se através dos processos que a maior parte das vítimas tinham entre 18 e 30 anos, porém, as idades apresentam-se variadas, ocorrendo apenas 1 caso com idosa, 1 caso com vítima entre de 40 e 60 anos e 1 caso entre 30 e 40 anos.

Gráfico 3 – Localidade do Domicílio das Vítimas de Femicídio em 2018 e 2019



Fonte: MIRANDA, 2019

Segundo o Gráfico 3, quanto à localidade de domicílio das vítimas, corresponde a 1 caso ocorrido no Bairro do Pedregal; 1 caso ocorrido no Bairro Três Irmãs; 1 caso ocorrido no Bairro da Palmeira; 1 caso ocorrido no Bairro da Liberdade e 1 caso ocorrido no Bairro da Catingueira.

Constatou-se, então, que o lar das mulheres vítimas dos crimes em comento é o local de consumação do delito, o que traz à tona que os bairros em que a vítimas residiam são humildes e de pouco acesso à polícia, o que faz com que incidências desse crime sejam mais recorrentes em periferias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se depreende dos casos elencados na Comarca de Campina Grande, pode-se verificar que a violência que atinge as mulheres

tem determinantes históricos e culturais vinculados a um sistema de dominação que define papéis diferenciados para homens e mulheres na sociedade. Os números locais confirmam o quadro nacional e mostram um agravamento da violência fatal contra a mulher. O patriarcalismo, fundamenta-se em um discurso que confere distinções sociais aos seres humanos a partir de uma determinação biológica, como se os sentimentos, pensamentos e percepção de mundo já estivessem predefinidos no momento do nascimento de cada um, portanto, sendo algo incontestável e definitivo.

Tal situação trouxe como consequência a violação de direitos humanos e impôs para as mulheres uma condição de inferioridade se comparada ao homem, manifestando-se desde as manipulações e abusos psicológicos, chegando até as violências físicas mais graves, que podem levar à morte.

No Brasil, com o processo de redemocratização e a elaboração da Carta Magna de 1988 afirmou-se a emergência do Estado de Direito, razão pela qual a luta pelo direito das mulheres, postulado através dos movimentos sociais feministas, introduziu mudanças significativas na legislação, que favorecem os direitos humanos e a cidadania feminina, reconhecendo a mulher como sujeito de direitos. Contudo, a legislação e as políticas públicas de promoção e proteção a esses direitos não garantiram, até então, a efetiva proteção das mulheres vítimas de violência, principalmente dentro de casa, tampouco o empoderamento delas, de modo a refutar este tipo de situação.

A Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, representou importante avanço na proteção da dignidade da mulher, sendo também inseridas na legislação penal outras mudanças com o propósito de incrementar os níveis de proteção da dignidade sexual. Mas ainda havia falhas no tocante à proteção de bens de maior relevância, dentre os quais a vida feminina, como grupo que, embora não minoritário, esteve sujeito a uma vulnerabilidade histórica inquestionável.

A tentativa imposta pelo Estado para minimizar esse quadro de violência em desfavor das mulheres, e para punir de forma mais severa os agressores, teve sua entrada em vigor em março de 2015,

com a Lei nº 13.104/15, que qualifica o crime de homicídio à mulher como crime hediondo, se cometido em situação de violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação da condição de mulher.

Certamente, criminalizar o feminicídio foi uma providência necessária, diante dos diversos casos de homicídio de mulheres por motivo torpe. Entretanto, a tipificação do feminicídio é apenas uma das muitas modificações que o Estado deve empreender a fim de transformar definitivamente essa realidade.

Os casos aqui elencados configuram a permanência da cultura patriarcal que submete a mulher à condição de vítima da violência, presente na expressão da dependência econômica, no servilismo às vontades do marido/companheiro, e que se expressa em coação psicológica, em agressões verbais e, até mesmo, a ocorrência de agressões físicas que culminam em homicídio qualificado, com as novas tipificações.

Desse modo, é necessário um esforço conjunto para ampliar a consciência da população sobre o conceito de violência em suas numerosas faces e os danos que causam, inclusive para gerações futuras. Faz-se urgente discutir e desmistificar verdades do mundo patriarcal que foram ecoadas durante centenas de anos.

A mudança dessa realidade necessita da incorporação do Poder Público na luta pela erradicação da violência e do feminicídio, como uma política de Estado, tendo em vista que o extermínio de mulheres, em virtude da violência de gênero e da discriminação, viola a consolidação dos direitos humanos e seus princípios.

REFERÊNCIAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. **Evolução dos homicídios contra as mulheres nas UFs**, p.35, 2019. Texto disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso: out. 2019.

BIANCHINI, Aline; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres: feminicídio**. Salvador: Editora Juspodvim, 2019.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p.169.

DEMUS. **Feminicídio em el Peru: expedientes judiciales**. Lima: Códice, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GARITA, A. I. Ministra da Justiça e Paz da Costa Rica fala sobre feminicídio no Brasil. **ONU Mulheres**, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.unifem.org.br/sites/1500/1514/sistema/00301001.asp?ttSEMENTE=5034701svd24>>. Acesso: 10 nov. 2019.

GIDDENS, Anthony: **Sociologia**. 6.ed., Porto Alegre: Penso, 2012.

LAGARDE, Marcela y de los Ríos. **Del femicidio al feminicidio**. Desde el jardín de Freud. Bogotá, 2006.

MENEGHEL, S. N.; HIRAKATA, V. N. **Feminicídios: homicídios femininos no Brasil**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v.45, n.3, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/1931.pdf>>. Acesso: 10 Nov. 2019.

OLIVEIRA, A. C. G. de A.; COSTA, M. J. S.; SOUSA, E. S. S. – **Feminicídio e violência de gênero: aspectos sociojurídicos**. Revista Tema: Revista Eletrônica de Ciências, p.25-38, 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Feminicídio, expansão injustificável ou resgate de uma omissão histórica do Direito Penal?** p.11. Porto Alegre, 2016.

RIBEIRO, Márcia Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos. **Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares**, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n2/13.pdf>>. Acesso: 10 Nov. 2019.

SOUSA, Eduardo S. S.; VIANA, Alba J. Batista. **Feminicídio de Paraibanas: estudo dos assassinatos de pessoas por questões de gêneros**. João Pessoa: Ideias, 2016.

VIANA, A. J. B et al. **Norma técnica de assistência: elementos para pensar o cuidado às mulheres em situação de violência sexual**. In: NEVES, E. M.; SOUSA, E. S. S. **Corpo e Saúde**. Ensaios socioantropológicos: sobre saúde. v.2, João Pessoa, 2015

XAVIER, Nayara Menezes; MARQUES, Anderson. **Feminicídio: A expressão máxima da violência contra a mulher**. REVISTA PENSAR DIREITO, v.9, n.2, p.04, 2018.

CAPÍTULO 10

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO TERCEIRO SETOR

*Danielle Patrícia Guimarães Mendes⁷⁵**

*Luzia Manuela de Araújo⁷⁶**

RESUMO

Este trabalho analisa o Planejamento Tributário no Terceiro Setor abordando os benefícios que esta ferramenta traz para as entidades. Três setores distintos realizam atividades voltadas para o desenvolvimento de atividades sociais e econômicas: Primeiro Setor (Estado); Segundo Setor (empresas privadas com fins lucrativos) e o Terceiro Setor (entidades sem fins lucrativos). Em decorrência do importante papel desempenhado pelas entidades do Terceiro Setor elas recebem um tratamento tributário diferenciado. Teve por objetivo analisar o Terceiro Setor com enfoque nos aspectos tributários

75 Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. Pós-graduada em Curso Preparatório Ingresso na Carreira Jurídica pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - PB. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia. Advogada. Professora universitária. e-mail: daniellepatricia@hotmail.com

76 Graduada em Direito pela União de Ensino Superior de Campina Grande - UNESC/Faculdade de Campina Grande - FAC-CG. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Futura - FAVENI. Advogada. e-mail: luziamanuela8794@gmail.com

e na implantação do Planejamento Tributário; identificar as principais características das entidades do Terceiro Setor, assim como as diferenças entre as imunidades e as isenções tributárias; discutir os requisitos necessários para o tratamento tributário diferenciado e, por fim, verificar alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Planejamento Tributário em tal setor. Tal proposta de estudo caracterizou-se por ser uma pesquisa bibliográfica, realizada através de livros, legislações e entendimentos judiciais e administrativos. O Planejamento Tributário voltado para o Terceiro Setor é importante para ofertar as melhores opções tributárias trazidas pela legislação, de modo a reduzir o ônus tributário, e para o correto cumprimento das obrigações tributárias acessórias. Para isso, faz-se necessário um setor jurídico-contábil qualificado que o realize de modo eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Terceiro Setor; Tributação; Planejamento Tributário; Obrigação Tributária; Economia Fiscal Lícita.

ABSTRACT

This paper analyzes the Tax Planning in the Third Sector, addressing the benefits that this tool brings to the entities. Three distinct sectors carry out activities aimed at the development of social and economic activities: First Sector (State); Second Sector (private for-profit companies) and the Third Sector (non-profit entities). As a result of the important role played by the Third Sector entities, they receive a differentiated tax treatment. Its objective was to analyze the Third Sector with a focus on tax aspects and the implementation of Tax Planning; identify the main characteristics of Third Sector entities, as well as the differences between immunities and tax exemptions; discuss the necessary requirements for differential tax treatment and, finally, verify some doctrinal and jurisprudential understandings on Tax Planning in such a sector. This study proposal was characterized by being a bibliographical research, carried out through books, laws and judicial and administrative understandings. Tax Planning for the Third Sector is important to offer the best tax options brought by the legislation, in order to

reduce the tax burden, and for the correct fulfillment of ancillary tax obligations. For this, it is necessary a qualified legal-accounting sector that performs it efficiently.

KEYWORDS: Third Sector; Taxation; Tax Planning; Tax Obligation; Lawful Tax Economics.

INTRODUÇÃO

O crescimento desordenado das cidades aliado à incapacidade do Estado em satisfazer às demandas da população trouxe instabilidade, ampliada pelos movimentos sociais que reivindicavam melhorias na qualidade de vida e obtenção de serviços básicos.

Em decorrência dessas manifestações alguns segmentos da sociedade se organizaram, proporcionando a valorização de organismos denominados de Terceiro Setor, formando um sistema de proteção social subsidiário que busca suplementar o Estado, objetivando suprir as demandas dos setores mais desfavorecidos da sociedade. Assim, de que maneira o Planejamento Tributário pode contribuir para o Terceiro Setor?

O planejamento é uma ferramenta importante para a área da gestão e para a administração, haja vista que envolve organização e estruturação de objetivos auxiliando na tomada de decisões e na execução das tarefas. Com essa visão, o Planejamento Tributário voltado para o Terceiro Setor deve ser desenvolvido para ofertar maior visibilidade sobre as operações das entidades, criando mecanismos que identifiquem os melhores caminhos para evitar futuros problemas fiscais que possam ocasionar vulnerabilidades. O planejamento é essencial, pois ele eleva o nível de excelência da entidade, levando em conta sua habilidade em lidar com ferramentas de gestão.

Sendo assim, observam-se relevantes interesses acadêmicos e sociais no estudo em questão dada a importância das instituições do Terceiro Setor para o aperfeiçoamento do Estado. Em decorrência da notoriedade de suas atividades, os legisladores constituintes e infraconstitucionais decidiram reservar um tratamento tributário diferenciado aplicado ao Terceiro Setor - as imunidades

constitucionais e as isenções fiscais.

A pesquisa desenvolvida teve por objetivo geral analisar o Terceiro Setor com enfoque nos aspectos tributários e na implantação do Planejamento Tributário; e, como objetivos específicos, identificar as principais características das entidades do Terceiro Setor; as diferenças entre as imunidades e as isenções tributárias; discutir os requisitos necessários para o tratamento tributário diferenciado; e verificar alguns entendimentos legais, doutrinários, jurisprudenciais e administrativos sobre o Planejamento Tributário no Terceiro Setor.

TERCEIRO SETOR

Neste capítulo será discutido o conceito e o alcance do termo Terceiro Setor e sua evolução histórica com enfoque no Brasil.

A Revolução Industrial do século XVIII proporcionou grandes transformações de cunho social, político e econômico. Com o desenvolvimento da questão social operária os Estados assumiram o papel de prover a proteção social. Cabral (2015) discorre que a mudança do cenário de vida rural-urbano fundamentou a construção do Estado moderno e com ele surgiu a ideia de Contrato Social como “expressão de uma obrigação política”, marcando a transição do homem de um estado de natureza tido como anárquico para as sociedades organizadas. Os cidadãos passaram a se submeter a interesses gerais, o mercado operou a produção e circulação de mercadorias, e o Estado, sendo símbolo da expressão de poder e da vontade geral, moldava as relações.

Conforme Cabral (2015, p.31), o contrato que era tido como “uma livre iniciativa de particulares” sofreu alteração estrutural sinalizada pela regulação do mercado através da intervenção do Estado no domínio econômico para atender a uma função social, visando à igualdade, surge, então, o Estado-Providência. Desse modo, o contrato social passou a expressar interesses públicos somados aos privados, sendo a proteção social dirigida apenas para quem não possuía condição de provê-la por meio do trabalho.

O período pós-guerra, compreendido entre os anos de 1950 e a primeira metade dos anos 1970, foi marcado por crescentes

investimentos em programas sociais que garantissem retorno, efetivando a ideia de que é responsabilidade do Estado prover o acesso ao direito da proteção social para os cidadãos. O Estado-Providência se revelava como uma proteção social, através da qual os direitos sociais eram assegurados individualmente à coletividade. No âmbito econômico, esse movimento foi apoiado pelas ideias do keynesianismo⁷⁷, que defendia que o aumento da proteção social contribuía para o crescimento econômico, tendo por principal objetivo o pleno emprego dos fatores produtivos (CABRAL, 2015).

O desenvolvimento econômico alcançado após as duas grandes guerras foi caracterizado pela prevalência do pleno emprego, representando o auge do Estado-Providência, trazendo um conjunto de políticas sociais que foram inseridas nos direitos do cidadão. A ação estatal ocorria de forma direta, ou através de subsídios para organizações sociais dispostas a colocarem em prática projetos sociais acompanhados por políticas garantistas. Tais organizações, a partir de 1960, propunham um olhar mais atento para a promoção de uma melhor qualidade de vida frente ao crescimento quantitativo proporcionado pela expansão econômica vivenciada.

Entretanto, na segunda metade dos anos de 1970, a economia ocidental foi vítima do esgotamento do ciclo de acumulação do pós-guerra e das condições políticas do Estado. Muitas economias entraram em recessão dadas as alterações no preço do petróleo, e esse período de crise incidiu diretamente nas políticas de proteção social, pois, era necessária a redução de gastos, fazendo o Estado-Providência entrar em crise (CABRAL, 2015).

Cabral (2015) defende ainda que a crise energética ocasionou, em escala mundial, o movimento de sedimentação de grandes companhias internacionais e conseqüente rejeição do keynesianismo. Diversos pensadores apontaram a incapacidade do Estado-Providência de cumprir os ideais keynesianistas, para eles existia uma incompatibilidade entre o Estado-Providência e as liberdades

77 Em meio a uma fase recessiva do ciclo econômico, o Estado deveria intervir na economia, de modo a expandir o gasto público gerando empregos, bens e serviços, visando alcançar um efeito multiplicador, e com isso retomar o processo de acumulação e superar a recessão.

econômicas cruciais para a expansão do capitalismo. Desse modo, a partir dos anos de 1980 sucedeu-se uma relativização das garantias sociais associada à imposição de limites que dificultavam o acesso a tais garantias, restringindo os benefícios para minorias organizadas.

Com o fortalecimento do mercado e o Estado permeado por críticas à eficiência do keynesianismo iniciou-se uma valorização de atividades de fronteira que expressavam, segundo Cabral (2015, p.49), “anseios sociais contemporâneos na produção de bens públicos” – surge o Terceiro Setor. Organizações que sempre atuaram de forma subsidiária ao Estado passaram a integrar determinado segmento organizacional, diverso do setor privado e do Estado.

Para Evers (1995, p.161 apud CABRAL, 2015, p.50), “o Terceiro Setor parte de um sistema de bem-estar social plural, proporcionado por inúmeros agentes, entre organizações do Estado, da sociedade civil e organizações mercantis”. Ele entende a sociedade civil como o lugar da realização das liberdades garantidas pelo Estado.

Cabral (2015) entende que o Terceiro Setor enfrenta o desafio de se articular em meio às manifestações públicas que incorporam atributos do conceito de espaço público não estatal, e para tanto não almeja se equiparar ou substituir o princípio do Estado.

O Terceiro Setor possui características específicas e diversas das dos outros setores. Considerando a diversidade conceitual e de atuação, o Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul (CRCRS) elaborou a publicação Terceiro Setor – Guia de Orientação para o Profissional da Contabilidade e define os setores da economia como:

Primeiro setor. É representado pelo Estado, tendo como uma das principais características em relação aos recursos, que são oriundos dos tributos e de financiamentos. Portanto, a aplicação desses recursos deve ser direcionada integralmente na infraestrutura, no bem-estar da sociedade e demais funções pertinentes ao Estado.

Segundo setor. Representado pelas empresas

privadas. Tem como característica principal visar ao lucro. Quanto aos recursos, esses são oriundos da própria atividade/operação e de financiamentos. Tendo a aplicação do seu resultado, ou seja, o lucro, observada a Lei das Sociedades por Ações, distribuído aos investidores. E para as sociedades de responsabilidade limitada, conforme designação dos sócios.

Terceiro setor. É representado pelas organizações sem fins lucrativos. A característica principal dessas organizações é que não visam ao lucro. Os recursos são oriundos da própria atividade, além de doações, subvenções e financiamentos, públicos ou privados, sendo a aplicação de tais valores integralmente destinada à manutenção do objetivo a qual foi instituída, de acordo com estatuto. O superávit ao final de cada exercício não deve ser distribuído aos associados/membros, mas, sim, reinvestido nas suas atividades-fim, no país (CRCRS, 2016, p.13).

Para Carvalho Filho (2016), as entidades do Terceiro Setor são híbridas e fazem parte de um “*tertium genus*”, grupo de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação dos serviços públicos.

Carvalho (2016) sustenta que o Terceiro Setor da economia é formado por entidades privadas sem fins lucrativos que atuam de modo a garantir os interesses da sociedade, a realização de tais atividades proporciona a fruição de benefícios disponibilizados pelo Estado. Parte da doutrina (Maria Sylvia Zanella; Hely Lopes Meirelles; José dos Santos Carvalho Filho; Matheus Carvalho) as denomina de entidades paraestatais, visto que atuam lado a lado da Administração Pública, realizando atividades de interesses estatais que trazem benefícios à sociedade.

A natureza jurídica das organizações do Terceiro Setor está prevista no art. 44, incisos I, III, IV e V do Código Civil (CC) - Lei nº

10.406 de janeiro de 2002 - o qual elenca as pessoas jurídicas de direito privado em associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos.

É imprescindível apresentar a diferenciação entre as associações e as fundações, dada a dimensão que esses dois institutos possuem para o Terceiro Setor. As associações podem ser entendidas como uma reunião de pessoas que possuem um objetivo comum, com finalidade não lucrativa e o seu estatuto, de acordo com o art. 54 do Código Civil, deve conter, dentre outras informações: os direitos e deveres dos associados; as fontes dos recursos para a sua manutenção; o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos e a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. Já as fundações são instituições que possuem sua finalidade definida por seu instituidor, ele a dota de um patrimônio para a realização de seus fins, e são geridas conforme seu estatuto.

Os requisitos obrigatórios para a constituição de pessoas jurídicas estão previstos no art. 46 do Código Civil. Já o art. 48 do mesmo diploma legal prevê métodos coletivos para a tomada de decisão como meio de gestão no Terceiro Setor: “Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso”.

O Direito pátrio trata de quatro espécies de entidades do Terceiro Setor: entidades do serviço social autônomo, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e entidades de apoio (CARVALHO, 2016).

O serviço social autônomo é integrado por entidades criadas mediante autorização legal para realização de atividade de fomento, auxílio e capacitação de determinadas categorias, podendo ser constituídas sob a forma de associação, fundação ou por meio de outras estruturas que não estejam previstas no Direito Civil. É o notável sistema “S”, formado por entidades como o SESC (Serviço Social do Comércio) e o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial). Com intento de auxiliar na execução de suas atividades, o poder público lhes transfere a capacidade ativa tributária que compreende as funções de arrecadar e fiscalizar tributos, bem

como a função de executar leis.

As Organizações Sociais (OS) são entidades particulares (sem fins lucrativos) criadas pela lei 9.637/98, para prestar serviços públicos não exclusivos do Estado, como ensino, pesquisa científica, proteção e preservação do meio ambiente, dentre outros definidos na legislação própria.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) também são entidades particulares sem fins lucrativos, possuem previsão na lei 9.790/99 e foram desenvolvidas para fornecer serviços públicos não exclusivos do Estado, tais como a promoção da assistência social e da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, entre outras definidas em lei. Seu vínculo com o Poder Público é obtido por meio da celebração de termo de parceria, o qual discriminará direitos, obrigações e responsabilidades dos signatários.

As entidades de apoio são formadas por particulares que não visam à lucratividade, constituídas por meio de fundações, associações ou cooperativas, atuam em conjunto com órgãos ou entidades públicas como hospitais e Universidades, de modo a auxiliar no exercício de suas atividades mediante realização de programas de pesquisa e extensão.

O termo Terceiro Setor – *third sector* – foi utilizado primeiro pelos americanos por volta dos anos 1970, e, nos Estados Unidos, compreende as entidades privadas sem fins lucrativos, denominadas “*not for profit organizations, charities ou nonprofit organizations*”. Para Escobar (2015), a utilização do termo Terceiro Setor no Brasil abarca a atuação do primeiro setor por meio de uma participação específica do segundo setor, de modo a gerar um setor híbrido que não se enquadra nas definições do primeiro ou do segundo.

As entidades do Terceiro Setor podem ser diferenciadas através de modalidades de reconhecimento formal por parte do Poder Público, conforme a relevância social que a sua atuação possui. Esse reconhecimento se dá através de titulações como Organização Social (OS), Utilidade Pública, Organização Social de Interesse Público (OSCIP) e Certificação de Entidade Beneficente de Interesse Social (CEBAS), e importa em vantagens organizacionais

como as isenções, ou o reconhecimento facilitado das imunidades tributárias.

O Estado tem o Terceiro Setor como um forte aliado na busca para ampliar políticas públicas. O Terceiro Setor executa suas atividades através de recursos privados e por intermédio da transferência voluntária de recursos do Estado através de instrumentos específicos como convênio, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração e fomento. Nessas situações a entidade é chamada para ser parceira da administração pública, devendo cumprir requisitos especificados em lei (ARAÚJO, 2017).

O TERCEIRO SETOR NO BRASIL

No que se refere ao desenvolvimento econômico do Brasil, ao analisar da época colonial até meados de 1930, Cabral (2015) afirma que a vida social, política e econômica, girava em torno da produção açucareira, endereçada quase que completamente para o mercado internacional. A presença estatal na área social restringia-se a atendimentos emergenciais, importou-se um modelo das Casas de Misericórdia portuguesas que tratavam a questão social através da criação de educandários, corporações profissionais e asilos, atendendo aos estratos mais carentes da população. Esse cenário estabeleceu um relacionamento Igreja-Estado que visava proporcionar atendimento aos abandonados.

Com relação às estruturas públicas que visavam prover garantias sociais, surgiram, no final do século XIX, mutualidades vinculadas às concessionárias de serviços europeias e às sociedades vinculadas ao sindicalismo. Ressalte-se que foi nessa época que o Império criou uma espécie de caixa previdenciária dos trabalhadores das ferrovias. Com a instituição da República e a separação dessas instituições, a proteção social, de modo precário, ganhou contornos de atividade do Estado, tendo a Constituição de 1891 proibido a utilização de recursos públicos em atividades assistenciais patrocinadas por cultos religiosos.

Cabral (2015) afirma que o modelo nacional-desenvolvimentista centralizador dos anos 30, protagonizado a partir da Revolução de 1930, foi marcado pela intervenção do Estado na economia e

industrialização com foco em São Paulo, proporcionou, ao lado de investimentos em infraestrutura, a organização de sistemas públicos de educação para formar uma elite acadêmica. Em contraponto, a saúde, a assistência e a seguridade social, para categorias do setor público e do aparato produtivo, desenvolviam-se de modo não universal, privilegiando apenas os trabalhadores urbanos, sem resolver a questão das desigualdades regionais (CABRAL, 2015).

Em 1935, foi promulgada a lei 78 que declarou a utilidade pública das entidades sociais e, em 1938, a criação do Conselho Nacional de Serviço Social tornou as instituições sociais aptas a receber subsídios do governo. Esse sistema de proteção social conferia benefícios conforme a contribuição estabelecida na relação formal de trabalho. O sistema de proteção social brasileiro alcançou consolidação na década de 1970, através de programas que unificavam serviços e reorganizavam a máquina pública, modernizando critérios e benefícios.

Contudo, em decorrência da crise econômica e da incapacidade de satisfazer às demandas, o sistema de proteção social passou a apresentar sinais de instabilidade. Essa situação foi ampliada pelos movimentos sociais que reivindicavam, por exemplo, melhorias no custo de vida, programas de habitação e obtenção de serviços básicos e, ao mesmo tempo, deixavam transparecer o crescimento desordenado das cidades frente à incapacidade do Estado (CABRAL, 2015).

Essas manifestações fizeram com que segmentos da sociedade se organizassem, proporcionando a valorização de organismos denominados Terceiro Setor, de modo a formar um sistema de proteção social subsidiário que busca complementar o Estado, buscando suprir demandas dos setores mais desfavorecidos.

A ineficiência do Estado em prover a totalidade dos interesses sociais em virtude do elevado número de tarefas que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) abriu espaço para a participação do particular em setores e áreas nos quais se verificava somente a figura soberana estatal – são as chamadas pe-
soas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou entidades

78 Lei no 91, de 28 de agosto de 1935, revogada pela lei nº13.204, de 2015.

integrantes do Terceiro Setor.

A assistência social no Brasil está positivada na Seção IV, Capítulo II, Título VIII, da Constituição Federal e, juntamente com a saúde e a previdência social, compõe a Seguridade Social que, dentre outros objetivos, busca a proteção à família, desenvolvendo ações que amparem e façam com que as pessoas que procuram ajuda consigam se reerguer. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS – lei nº 8.742/1993) regulamenta as ações que são desenvolvidas tendo por bases diretrizes que unem uma administração descentralizada com a participação da sociedade, respeitando a estrutura federativa constitucional.

IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E ISENÇÕES FISCAIS DESTINADAS AO TERCEIRO SETOR

As imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, regras constitucionais expressas (BALEIRO, 2013). Para Jardim (2014, p.242), “Imunidade é a não incidência tributária constitucionalizada” e constitui uma categoria jurídica privativa do ordenamento normativo brasileiro, pois inexistente no direito comparado.

Buscando um denominador comum entre os pensamentos dominantes, Paulo de Barros Carvalho (2014, p.180) apresenta a Imunidade “como um obstáculo posto pelo legislador constituinte” que limita a competência outorgada às pessoas políticas de direito interno, pois impede a incidência da norma, protegendo pessoas, fatos e situações mencionados pela Constituição. Ele expõe o seguinte conceito de imunidade:

[...] a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no Texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas (CARVALHO, 2014, p.190-191).

Para Schoueri (2012), no momento em que a Constituição Federal confere competências tributárias aos entes tributantes ela limita esse poder através das Imunidades. Estas cobrem situações com elevada carga valorativa, uma vez que o constituinte desejou que elas não fossem afetadas pelos tributos. Outras imunidades surgem para assegurar harmonia ao Sistema Tributário Nacional (STN).

No momento em que a Constituição Federal permite que uma pessoa jurídica de direito público venha a instituir um tributo sobre determinada situação ela mesma [CF] cria uma barreira ao exercício da competência tributária. As imunidades podem ser subjetivas, objetivas ou mistas, conforme estejam relacionadas às pessoas, coisas, ou ambas.

Tendo em vista o Princípio da Igualdade, deve-se encontrar um fundamento para a exceção criada pelo constituinte, já que a regra é que todos devem contribuir com as despesas comuns. A imunidade não pode ser um favor, visto que se justifica nas finalidades constitucionais.

As imunidades também concretizam o Princípio da Capacidade Contributiva, sua falta, em algumas situações, justifica a aplicação da imunidade. De modo que se o tributo é instrumento de captação de capacidade contributiva, sua falta ocasiona impossibilidade de imposição, esse princípio está expresso no art. 145, § 1º da Constituição Federal.

A capacidade contributiva corresponde à capacidade econômica do contribuinte e tem por finalidade atingir a justiça fiscal, de modo que preserva a eficácia da lei de incidência e busca evitar uma tributação excessiva que venha a comprometer a subsistência do contribuinte (ARAÚJO, 2017).

As entidades imunes possuem gastos com suas finalidades essenciais, diferenciando-se de empresas que atuam no mercado com fins lucrativos, nesses casos a imunidade torna viável sua atuação. O texto constitucional confere imunidade às organizações sem fins lucrativos, vedando os entes federativos de instituírem impostos sobre templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, fundações, entidades sindicais dos

trabalhadores, instituições de educação e de assistência social, atendidos os requisitos da lei, conforme preconiza o art. 150, VI, “b” e “c”.

A imunidade de contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social está prevista no art. 195, §7º do texto constitucional e, para a sua concessão, devem ser respeitados requisitos estabelecidos em lei infraconstitucional.

Embora não tenham que pagar impostos nem contribuições (obrigação tributária principal), essas entidades possuem o dever instrumental de prestar informações ao Fisco, de modo a colaborar com a administração e fiscalização tributária (obrigação tributária acessória), e sua inobservância acarretará penalidades pecuniárias conforme prevê o Código Tributário Nacional (CTN).

Escobar (2015, p.48) afirma que a doutrina tradicional defendia que as imunidades só se aplicavam aos impostos, mas a expressão “Imunidade Tributária” se estende aos impostos, taxas e contribuições. Para Paulo de Barros Carvalho (2014), as imunidades transcendem os impostos e alcançam taxas e contribuições, conforme se verifica através do texto constitucional, por exemplo, em seus arts. 5º, XXXIV, e 195, § 7º.

Outro ponto que merece destaque é se os impostos compreendidos na imunidade do art. 150, VI, “c”, devem ser compreendidos de forma restritiva ou de forma sistemática. A análise sistemática é amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ele admite que, se um tributo incide sobre determinada mercadoria e posteriormente ela integra o patrimônio de ente imune, a mercadoria deve ser considerada como imune – o entendimento esposado no Recurso Extraordinário (RE) 203.755-9/ES (DJ 08/11/96), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, foi utilizado na jurisprudência do RE 89.173/SP.

A imunidade não contempla apenas os impostos que incidem diretamente sobre o patrimônio, rendas e serviços das entidades do Terceiro Setor, mas também os impostos que incidam sobre seus bens, posto que eles formarão o patrimônio das instituições, devendo essas demonstrar apenas que são utilizados nas finalidades essenciais.

Quanto à imunidade referente às contribuições sociais, prevista no art. 195, § 7º da CF, deve-se atentar que o texto constitucional usa o termo *isenção*, mas se trata na verdade de imunidade e, em decisão do STF em 1995, no RMS nº 22.192/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi elidida qualquer discussão. Escobar (2015) entende que as entidades beneficentes educacionais também são abrangidas por essa imunidade.

Para fazer jus à concessão das imunidades, as entidades devem respeitar os requisitos trazidos pela lei, no caso o Código Tributário Nacional (CTN) – lei ordinária recepcionada pela Constituição com *status* de lei complementar –, art. 14, I a III. Esse entendimento não é pacífico, uma vez que os arts. 150, VI, “c”, e 195, § 7º, condicionam o gozo da imunidade ao preenchimento de requisitos estabelecidos em lei, mas não houve uma especificação se tais requisitos deveriam ser estabelecidos por lei ordinária ou complementar.

Ao julgar a ADI 1.802/DF (julgamento 1998; publicação 2006), o STF asseverou que resta a lei ordinária dispor apenas sobre a fixação de normas sobre a constituição e funcionamento das entidades assistenciais e educacionais, sendo que o alcance da imunidade só pode ser determinado por lei complementar. Em que pese o debate ainda continuar, por todo exposto é sensato corroborar com esse entendimento, inclusive em consonância com o que determina o art. 146, II, da CF – que determina que a regulamentação das chamadas limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado, como é o caso das imunidades, deve se dar por meio de lei complementar.

Para Paulo de Barros (2014), as isenções são um forte instrumento de extrafiscalidade, ele enuncia as teorias que possuem um maior índice de aceitabilidade: a clássica, na qual “a isenção é um favor legal consubstanciado na dispensa do pagamento do tributo devido”, que teve como patrono Rubens Gomes de Sousa (coautor do anteprojeto do CTN); a de Augusto Becker, que afirma que o conceito isentante tem por finalidade negar a existência da relação jurídico-tributária; outra teoria científica de destaque é a de Sainz de Bujanda e Salvatore La Rosa, que enxerga a isenção como *fato impeditivo*, que possui a virtude de impedir que certas situações fossem

alcançadas pelo impacto da norma tributária.

A isenção faz parte dos privilégios não odiosos, justificados por motivos de justiça e legítimos no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto os privilégios odiosos ofendem a igualdade e os direitos fundamentais e são expressamente proibidos pela Constituição Federal – art. 150, II (TORRES, 2013).

A isenção é a dispensa legal de pagamento de tributo e está detalhada nos arts. 176 a 179 do CTN. O art. 175 do CTN inclui a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário. Há o surgimento do crédito, mas seu pagamento é dispensado, em virtude do benefício fiscal que, por lei, dispensa o contribuinte do dever de pagar o tributo.

A isenção não se confunde com imunidade, alíquota o e não incidência. A imunidade, discutida anteriormente, está prevista no plano constitucional; a alíquota o equivale ao estabelecimento de alíquota nula e, embora o tributo seja instituído e tenha ocorrido o fato gerador, o valor apurado será igual à zero, em virtude de uma manipulação de um dos elementos do aspecto quantitativo da hipótese de incidência; já a não incidência ocorre quando uma situação não está prevista na norma de incidência tributária como geradora de obrigação tributária. Em concordância com os arts. 150, § 6º da CF e 176 do CTN, a isenção deve estar prevista em lei específica que defina suas condições, requisitos e abrangência (PAULSEN, 2014).

Para Torres (2013), a classificação das isenções que está em conformidade com o CTN é a que as divide em gratuitas, onerosas, subjetivas e objetivas. O art. 177 do CTN afirma que, salvo disposição de lei em contrário, a isenção não se aplica às taxas e às contribuições de melhoria [*por serem tributos contraprestacionais, seus fatos geradores estão ligados a uma atividade estatal relacionada ao contribuinte*] nem aos tributos que venham a ser instituídos posteriormente à sua concessão: “Salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva: I - às taxas e às contribuições de melhoria; II - aos tributos instituídos posteriormente à sua concessão”.

O art. 178 do CTN trata das restrições à revogação das isenções onerosas: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada

por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”. Depreende-se da sua leitura que é regra a possibilidade de revogação ou modificação, a qualquer tempo, da isenção não onerosa, e a exceção a essa revogabilidade é a isenção onerosa que é concedida por prazo certo e sob certas condições [*requisitos com caráter cumulativo*].

Normalmente a isenção atua num sistema de *par de normas*, onde uma é regra, e outra é exceção. A imunidade e a isenção são distintas conforme o plano de atuação. Enquanto a imunidade atua no plano da *competência*, a isenção atua no plano da *incidência*, e as hipóteses excepcionadas não fazem parte do rol de situações sobre o qual incide o tributo. Essas diferenças decorrem da técnica legislativa utilizada: se o ordenamento jurídico determina que a situação é não tributável, no texto constitucional, tem-se a *Imunidade Tributária*; se uma lei exclui determinada situação, subtraindo-a da regra de incidência estabelecida, tem-se a *Isenção*; se a lei não faz referência a determinado fato, ele está no campo da *não incidência pura e simples* (AMARO, 2014).

As entidades isentas possuem o dever instrumental de prestar informações ao Fisco, colaborando com a administração e fiscalização tributárias, e sua inobservância acarretará penalidades pecuniárias consoante o Código Tributário Nacional (art. 113). Paulo de Barros Carvalho (2014) apresenta um exemplo bem didático: o industrial deve extrair a nota fiscal de saída – dever instrumental -, embora as redes de dormir estejam isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Torres (2013) afirma que a isenção tributária está subordinada a princípios constitucionais, alguns explícitos, outros trazidos pela doutrina e pela jurisprudência. As isenções possuem por fundamento duas ideias centrais: a de justiça, ligada ao princípio da capacidade contributiva – a isenção deve ser concedida aos que não possuem capacidade econômica para arcar com o ônus do tributo; e a de segurança jurídica, vinculada ao princípio da legalidade.

O Poder Público mediante legislação concede isenções tributárias às organizações do Terceiro Setor. A legislação principal que trata e regulamenta a isenção tributária das Entidades Beneficentes

de Assistência Social é a Lei nº 12.101/09 e os Decretos nº 8.242/14 e nº 7.300/10. Preenchidos os requisitos estabelecidos, a isenção deverá ser requerida em cada um dos órgãos fazendários (CRCRS, 2016).

De acordo com a atuação desempenhada pela entidade do Terceiro Setor (saúde, educação e/ou assistência social), ela pode obter isenção para determinada contribuição. As contribuições sociais que são passíveis de isenção estão previstas nos arts. 22 [*a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social*] e 23 [*as contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro*] da lei 8.212/91. As entidades sem fins lucrativos também estão isentas da COFINS, da mesma forma os valores incidentes sobre as receitas próprias de suas atividades-fim, contribuições, donativos e anuidades recebidas para a manutenção da entidade.

O CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social) é o certificado concedido pelo Governo Federal às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social que prestem serviços nas áreas de educação, assistência social ou saúde.

Para obter a certificação de beneficente de assistência social as entidades devem, dentre outros requisitos: ter universalidade de serviços, estar regularmente constituída e constar em seus estatutos que no caso de dissolução ou extinção, o patrimônio remanescente será destinado para entidades sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas. Para a concessão da *isenção de contribuições para a seguridade social* devem ser preenchidos os requisitos para obtenção do CEBAS e os requisitos do art. 29 da lei nº 12.101/09.

Com o julgamento em 23/02/2017 do Tema de Repercussão Geral 32 [*Reserva de lei complementar para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social*], foi fixada a tese de que *os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar, por força do artigo 146, II, da Constituição*. Assim, somente lei complementar pode prever exigências para que entidades beneficentes de assistência social gozem da imunidade tributária em relação às contribuições sociais.

Embora a norma considerada inconstitucional (art. 55 da Lei

8.212/91) tenha sido revogada pela Lei nº 12.101/09, entende-se que a tese fixada pelo STF também possui o condão de afastar as exigências constantes nesta lei ordinária, para fins de imunidade.

Partindo desse entendimento, devem ser consideradas inconstitucionais as exigências previstas em leis ordinárias, de modo que, enquanto não for editada lei complementar específica para a imunidade das contribuições sociais, prevista no artigo 195, § 7º, CF, os requisitos que devem ser atendidos são apenas os constantes no artigo 14 do CTN (Lei 5.172/66) para a fruição da imunidade (ARAÚJO, 2017).

CTN - Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos (BRASIL, 2019).

Desta feita, à luz do citado art. 14 do CTN, legislação então recepcionada como Lei Complementar por força do art. 146 da CF/88, para que a referida imunidade tributária se verifique em prol das entidades de assistência social sem fins lucrativos, basta que estas

(i) não distribuam a qualquer título seu patrimônio ou rendas; (ii) apliquem os seus recursos integralmente no país e (iii) mantenham a escrituração contábil em dia.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO TERCEIRO SETOR

Segundo Paulsen (2017, p.210), “Planejamento Tributário é o estabelecimento de estratégias para a realização de atos e negócios ou mesmo de toda uma atividade profissional ou empresarial com vista ao menor pagamento de tributos.”. Compreender os limites do Planejamento Tributário exige a ponderação entre o exercício da atividade econômica com a capacidade contributiva e a solidariedade social.

Deve-se levar em consideração o dever fundamental de pagar tributos e os princípios aplicados no Direito Tributário, respeitando a segurança jurídica, a capacidade contributiva e a isonomia. Sobre a evolução da análise do planejamento fiscal, Greco (2011, p.319-320 *apud* PAULSEN, 2017, p.210-211) orienta que:

Na primeira fase, predomina a liberdade do contribuinte de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, salvo simulação; na segunda fase, ainda predomina a liberdade de agir antes do fato gerador e mediante atos lícitos, porém nela o planejamento é contaminado não apenas pela simulação, mas também pelas outras patologias do negócio jurídico, como o abuso de direito e a fraude à lei. Na terceira fase, acrescenta-se um outro ingrediente que é o princípio da capacidade contributiva que - por ser um princípio constitucional tributário - acaba por eliminar o domínio da liberdade, para temperá-la com a solidariedade social inerente à capacidade contributiva. Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padecem de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos os seus aspectos (licitude, validade) nem assim o contribuinte pode

agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva. A capacidade contributiva assume tal relevância por ser princípio constitucional consagrado no § 1º do art. 145 da CF/88, constatação a partir da qual nasce a importante discussão quanto à sua eficácia jurídica e à identificação dos seus destinatários. Como princípio constitucional, consagra uma diretriz positiva a ser seguida, um valor - tal como os demais previstos na CF/88 - perseguido pelo ordenamento e do qual as normas e regras são instrumentos operacionais de aplicação. [...] Daí o debate sobre planejamento tributário dever, ao mesmo tempo, considerar e conjugar tanto o valor liberdade quanto o valor solidariedade social que dá suporte à capacidade contributiva [...] (PAULSEN, 2017).

Partindo para o âmbito do Terceiro Setor, o Planejamento Tributário deve ser posto em prática na funcionalidade das entidades sociais para ofertar maior visibilidade sobre as operações dessa natureza, criar mecanismos de identificação de oportunidades e ameaças, antecipando a entidade acerca de prováveis problemas fiscais que possam ocasionar vulnerações (BIASIOLI, 2010).

O planejamento é essencial como diferencial competitivo, uma vez que eleva o nível de excelência da entidade, considerando sua habilidade em lidar com ferramentas de gestão. Para a elaboração de um planejamento que se adeque com as finalidades sociais da entidade, é necessário avaliar todo o contexto no qual a entidade está inserida - ambiente interno e externo (BIASIOLI, 2010).

Para Paes (2018, p.529), “por meio do planejamento, a instituição estabelece quais as providências que serão tomadas pelo administrador, quando o futuro tende a ser diferente do passado”.

O processo evolutivo impõe às Organizações da Sociedade Civil (OSC's) o compromisso de adotarem modelos de administração pautados em práticas gerenciais não direcionadas exclusivamente

ao simples desenvolvimento de suas finalidades. Deve-se adotar uma visão moderna, desenvolvida a partir de ideias de sustentabilidade, governança corporativa, *compliance*, divisão de poder, dentre outras. *Compliance* é um termo inglês derivado do verbo *to comply* (obedecer); *compliance* é a atuação de acordo com as regras, respeitando as leis e regulamentos internos e externos (GRAZZIOLI; PAES, 2018).

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade números [2028](#); [2036](#); [2228](#) e [2621](#), que questionavam artigos da [Lei 9.732/98](#) e os dispositivos que modificaram e regulamentaram a [Lei 8.212/91](#) - *Tema de Repercussão Geral* 32. As mudanças questionadas instituíam novas regras para o enquadramento das entidades beneficentes para a concessão da isenção de contribuições previdenciárias.

O questionamento girou em torno da possibilidade de lei ordinária tratar de requisitos definidos em lei complementar quanto à imunidade. Segue a respectiva ementa do julgamento:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONHECIMENTO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, e 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.212/91 (ART. 55). DECRETO 2.536/98 (ARTS. 2º, IV, 3º, VI, §§ 1º e 4º e PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETO 752/93 (ARTS. 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, e 7º, § 4º). ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO. MODO DE ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. TRATAMENTO POR LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS MERAMENTE PROCEDIMENTAIS. REGRAMENTO POR LEI ORDINÁRIA. Nos exatos termos do voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki, ao inaugurar a divergência: 1. “[...] fica evidenciado que (a)

entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.”. 2. “Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.”. 3. Procedência da ação “nos limites postos no voto do Ministro Relator”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da conversão da ação direta de inconstitucionalidade, integralmente procedente (BRASIL, 2017).

O STF entendeu que os requisitos para o gozo de imunidade devem estar previstos em lei complementar. Foi utilizado no julgamento o RE 566.622, interposto pela Entidade Beneficente de Parobé (RS). Os acórdãos das ADI's números 2028 e 2036 foram publicados no DJe de 08/05/2017 - ATA N° 62/2017 (DJe n° 95, divulgado em 05/05/2017) e as ADI's números 2621 e 2228 foram publicadas no DJe de 16/05/2017 - ATA N° 68/2017 (DJe n° 101, divulgado em 15/05/2017).

Do mesmo modo entende o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF:

COFINS. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. § 7º DO ART. 195 CONSTITUIÇÃO DE 1988. REQUISITOS. LEI COMPLEMENTAR. ART. 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. A isenção constitucionalmente qualificada das contribuições sociais para instituições de educação e assistência social está condicionada ao cumprimento das disposições do art. 14 do Código Tributário Nacional, ainda que ausente certificado ou ato declaratório do direito correspondente, em conformidade com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.622, com repercussão geral reconhecida, e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2028, nº 2036, nº 2228 e nº 2621.

PIS. PAGAMENTO COM BASE NA FOLHA DE SALÁRIOS. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. REQUISITOS. LEI COMPLEMENTAR. ART. 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O recolhimento da contribuição para o PIS incidente sobre a folha de salários para instituições de educação e assistência social está condicionado ao cumprimento das disposições do art. 14 do Código Tributário Nacional, ainda que ausente certificado ou ato declaratório do direito correspondente, em conformidade com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.622, com repercussão geral reconhecida, e nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2028, nº 2036, nº 2228 e nº 2621[...] (BRASIL, 2018).

Recentemente, o *Tema de Repercussão Geral* 32 - Reserva de lei complementar para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social - entrou novamente em pauta para julgamento dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 566.622, e a decisão proferida nos referidos Embargos foi a seguinte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu parcialmente os embargos de declaração para, sanando os vícios identificados, i) assentar a constitucionalidade do art. 55, II, da Lei nº 8.212/1991, na redação original e nas redações que lhe foram dadas pelo art. 5º da Lei nº 9.429/1996 e pelo art. 3º da Medida Provisória n. 2.187-13/2001; e ii) a fim de evitar ambiguidades, conferir à tese relativa ao tema n. 32 da repercussão geral a seguinte formulação: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas”, nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, Redatora para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 18.12.2019.

Sobre a renovação do Certificado de Entidade Beneficente, certificação importante para a manutenção das atividades das entidades do Terceiro Setor, merece destaque a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1058049/RS (2008/0104470-5), Relatoria do Ministro Sérgio Kukina:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE. CONCESSÃO POR PRAZO INDETERMINADO. DECRETO-LEI 1.752/77. REQUISITOS LEGAIS SUPERVENIENTES. CUMPRIMENTO. NECESSIDADE. SÚMULA 352/STJ. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. 1. A obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes (Súmula 352/STJ). 2. “Não há direito adquirido a regime jurídico-fiscal, motivo pelo qual as **entidades beneficentes**, para a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e consequente fruição da imunidade concernente à contribuição previdenciária patronal (art. 195, § 7º, da CF), devem preencher as condições estabelecidas pela legislação superveniente (no caso, a Lei 8.212/91, art. 55).” (REsp 982.620/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18/11/2010) 2. “O art. 1º, § 1º do Decreto-lei 1.752/1977 não afasta a obrigação de a entidade se adequar a novos regimes jurídicos pertinentes ao reconhecimento dos requisitos que levam à proteção pela imunidade tributária (BRASIL, 2012).

Os Ministros da Primeira Turma do STJ, por unanimidade, negaram provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Ministro Relator. A agravante apresentou a tese de que o certificado de filantropia tem vigência por prazo indeterminado, sem a necessidade de renovação periódica, “bastando que continue a atender os requisitos vigentes à época de sua concessão”. Na decisão, foi acordado que a obtenção ou a renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) não exige a entidade do cumprimento dos requisitos legais supervenientes (Súmula 352/STJ), as entidades beneficentes devem preencher as condições estabelecidas pela legislação superveniente e se adequar a novos

regimes jurídicos pertinentes ao reconhecimento dos requisitos que levam à proteção pela imunidade tributária.

A seguir, mais uma decisão recente sobre o tema:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 195, § 7º DA CF/88. RECONHECIMENTO COMO UTILIDADE PÚBLICA FEDERAL. CEBAS POR PRAZO INDETERMINADO. IMPOSSIBILIDADE. RE 566.622. EXIGENCIA APENAS DOS REQUISITOS DO ART. 14 CTN. CUMPRIDOS (9) 1. O Decreto-Lei nº 1.572/77 assegurou a isenção da contribuição previdenciária patronal às entidades filantrópicas reconhecidas como de utilidade pública federal até a data da sua publicação (art. 1º, § 1º). 2. Na hipótese, a apelante foi reconhecida como entidade filantrópica antes da publicação do Decreto - Lei nº 1.572/77 (fl. 55/58), bem como, declarada como utilidade pública federal desde 1918 (fls. 112/120), acostando nos autos certificado com validade até 30 de abril de 2006. Entretanto, é assente a jurisprudência no sentido em que não há direito adquirido a regime jurídico-fiscal (AgRg no REsp 1058049/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015). 3. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 566.622/RS, pela sistemática da repercussão geral, firmou a tese de que “os requisitos para o gozo de imunidade têm de estar previstos em lei complementar”. 4. Tendo em vista que não há no ordenamento jurídico lei complementar especificamente editada para regulamentar a imunidade tributária do art. 195, § 7º, da CF, apenas os requisitos previstos no art. 14 do Código Tributário Nacional podem ser exigidos da entidade beneficente. 5. Verifica-se conforme

documentos fls. 55/58, 112/120 e 550 que a autora preenche os requisitos previstos no referido artigo, portanto, reconhecer sua imunidade é medida que se impõe. 6. Honorários nos termos do voto. 7. Apelação parcialmente provida. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação (BRASIL, 2018).

No âmbito administrativo, o CARF entende que para o Planejamento Tributário ser considerado legítimo deve haver propósito negocial, dado que o legislador tributário não desconsidera o fato de o contribuinte buscar uma maneira menos onerosa de conduzir seus negócios, desde que o faça licitamente.

[...] PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO - CRITÉRIOS. O que determina a incidência ou não de tributo para caracterização de planejamento tributário legítimo é a função a que se destina a operação dentro do empreendimento econômico (causa objetiva - propósito negocial), não bastando a existência do conteúdo formal do negócio jurídico, consubstanciado na declaração de vontade. As operações estruturadas em sequência, realizadas em curto prazo, constituem simulação relativa, cujo ato verdadeiro dissimulado foi a alienação das ações, que teve como único propósito evitar a incidência de ganho de capital [...] (BRASIL, 2013).

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. O planejamento tributário consiste na prática de condutas lícitas, permitidas pelo direito, adotadas pelo contribuinte, e que tem como efeito a redução ou não pagamento do tributo que, caso não tivesse havido o planejamento, seria devido. Nesse sentido, o planejamento tributário é, antes de tudo e nada mais além do que um planejamento. Trata-se de

um pensar com antecedência, um se organizar, um planejar, tendo em mente que, para se alcançar determinado resultado negocial, existe uma alternativa ou um outro negócio jurídico lícito que, se realizado, levará à redução ou não pagamento de tributo. Neste sentido, quando se está diante de um planejamento tributário, pressupõe-se a existência de um negócio normal (não planejado) que enseja uma determinada carga de tributação, e um negócio jurídico alternativo (planejado), que tem por efeito a redução ou não pagamento de tributos pelo contribuinte. Constatada a ilicitude do negócio jurídico planejado, ou a falta de realidade e verdade na sua execução, é necessário recompor qual teria sido o fato jurídico tributário, de forma a se atribuir esses efeitos, do negócio jurídico próprio, ao fato tributário. PROPÓSITO NEGOCIAL. A existência de propósito negocial não é, por si só, suficiente para validar o negócio praticado como elisão fiscal, mormente quando divergentes a realidade extraída a partir dos elementos factuais do negócio e a forma utilizada para registra-lo.[...] (BRASIL, 2013).

RETENÇÃO INDEVIDA. RESTITUIÇÃO. Os valores de retenção indevida podem ser restituídos ou compensados com outros tributos, caso reste saldo indevido no respectivo período de apuração. CONCEITOS DE ATIVIDADES PRÓPRIAS DO ART. 14, X DA MP 2.158/35-2001. As atividades próprias são aquelas do objeto social da entidade, as atividades finalísticas para as quais foi criada. Aplicação vinculante do Resp 1.353.111/RS. IMUNIDADE. ISENÇÃO. EXIGÊNCIA DE CEBAS. A exigência de CEBAS somente pode se dar quanto aos aspectos formais de constituição e funcionamento das

entidades, sem adentrar no mérito da assistência social, porquanto o conceito de assistência social somente pode ser dado em lei complementar, e não em lei ordinária, como a Lei 8.212/91. Aplicação vinculante da decisão no ADI 2028. Recurso Voluntário Provido em Parte (BRASIL, 2019).

As decisões do CARF, ao apreciarem a legalidade do planejamento tributário consideram o contexto das operações realizadas pelo contribuinte, o modo como essas operações podem ser avaliadas por outros ramos do conhecimento, e procura também interpretar a lei de modo a concretizar os princípios dispostos na Constituição Federal de 1988.

Compreender como se encontram os entendimentos jurisprudenciais e administrativos, relativos aos comportamentos tributários permitidos para o Terceiro Setor é importante para a realização de um planejamento seguro.

Como visto, o Planejamento Tributário é uma ação preventiva, com o objetivo de atingir a economia de tributos. Através dele pode-se optar entre várias alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico no que diz respeito a distintas hipóteses de incidência tributária.

Para realizar um planejamento tributário de sucesso deve ser feito um estudo prévio que analise os seguintes aspectos: (i) a interpretação da lei quanto às hipóteses de incidência; (ii) a adequação do fato gerador à hipótese de incidência; e (iii) a defesa prévia e os riscos envolvidos quanto ao montante em relação ao qual se pretende realizar a economia, especialmente a partir da capacidade contributiva da entidade. O planejamento busca corrigir erros de interpretação das obrigações tributárias, evitar contingências fiscais e pagamento indevido de tributos e busca e implantar meios lícitos de economia tributária (ORSINI, 2016).

Assim, no âmbito do Terceiro Setor, segundo os entendimentos legais, doutrinários, jurisprudenciais e administrativos levantados, práticas relevantes que envolvem a preocupação com Planejamento Tributário são, por exemplo: a busca do reconhecimento perante

as autoridades administrativas das imunidades tributárias para as instituições de educação e de assistência social elencadas nos arts. 150, VI e 195, § 7º da CF e o pagamento de impostos e algumas contribuições previdenciárias, sendo relevante em primeiro plano, para tanto, o cumprimento das disposições do art. 14 do CTN, a saber: (i) não distribuam a qualquer título seu patrimônio rendas; (ii) apliquem os seus recursos integralmente no país e (iii) mantenham a escrituração contábil em dia, ainda que ausente certificado ou ato declaratório do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico pátrio consagra, no art. 150, VI, “b” e “c”, da Constituição Federal, a imunidade relativa aos impostos das organizações sem fins lucrativos, vedando os entes federativos de instituírem impostos sobre templos de qualquer culto, patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos e de suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação e de assistência social. Enquanto o art. 195, § 7º, da Constituição estabelece a imunidade das contribuições sociais para as entidades beneficentes de assistência social, desde que atendidos os requisitos estabelecidos em lei.

Embora essas entidades não tenham que pagar impostos nem as referidas contribuições, elas possuem o dever instrumental de prestar informações ao Fisco, de modo a colaborar com a administração e fiscalização tributárias (obrigação tributária acessória), e sua inobservância acarretará penalidades pecuniárias, nos termos do Código Tributário Nacional.

As instituições podem ser caracterizadas por qualquer organização que possua cunho permanente, sem fins lucrativos, que tenha objetivos e finalidades sociais, podendo estar organizadas juridicamente, sob qualquer forma permitida em lei, desde que se dedique às finalidades educacionais ou sociais para que foram instituídas.

A presença dessas entidades que compõem o Terceiro Setor é de fundamental importância para um melhor desempenho das políticas públicas do modelo de Estado atual, que visa construir uma sociedade livre e com as desigualdades sociais reduzidas, tendo em

vista que o Estado é ineficiente em prover sozinho as demandas da sociedade.

Diferente das imunidades, as isenções figuram no âmbito das leis infraconstitucionais, e podem ser alteradas a qualquer momento, constituindo espécie de exclusão do crédito tributário. As imunidades devem ser, pois, reguladas por meio de lei complementar, em consonância com o art. 146, II da Constituição Federal.

Desta feita, entende-se que, para a fruição das imunidades tributárias, tanto dos impostos quanto das contribuições sociais, estipuladas nos arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º da CF, faz-se necessário, tão somente, a comprovação dos requisitos trazidos pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, assim entendido este como a LC capaz de regulamentar, à luz do já mencionado art. 146, II da CF, as imunidades tributárias.

Em relação ao Tema de Repercussão Geral nº 32 - Reserva de lei complementar para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.

A se considerar a importância do Terceiro Setor e a repercussão tributária significativa em relação a entidades que o compõem, tem-se que o planejamento é indispensável para a área da gestão e para a administração, uma vez que trata da organização e da estruturação de objetivos auxiliando na tomada de decisões e na execução das tarefas.

O Planejamento Tributário voltado para o Terceiro Setor deve ser desenvolvido para ofertar maior visibilidade sobre as operações das entidades, criando mecanismos que identifiquem os melhores caminhos para evitar futuros problemas fiscais que possam trazer vulnerabilidades. O planejamento leva em conta a habilidade da entidade em lidar com ferramentas de gestão e eleva o nível de excelência.

Quem realiza o planejamento tributário tem por finalidade:

evitar a incidência do fato gerador do tributo; reduzir o montante do tributo, sua alíquota ou reduzir a base de cálculo do tributo; e, retardar o pagamento do tributo, postergando o seu pagamento, sem a ocorrência da multa. Tudo isso se reporta à constante necessidade que as entidades possuem de estudar as opções tributárias oferecidas pela legislação, que permitam utilizar ações que propiciem a redução de ônus tributário.

No âmbito do Terceiro Setor, que, como exposto, está abarcado pela impossibilidade constitucional de incidência de impostos e algumas contribuições (arts. 150, VI e 195, § 7º da CF) - imunidades tributárias; assim como são entidades sujeitas a algumas isenções fiscais, a realização do correto planejamento tributário passa, sobretudo, pelo fato de que as autoridades administrativas devem estar devidamente convencidas de que tais entes têm, material e formalmente, direito a tais benefícios fiscais. Contudo, em muitas situações e especificamente para fins tributários, as entidades do Terceiro Setor devem, em primeiro lugar, comprovar que atendem os requisitos legais pertinentes, ou mesmo necessários para tanto, como, por exemplo, os citados e suficientes requisitos descritos no art. 14 do CTN, a saber: (i) não distribuam a qualquer título seu patrimônio rendas; (ii) apliquem os seus recursos integralmente no país e (iii) mantenham a escrituração contábil em dia.

Outrossim, não se submeter a exigências outras para o gozo da proteção constitucional da imunidade tributária, depende de uma correta adequação da entidade aos requisitos legais específicos e de uma correta preparação do setor jurídico-contábil de tais entidades para enfrentar eventuais embates neste ponto.

Sob outros aspectos, entende-se que o Planejamento Tributário do Terceiro Setor, envolve a correta orientação para que as entidades preencham os requisitos para a concessão do CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - certificado concedido pelo Governo Federal às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social que prestem serviços nas áreas de educação, assistência social ou saúde.

Para obter a certificação de beneficente de assistência social as

entidades devem atender ao disposto na Lei nº 12.101/09, e suas alterações, e aos critérios definidos pelo Decreto nº 8.242/14 e demais legislações referentes ao tema da certificação; dentre outros requisitos é essencial: ter universalidade de serviços, estar regularmente constituída e constar em seus estatutos que, no caso de dissolução ou extinção, o patrimônio remanescente será destinado para entidades sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas. De se destacar que, segundo a jurisprudência apresentada, o certificado em questão não tem crucial interferência para efeito de reconhecimento das citadas imunidades tributárias, ainda que seja relevante para outros efeitos da lei.

Assim, é necessário um setor jurídico-contábil competente e qualificado que realize da maneira mais eficiente possível o Planejamento Tributário para as entidades, com o intuito de fazê-las usufruir o tratamento tributário diferenciado - imunidades e isenções - assim como desejou o legislador constitucional, dada a importância do Terceiro Setor para o Estado e para a sociedade.

Ademais, o Planejamento Tributário no Terceiro Setor pode evitar a incidência do fato gerador de outros tributos - que não estão compreendidos pelas imunidades ou isenções; reduzir o montante do tributo, a sua alíquota ou a base de cálculo; e, postergar o pagamento do tributo sem a incidência de multa.

Tudo isso ratifica a ideia de que as entidades devem ter uma equipe capacitada para realizar o Planejamento Tributário de modo a estudar as opções tributárias oferecidas pela legislação, e oferecer os melhores caminhos para a redução de ônus tributário e para o correto cumprimento das obrigações tributárias acessórias.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARAÚJO, Luzia Manuela de. **A tributação no terceiro setor**. 2017, 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Campina Grande - FAC - CG, União de Ensino Superior de Campina Grande - UNESC, Campina Grande-PB, 2017.

BIASIOLI, Marcos. Planejamento legal tributário das entidades sociais. **Revista Filantropia**. 46.ed. Mai./Jun. 2010.

CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro Setor**: gestão e controle social. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL - CRCRS. **Terceiro setor**: guia de orientação para o profissional da contabilidade. Porto Alegre: CRCRS, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. **Jurisprudência/Acórdãos**. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 29 maio 2019.

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. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009**. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 1058049/RS (2008/0104470-5)**. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe 24/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801044705&dt_publicacao=18/08/2015. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de**

inconstitucionalidade - ADI-MC 1802 MC/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 13/02/2004. Disponível em: <http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:1998-08=27-1802;3702916-&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DADI-MC%281802%2520. NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exec>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 2028/DF.** Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJe 08/05/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2028%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2028%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bjsq24y>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 2036 MC/DF.** Relator Ministro Moreira Alves. DJe 08/05/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2036%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2036%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkh6k2v>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 2228/DF.** Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJe 08/05/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2228%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2228%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cttd4jh>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 2621/DF.** Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJe 08/05/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/>

portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2621%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2621%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ccjkpfk. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em mandado de segurança - RMS 22192/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 19/12/1996. Disponível em: <http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.1:acordao;rms:1995-11-28;22192-1608853&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DRMS%2822192%2520.NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exec>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Recurso Extraordinário - RE 566622/RS**. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 23/08/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+566622%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+566622%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b28bdxu>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 203.755-9/ES**. Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 08/11/1996. Disponível em: <http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1996-09-17;203755-1647163&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DRE%28203755%2520.NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exe>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 89.173/SP**. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 28/12/1978. Disponível em: <http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1978-10-31;89173-&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus>.

br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DRE%2889173%2520.NUME.%29%26base%3DbaseAcordados&exec. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral 32**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565291&numeroProcesso=566622&classeProcesso=RE&numeroTema=32>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível-AC 0034870-18.2005.4.01.3400**. Desembargadora Federal Ângela Catão, Sétima Turma, e-DJF1 15/06/2018. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em: 29 fev. 2020.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **Incidência tributária no terceiro setor**: a ótica do STF. 1.ed. Curitiba: Appris, 2015.

GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. **Compliance no terceiro setor**. Controle e Integridade nas Organizações da Sociedade Civil. São Paulo: Editora Elevação, 2018.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORSINI, Caio Saab. A Significância do Planejamento Tributário para a Estrutura de Custos de uma Organização. XXIII CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS; 2016; Porto de Galinhas. **Anais eletrônicos...** Porto de Galinhas: 2016. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:i2gkC_j3eHgJ:https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/download/4155/4156+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 29 maio 2019.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos,

contábeis, trabalhistas e tributários. 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (livro digital - epub)

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAPÍTULO 11

ANÁLISE HERMENÊUTICA *JUSLITERÁRIA* SOBRE O CONTROLE ESTATAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA OBRA *ADMIRÁVEL MUNDO NOVO* DE ALDOUS HUXLEY

*Fernanda de Melo Costa*⁷⁹

*Ediliane Lopes Leite de Figueiredo*⁸⁰

RESUMO

Esse artigo apresenta uma análise hermenêutica *jusliterária* de como o controle estatal das liberdades civis constituem uma afronta ao princípio da dignidade humana, a partir das lentes distópicas de Aldous Huxley, na obra, “Admirável Mundo Novo”. O trabalho tem por objetivo tecer uma crítica ao Estado totalitário e ao

79 Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNIFACISA. E-mail: fernandamelocosta@gmail.com

80 Graduada em Letras e em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Mestre e Doutora em Literatura e Interculturalidade pelo Programa de Pós-graduação em Literatura e Interculturalidade (PPGLI - UEPB), na área de concentração Literatura e Estudos Culturais. Pesquisadora dos estudos *jusliterários* - Coordenadora da linha de pesquisa Estudos Culturais Direito e Literatura do GESPI – Grupo de Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual. Professora do Centro Universitário UNIFACISA. E-mail: edilianefigueiredo@gmail.com

desrespeito às liberdades individuais a partir do “novo mundo” de Huxley. Trata-se de um estudo de natureza qualitativa, em que se fez uso de pesquisa bibliográfica, fundamentada no método de abordagem dedutivo, utilizando-se também dos métodos procedimentais histórico e analítico. Quanto aos resultados, ressalta-se a relevância da inter-relação da ciência jurídica com a literatura, assim como a importância de análises literárias para o enriquecimento das discussões jurídicas no ambiente acadêmico, bem como a contribuição do trabalho para a divulgação dos estudos *jusliterários*, como procedimento metodológico para a compreensão de questões jurídicas tão essenciais ao corpo social. Nas considerações finais, reiteram-se alguns pontos abordados e, ainda, evidenciam-se os benefícios de estudar a construção dos direitos humanos e as liberdades individuais, a partir da perspectiva do direito na literatura, como mais uma possibilidade de compreensão crítica de conceitos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Literatura; *Admirável Mundo Novo*; Dignidade Humana.

ABSTRACT

This article presents an hermeneutic analysis in the area of jusliterature on the state control of individual freedoms as violation of the principle of human dignity, from the Aldous Huxley's dystopic view in his work, *Brave New World*. This work aims criticize the totalitarian state and disregard for individual freedoms from the “new world” of Huxley. This study, which is a qualitative research, made use of bibliographic research, which was based on the deductive approach's method, furthermore, concerning procedure's methods, historical and analytical methods have been used. In concern of the results, it stands out the importance of the relation between Law and literature, as well as the importance of having literary analysis for the enrichment of the discussions in the academic environment, and also the contribution of this work to divulgation of the the studies in the jusliterary area, and in addition to this, as an methodological procedure to the understanding

of legal issues so important to the social body. In final considerations, reiterates some aspects approached and also evidenced the benefits of studying the construction of human rights and individual freedoms from the perspective of law in literature as another possibility of critical comprehension of juridical concepts.

KEYWORDS: Law; Literature; *Brave New World*; Human Dignity.

INTRODUÇÃO

O Direito é construção social e, portanto, necessita de ser encarado não como verdade absoluta, fechada em si mesma, mas como um processo que acompanha toda a história da humanidade, visto ser resultado do caminhar histórico do homem. Importa também destacar que a ciência jurídica, como motor das mudanças sociais, também pode transformar a história da qual é fruto.

Dessa forma, é utopia tentar estudá-lo e interpretá-lo com os olhos fitos somente nas suas letras frias, posto que essa ciência vai além dos seus próprios dogmas e só pode ser compreendida e aplicada adequadamente quando não restrita a si mesma. Para tanto, a literatura é uma das mais eficazes ferramentas para tecer críticas ao Direito.

Sob essa perspectiva, Abreu (2010) assevera que o universo literário coopera para

compreender os homens (princípio e fim do direito), os interesses, valores, contradições, conflitos que legitimam ou reivindicam certo direito; [...] compreender como compreendem e sentem os homens o direito com que vivem; [...] para, sem a sensaboria tecnicista da argumentação jurídica, revelar o que importa revelar (ABREU, 2010, p.134).

Atualmente, dentre os diversos campos de estudos jurídicos, a literatura apresenta-se como uma narrativa alternativa para problematizar o Direito. Assim como o Direito, ela também reproduz os aspectos socioculturais de uma sociedade, em uma determinada

época. Nesse diapasão, afirmam Trindade e Gubert (2008, p.11, grifo do autor): “Repensar o direito, neste início de século, é o desafio que se impõe aos juristas. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, o estudo do *direito e literatura* adquire especial relevância”.

Em contraponto ao que muitos ainda insistem em defender, o jurista não deve analisar os contextos sociais a partir das normas postas, mas compreender e aplicar essas normas com vistas no bem-estar social, fazendo das letras da lei, mortas em si, vivas pelo poder de uma interpretação de quem não se esquece de que a lei é feita sobre e para homens e mulheres, não com fim nela mesma.

Nessa perspectiva, a literatura pode trazer uma importante contribuição para compreender o Direito, uma vez que vai além dos dogmas firmados pelo mundo jurídico e pode mostrar, com maior clareza, as consequências que este sofre de acordo com as mudanças sociais. Nesse sentido, explicita Trindade e Gubert (2008):

[...] a literatura exsurge como um veículo de criatividade no direito, na medida em que possibilita alargar os horizontes referenciais dos juristas, permitindo-lhes construir soluções a que não chegariam caso se mantivessem nos limites do direito posto (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.16).

O Direito e a literatura são reflexos dos aspectos sociais e históricos de determinados costumes, época e povo, e possuem a capacidade de revelar os fatos e valores que regem uma sociedade. Também são mecanismos de transmutação social, uma vez que não estão restritos a demonstrar o universo que lhes é motivo de existência, mas também são capazes de ensinar mudanças nesse universo.

É nesse sentido que ao discorrer acerca da essência do Direito, Reale (2009) também perpassa na essência da literatura ao afirmar que determinados “campos do saber”, diferentes daqueles que estudam o mundo natural, surgem do esforço diligentemente aplicado pelo ser humano de se entender e compreender as consequências

de sua existência – nomeado de mundo cultural.

A ciência jurídica é entendida na contemporaneidade como um estudo que vai além de um conjunto de leis e sua aplicação. A tipificação de regramentos sociais possui a mesma importância que os fatos responsáveis por construir essas normas e os valores que norteiam a operação do Direito não são mais considerados desimportantes.

Desse modo, fato, norma e valor se interligam formando o que Reale (2009) chama de “estrutura tridimensional” do Direito, na qual os três elementos atuam uns sobre os outros, resultando uns aos outros, de maneira a ensejar transformações sociais ou refleti-las.

É possível enxergar, assim, as similaridades do mundo jurídico com o literário, uma vez que nesse último, fato e valor sociais são instrumentos nas mãos de homens e mulheres para transformar o contexto em que estão inseridos, assim como o contexto “ficcional” por eles criados podem provocar novos fatos e valores no “real”.

Em consonância com o exposto, é inegável a potencialidade que existe em relacionar esses dois mundos, devido à dinamicidade social inerente a eles. Nesse sentido, Aguiar e Silva (2001) pontua:

[...] dois aspectos comuns a ambas as disciplinas [o Direito e a literatura]: em primeiro lugar, o facto de lidarem ambas, embora de forma e com propósitos diferentes, com relações humanas, valores morais, exigindo ambas um apurado conhecimento da natureza humana; e, depois, o facto de se servirem, de forma tão íntima, do mesmo meio de comunicação – as palavras –, estando assim, tanto o jurista como qualquer actor da actividade literária, envolvidos necessariamente na interpretação de textos (AGUIAR E SILVA, 2001, p.73-74).

Estudar as implicações jurídicas nas obras literárias nos permite, então, entender mais claramente princípios e normas cujos conceitos comumente são apenas decorados, e refletir acerca desses,

estejam ambientados no nosso contexto histórico-jurídico ou não. Por essa singra, Godoy (2003) afirma que a literatura expressa visão do mundo e traduz o que a sociedade pensa sobre o direito, bem como fornece subsídios para a compreensão da justiça e de seus operadores.

BRASIL: O JUSPOSITIVISMO E A JUSLITERATURA

O *juspositivismo* legou ao sistema jurídico brasileiro uma visão estreita e restritiva do Direito, negando ao operador desta ciência uma interpretação mais livre das leis, ainda que isso signifique, muitas vezes, que essas sejam aplicadas de forma injusta por prendê-lo ao que diz a literalidade do texto legal.

Ao reduzir o Direito àquilo que está tipificado nas normas somente, retiramos um elemento essencial de seu caráter, que é o de repercutir as mudanças sociais que ocorrem ao longo da História, conforme explicitado por Reale (2009), “O Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua *socialidade*, a sua qualidade de ser social” (REALE, 2009, p.2, grifo do autor).

Nesse desiderato, o *juspositivismo* engessa o Direito, fazendo com que os seus operadores continuem obrigados a se curvar diante de letras mortas, que não acompanharam as transformações culturais, políticas e históricas que a sociedade sofreu. Sendo assim, estão sujeitos a decidir em discordância com fatos e valores, agindo em afronta, ainda que indiretamente, à soberania do povo garantida na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu parágrafo único do artigo 1º.

Importa ressaltar que o Direito é meio de transmutação social, não sendo, portanto, somente resultado, mas fato gerador. Desse modo, é conveniente considerar o que Reale (2009) chama de “estrutura tridimensional”: fato, norma e valor, considerando que a norma deve ser a positivação de valores sociais, de modo a regular, em conformidade com esses valores, os fatos, gerando mudanças no meio social quando há discordância entre eles.

A teoria tridimensional de Reale (fato, valor, norma) ganha

força e escopo com a modernização e transformação do direito constitucional, o neoconstitucionalismo, que surge no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Esse novo modelo de direito constitucional, que colocou a Constituição em posição de destaque em relação às demais normas previstas no ordenamento jurídico, deixa de considerar a norma positivada como aquilo que deve se impor sobre quaisquer interpretações que não obedeçam aos seus limites. Desse modo, os valores sociais ganham espaço, permitindo que o operador do Direito não se mantenha fiel à lei quando isso o faria ser infiel à justiça.

Dessa forma, o neoconstitucionalismo, enquanto movimento jurídico histórico, abre espaço para que o Direito converse não só com outras ciências, mas também com sistemas da arte, entre eles, a literatura, conforme Trindade e Gubert (2008),

de um lado, o direito passou a ser entendido como um poderoso meio de comunicação e integração cultural, desempenhando, assim, o papel da literatura; enquanto, de outro, a literatura continua a ser considerada um elemento essencial para a construção do sentido de comunidade, o que a vincula inevitavelmente à função do direito (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.55).

O diálogo entre a ciência jurídica e a literatura permite que o operador do Direito compreenda qual é a mais adequada interpretação das leis, de modo a prezar em seus pareceres por princípios tão caros à Constituição Federal de 1988, como o da liberdade e o da igualdade perante a norma, e, dessa forma, lutar continuamente para que a Justiça triunfe.

DIREITO E LITERATURA: INTERFACES POSSÍVEIS

Os estudos *jusliterários* podem ser divididos em subáreas que focam em aspectos diferentes do interlace entre o Direito e a Literatura, quais sejam: Direito como Literatura; Direito da Literatura e, ainda, Direito na Literatura.

O Direito como Literatura (“*Law as Literature*”) se configura como a área do estudo do *Direito e Literatura* que está mais consolidada nos Estados Unidos, e trata-se da que intenta analisar os escritos jurídicos para que se verifique a qualidade literária desses. Trindade e Gubert (2008) afirmam que, nessa corrente, os textos jurídicos são examinados “a partir de análises literárias, isto é, a extensão da aplicação dos métodos de análise e de interpretação, elaborados pela crítica literária, à análise da racionalidade das construções realizadas no âmbito das decisões judiciais”.

A compreensão do discurso jurídico como objeto de estudo se dá, de acordo com Aguiar e Silva, pelo fato de que

O Direito constrói-se diariamente, então, a partir de versões rivais da verdade, que vão sendo pragmaticamente argumentadas perante uma audiência que a todo custo se procura convencer. Podemos mesmo afirmar que as grandes questões do Direito gravitam em torno de um problema de comunicação argumentativa (AGUIAR E SILVA, 2001, p.40).

O que essa corrente dos estudos *jusliterários* faz, então, é estudar os textos e discursos do Direito segundo os critérios da retórica, da narrativa e da interpretação, visto que “o jogo dos princípios acentua a tarefa argumentativa que as partes em litígio devem realizar dentro do processo, de maneira que a práxis jurídica aproxime-se ainda mais da estrutura de um relato literário” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.54).

Por sua vez, o Direito da Literatura (“*Law of Literature*”) não surge com os movimentos *jusliterários* do início do século passado, porém com as tecnologias que surgiram no fim do século XX e as que continuam e começaram a ser desenvolvidas no presente século. Essa nova ramificação do *Direito e Literatura* é um clássico exemplo do que comumente ocorre quando surgem novos fatores sociais devido a modificações realizadas pelo povo ou no povo: também surge com tais fatores a necessidade de que o Direito os compreenda e os

regulamente, quando se faz mister.

Por esse diapasão, Reale (2009) afirma:

Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais (REALE, 2009, p.22).

Essa área estuda quais as consequências jurídicas que decorrem da produção literária e ganhou força com o que atualmente se nomeia “Direito da Propriedade Intelectual”. Essa corrente trouxe novas concepções acerca dos direitos de uso e cópia, de direito autoral, entre outros; bem como se tornou robusta devido ao surgimento da *ciberética* que se relaciona com as regras comportamentais dos internautas.

Por fim, o Direito na Literatura (“*Law in Literature*”) é a perspectiva *jusliterária* que fincou raízes na Europa. É a vertente que intenciona estudar aspectos jurídicos em obras literárias, de modo a analisar como os mundos fictícios problematizam questões jurídicas e formulam críticas ao Direito. Ao observar que existem contextos nas narrativas que têm fortes implicações jurídicas, é possível, então, buscar compreender a ciência do Direito nessas obras, seja estudando-o de forma geral ou tão somente no tocante a áreas específicas, posto que esse estudo pode trazer aos operadores do Direito um maior leque de interpretações e aplicações jurídicas e, conseqüentemente, um estudo mais crítico dos princípios e normas legais.

Em consonância com isso Trindade e Gubert (2008) afirmam:

a partir da ideia de que a virtualidade representada pela narrativa possibilite alcançar uma melhor compreensão do direito e seus fenômenos – seus

discursos, suas instituições, seus procedimentos, etc. - colaborando, assim, com a formação da cultura e da comunidade jurídica (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.48).

Com isso, torna-se possível a análise de textos literários para buscar compreender tanto o contexto social e a história por trás do que as obras discorrem, como também o contorno jurídico nos quais essas foram escritas, de modo a tornar viável o estudo dos valores e normas norteadores das épocas específicas em que foram compostas tais obras, visto que, de acordo com Trindade e Gubert (2008):

A literatura pode servir como importante instrumento mediante o qual ocorre o registro – histórico e temporal, evidentemente – dos valores de um determinado lugar ou época – dentre os quais se inscreve a representação do sistema jurídico, do poder, da justiça, das leis, das funções jurisdicionais, etc. - no interior do imaginário coletivo e social (TRINDADE; GUBERT, 2008, p.50).

Seguindo esse entendimento, a literatura permite que o estudo científico tenha maior mobilidade e humanidade ao fornecer a cientistas e leigos um cenário no qual podem eles mesmos penetrar, investigar e conhecer sociedades, homens e mulheres, leis e princípios que há tempos deixaram de existir, ou que se encontram há milhares de quilômetros de distância, concedendo a todos a forma mais fidedigna de estudar o que não nos é palpável: estudar pelos escritos daqueles a quem tudo isso esteve ou está tangível.

O “*Law in Literature*” é a perspectiva que norteia esse trabalho, considerando que esse se propõe a analisar aspectos jurídicos na obra da literatura inglesa, *Admirável Mundo Novo* – mais especificamente, como o controle estatal das liberdades individuais afronta o princípio da dignidade humana, segundo o olhar literário de Huxley.

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: A DISTOPIA DE HUXLEY

A obra distópica de Huxley, publicada em 1932, descreve uma sociedade totalitária, dividida por castas e obcecada e dominada pelo progresso científico, impondo uma felicidade artificial quase que obrigatória aos seus cidadãos. A narrativa é considerada um clássico moderno, uma das mais aclamadas obras da literatura contemporânea, lida e debatida por leitores em todo o mundo, que comumente discutem temas relacionados a liberdades individuais e totalitarismo, os limites éticos da ciência, bem como as transformações sociais provocadas pelo desenvolvimento tecnológico.

A história se passa numa Londres no ano de 632 DF (Depois de Ford, espécie de divindade no universo da trama) ou 2.540 no extinto calendário gregoriano - e retrata um Estado Mundial, com algumas reservas selvagens onde ainda residem aqueles considerados “não civilizados”, dividido em castas preestabelecidas e construídas pelo governo, não só estranho a qualquer conceito de família, individualidade e liberdade, mas também avesso a essas concepções.

Em busca constante e sem ter qualquer limite estabelecido para a manutenção do chamado “bem comum”, o lema dessa sociedade, que se enxerga pós-moderna, e quase inteiramente perfeita é “Comunidade, Identidade e Estabilidade”, usando inclusive da ciência para preservar essas três bandeiras.

O apreço à ciência, por parte dessa sociedade, é uma de suas mais marcantes características, visto ser um de seus fundamentos desde a concepção de novos seres humanos – realizada em laboratórios – até a manutenção da ordem social através de uma pílula chamada “soma”, ingerida rotineiramente pelos indivíduos daquele conjunto social para que qualquer indício de dúvida ou insegurança que pusesse em risco o “bem maior” fosse aniquilado, produzindo o que o Estado definia como sendo a “felicidade”.

Aqui, além de incubadoras para a gestação de crianças, há todo um processo chamado “Bokanovsky”, que consiste em interferir no desenvolvimento natural dos bebês ainda sendo gestados para condicionar cada um a uma determinada casta social, pré-condicionando desde a expectativa de vida até os tipos climáticos em que exerceriam melhor as funções para quais foram criados.

Esse pré-condicionamento continua também após o “descarregamento” (nome que se dá para quando há o nascimento) dos bebês, momento no qual é usada uma técnica chamada de “hipnopedia” - “a maior força moralizadora e socializante de todos os tempos” (HUXLEY, 2014, p.49), conforme o Diretor de Incubação e Condicionamento, Thomas, - quando informações são repetidas inúmeras vezes em áudios com determinadas instruções morais enquanto as crianças dormem, para que as apreendam, ainda que não as compreendam, e vivam em conformidade.

No novo mundo, o sexo é, de forma paradoxal, obrigatoriamente “livre”; ainda, é incentivado desde a infância, desde quando há uma imensa (e aterrorizadora) erotização infantil. No capítulo 3 da obra, uma babá entende ser necessário levar um menino de sete anos ao psicólogo para se certificar de que não há nada de anormal porque ele “parece pouco disposto a tomar parte nos jogos eróticos de costume” (HUXLEY, 2014, p.53).

Em contrapartida, as ideias de família, de mãe e de pai eram vistas como ultrapassadas, irrisórias e imorais; ao lembrar de que antes de Ford houve uma época em que essas concepções vigoravam, um dos jovens estudantes que acompanhava o Diretor que lhes mostrava como ocorria todo o processo chegou a quase vomitar:

O lar era sórdido psíquica e fisicamente. [...] Que intimidades sufocantes, que relacionamento perigoso, insensato, obscuro, entre os membros do grupo familiar! Insanamente, a mãe cuidava de seus filhos (*seus* filhos) cuidava deles como uma gata cuida de seus filhotes... (HUXLEY, 2014, p. 59).

É nesse contexto que vive Lenina Crowne e Bernard Marx, indivíduos pertencentes às mais altas castas sociais. Lenina se enquadra perfeitamente no que dela é exigido pela sociedade e pelo Estado, enquanto Bernard se mostra bastante peculiar, com conceitos visivelmente divergentes daqueles que sustentam o Estado Mundial.

Bernard se apaixona por Lenina, o que era proibido pela ordem

fordiana, como também se mostra profundamente insatisfeito com o que já se tornara comum e normativo aos outros indivíduos, como a visão de sexo, por exemplo, assim como costuma recusar-se a tomar o “soma”, questionando o prazer e conforto conformadores que a pílula trazia, indagando frequentemente também as razões da ideia de extinção do “eu”:

Isso me dá a sensação... - hesitou, procurando as palavras - ... a sensação de ser mais *eu*, se é que você compreende o que quero dizer. De agir mais por mim mesmo, e não tão completamente como parte de alguma outra coisa. De não ser simplesmente uma célula do corpo social (HUXLEY, 2014, p.117).

Ao viajar a uma reserva selvagem, a trabalho, em companhia de Lenina, Bernard se depara com Linda – uma mulher que foi concebida e criada na civilização da qual ele e sua companheira também vieram – e seu filho John, que fora concebido através dos meios naturais, em um relacionamento que Linda tivera com o Diretor de Incubação e Condicionamento quando ambos estiveram naquela mesma reserva.

Bernard, em busca de mostrar ao mundo civilizado a sua descoberta para obter respeito daqueles de sua casta, visto que por possuir características físicas diferentes dos demais sempre se sentiu inferiorizado, traz Linda e John da reserva, para apresentar este último como um exemplar dos selvagens.

Ao fazer tal apresentação à sociedade, o intento de Bernard de ameaçar Thomas é bem-sucedido. Enquanto Linda é tratada com desprezo pela civilização, visto que a figura de gravidez e família era algo ultrajante. John, chamado de o Selvagem, que possuía um inglês peculiar advindo de suas muitas leituras de obras shakespearianas, é tratado com um certo fascínio, como se fosse um animal circense.

Com o status e respeito adquiridos após trazer mãe e filho à civilização, Bernard torna-se cheio de si, sentindo-se satisfeito em ser

tratado, pela primeira vez, em toda sua vida, de acordo com o que requeria sua casta, parecendo se esquecer de suas antigas insatisfações, a menos quando questionar lhe trazia ainda maior sensação de poder:

Os dias passaram. O êxito subiu à cabeça de Bernard como um vinho capitoso e reconciliou-o completamente (como deve fazê-lo um bom produto inebriante) com um mundo que, até então, achara muito pouco satisfatório. Enquanto esse mundo reconhecesse sua importância, a ordem das coisas lhe parecia boa (HUXLEY, 2014, p.191)

A obra de Huxley é considerada por muitos críticos como distópica, por revelar todo o desencanto com os ideais de progresso e racionalismo particularizados no pensamento utópico. Como afirma o próprio autor, “estamos convencidos de que vivemos num mundo de mudança incessante, mas não de que essa mudança leve necessariamente a uma direção que nosso sistema de valores consideraria excelente” (HUXLEY, 1977, p.90). Portanto, a narrativa se configura numa perspectiva essencialmente crítica em relação à realidade moderna.

O DIREITO NO MUNDO NOVO DE HUXLEY: O CONTROLE ESTATAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS EM CONFRONTO À DIGNIDADE HUMANA

A consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana se deu após inúmeros avanços e retrocessos dos direitos fundamentais, em meio a guerras, atrocidades e anos submersos em trevas, em especial os acontecimentos históricos do século que Eric Hobsbawm nomeia de “era dos extremos”, título de seu livro que aborda os anos entre 1914 e 1991. Em concordância com isso, afirma Simonsen:

Os direitos humanos têm uma origem histórica e uma função contextual. Não podem ser entendidos fora deste contexto. Precisam ser vistos no seu

contexto social e ideológico de forma a se desmistificarem os seus conteúdos, mas em primeiro lugar, para que possam ser vistos como funcionalmente relacionados com a batalha social que decorre de forma contínua pela história (SIMONSEN, 2010, p.216).

A busca por compreender a relação desse princípio com as liberdades individuais torna imprescindível considerar os aspectos socioculturais e históricos que contribuíram para a construção da dignidade humana como se conhece na atualidade, posto que conforme frisado por Piovesan (2009a), trata-se do valor que norteia a história do constitucionalismo na Europa do pós 2ª Guerra, e o que também assim fez nas nações da América Latina, ainda que com uma atuação mais lenta e gradual “ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência dos regimes militares ditatoriais [estabelecidos no século passado]” (2009a, p.341).

No entanto, a concepção de dignidade humana não nasce na era pós-nazismo. É possível constatar o homem enquanto sujeito de valor em diversas sociedades; por exemplo, na civilização hebraica, Pinsky (2003), ao tratar da cidadania pré-histórica, afirma que o Deus cultuado pelo povo judeu é “muito comprometido com problemas vinculados à exclusão social, à pobreza, à fome, à solidariedade” (2003, p.16), nomeando-o de “o deus da cidadania” (2003, p.27).

Essa concepção que mais tarde seria reforçada no Cristianismo, deve-se muito ao entendimento trazido no Antigo Testamento, base da fé judaica e cristã, e enfatizado no Novo Testamento, também fundamento desta última, de que o ser humano é feito à imagem de Deus e, desse modo, possui um valor inato e próprio de sua essência, conforme ressalta Guerra (2014, p.66).

Em meio a lutas e sangue, é, então, a Revolução Francesa que finca o estandarte dos direitos humanos, marcando o início de uma nova era, seguindo uma onda de profunda transformação produzida através da Reforma Protestante do século XVI, na qual a

percepção de valoração do homem e da mulher enquanto criaturas à semelhança do Criador é retomada, como aponta Lima (2009): “pois a partir dela [da Reforma] as relações entre Deus e homem foram substancialmente modificadas e encaradas de outra forma”, ressaltando ainda que “pela liberdade subjetiva progressivamente conquistada o homem na Idade Moderna passou a ser dignificado” (LIMA, 2009).

Ainda quanto à Revolução Francesa, Bobbio (2004) relata que Thomas Paine afirmou ser necessário ir ao momento de “quando o homem surgiu das mãos do Criador” para entender os direitos do ser humano, posto que “só assim se descobre que o homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis” (BOBBIO, 2004, p.102).

Nessa perspectiva, não se pode negar que a Revolução na França, ao compreender o homem enquanto sujeito de valor em si, foi um dos mais importantes marcos para a contínua (re) construção do princípio da dignidade humana na História, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – uma declaração que, segundo Odalia (2003), tinha caráter universalista, o que fazia dela

uma declaração dos direitos civis dos homens, repetimos e enfatizamos, sem qualquer tipo de distinção, pertençam não importa a que país, a que povo, a que etnia. É universal e por isso sensibiliza a seus beneficiados e faz tremer, em contrapartida, em toda a Europa, as monarquias que circundavam a França (ODALIA, 2003, p.164).

No entanto, é no período posterior aos tenebrosos anos em que o totalitarismo nazista vilipendia em campos de concentração as vidas e dignidade de milhões de pessoas que a concepção de direitos humanos encontra seu maior marco, visto que, sendo “o Estado o grande violador de direitos humanos” (PIOVESAN, 2009b), não pode ser ele soberano sobre os indivíduos que ele governa a ponto

de suprimir direitos essenciais e intrínsecos ao homem.

Em uma época, no dizer de Piovesan (2009b), “marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana [...] por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito”, várias ideologias difundiam o entendimento de que as individualidades devem ser suprimidas em favor do suposto bem maior.

Assim, é possível perceber que o conceito de que o indivíduo somente deve ser tratado com dignidade quando responde em conformidade e submissão completa ao Estado totalitário é diametralmente oposto ao princípio que fundamenta todos os direitos humanos. Disso também se infere que o totalitarismo não pode (co)existir concomitantemente com princípio da dignidade humana de forma harmônica.

Nesse sentido, é que a separação de poderes e o estado laico são essenciais ao estado democrático de direito, de modo a evitar a concentração de poder nas mãos de um só indivíduo, ou mesmo um só grupo ideológico, que passaria necessariamente a governar de acordo com o que julga ser moral e lícito, tornando ilegal e indecoroso tudo aquilo que se manifesta contrário à visão estatal.

Nessa mesma perspectiva, assinala Mirkine-Guetzévitch (*apud* SILVA, 2009) que os ideais pregados pelos revolucionários franceses tratavam de uma “filosofia humanitária, cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal”. Compreendendo a importância do direito às liberdades individuais para toda a sociedade, bem como para a comunidade jurídica, é possível entender como o controle estatal dessas liberdades é danoso e afronta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO À LUZ DO DIREITO

Em *Admirável Mundo Novo*, Huxley aborda de maneira singular as mudanças histórico-culturais que estavam ocorrendo e, de forma ainda mais prodigiosa, as possíveis consequências jurídicas e sociais que tais mudanças estavam prestes a gerar no mundo; desse modo, existe nessa obra literária possibilidades atrativas de se

estudar o Direito.

A obra leva à reflexão de como um Estado invasivo e transgressor de liberdades individuais é um propiciador de corrupção, visto que torna ilícito e imoral quaisquer ideais ou comportamentos que divergem daqueles que por ele são estipulados, e de como também é um violador da dignidade humana, pois constrói como desumano e monstruoso tudo aquilo que não se adequa aos seus padrões.

Uma das primeiras perspectivas apresentadas pelo narrador é a que trata da ingerência estatal no âmbito da família e da reprodução humana, quando há um completo controle de natalidade por parte do Estado. No Estado Mundial, a constituição familiar é vista como imoral e que, para o bem de toda a comunidade, não deve existir, conforme vemos quando a palavra “mãe” é mencionada a um grupo de estudantes: “Novamente aquela palavra obscena” (HUXLEY, 2014, p.57).

Em oposição a isso, há um veemente estímulo por parte do governo ao sexo livre, compreendendo os corpos uns dos outros como apenas um pedaço de carne que serve tão somente para a satisfação de desejos egoístas, o que se configura como um flagrante exemplo da violação da dignidade humana, e desde a mais tenra idade as crianças eram condicionadas a esse entendimento das relações sexuais. Com um ar de quem trata de algo absurdamente impossível de conceber, o narrador diz:

Revelou a espantosa verdade. [...] os brinquedos eróticos entre as crianças eram considerados anormais (houve uma gargalhada); e não apenas anormais, mas realmente imorais (não!); e eram, portanto, rigorosamente reprimidos. A fisionomia de seus ouvintes tomou uma expressão de incredulidade espantada. O quê? As pobres crianças não tinham o direito de se divertir? Não podiam acreditar (HUXLEY, 2014, p.53-54).

Assim, o simbolizado por Huxley se mostra bastante semelhante com o que de fato ocorre quando o Estado passa a mitigar as

liberdades civis. O controle de natalidade é uma das primeiras medidas adotadas por regimes totalitários, como um método de impedir o crescimento de uma população que poderia levar o regime ao declínio. Outra medida comum, nesse tipo de regime, é a extinção das instituições familiares, visto que essas não parecem favorecer ideologias que enxergam o Estado como prioridade, acima de qualquer outro agrupamento social.

Acerca da liberdade sexual que os Estados totalitários supostamente oferecem, Huxley (2014, p.17), em 1946, afirmou que essa parece crescer quando as liberdades política e econômica são castradas, como um meio utilizado por ditadores para fazer com que o povo ame a sua servidão – o que parece concordar com o que ocorreu na Alemanha do período nazista, segundo o próprio Hitler:

Nossa irrupção nada tem em comum com sua [dos que Hitler chama de “reacionários frequentadores de mesinhas de café”] virtude burguesa. Nós trazemos dentro de nós o deflagrar da força da própria nação. E se assim o quiserem, também a força dos seus traseiros. Eu não pretendo ser um estraga-prazer para ninguém de minha gente. Desde que de cada um estou exigindo o máximo, devo, por outro lado, dar a todos a plena liberdade para se desvencilhar de seus recalques da forma como preferirem, e não como se fossem um bando de beatos (BLEUEL, 1972, p.12).

Esse controle das constituições familiares e da natalidade populacional afrontam diretamente direitos como o de planejamento familiar – sem a interferência estatal –, conforme positivado no parágrafo 7º, do art. 226, da Constituição Federal brasileira e previsto no art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e essa afronta ocorre quando o Estado interfere em decisões que são próprias das famílias, impondo uma determinada quantidade de filhos, por exemplo.

Afirmam os supramencionados dispositivos, respectivamente:

Art. 226 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988, art. 226).

Artigo XII Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Outro aspecto de desrespeito às liberdades civis abordado no livro de Huxley é o de estar sob o domínio do Estado a responsabilidade e poder absolutos quanto à criação e educação das crianças, visto ser imprescindível à manutenção dos regimes totalitários uma monopolização desses fatores, o que gera no âmbito educacional o estudo de apenas matérias, teorias e posições ideológicas que estejam em concordância com o que é benéfico para perpetuação do *status quo*, com a única preocupação de que as crianças aprendam o que lhes é ensinado sem questionar aqueles que as ensinam.

Em *Admirável Mundo Novo*, o Estado Mundial faz isso desde o nascimento dos bebês, quando é utilizado um estilo de “educação” durante o sono, que faz com que as crianças estejam predispostas a amar ou odiar aquilo que o Estado deseja que amem ou odeiem, e que deve ser uma: “educação moral, que não deve nunca, em circunstância alguma, ser racional” (HUXLEY, 2014, p.47).

Desse modo, é possível perceber que a interferência estatal que impossibilita às famílias a tomarem decisões básicas - como, qual o sistema de educação que melhor beneficia seus filhos, ou quando o Estado proíbe arbitrariamente determinados modelos educacionais que não são maléficis às crianças, a exemplo do *homeschooling*

– e oferece alternativas, como o sistema clássico escolar, predominantemente subjugado aos ideais estatais, constitui uma das formas de desrespeitar a responsabilidade que possui a família, segundo os artigos 205 e 227 da Constituição Federal, e, ainda, de reprimir o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos considera como o fundamento da sociedade, conforme se vê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988, art. 227).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988, art. 205).

Artigo XVI [...] 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

A divisão em castas promovida pelo Estado, na qual há impossibilidade de almejar para si outra função, trabalho, educação, ou mesmo *status* social que difira do que fora conferido, é outro importante fator abordado em *Admirável Mundo Novo*. Trata-se também de comportamento abusivo que mitiga as liberdades civis dos indivíduos, fazendo-os obrigatoriamente submissos da escravidão que os oprime em nome muitas vezes da manutenção da “ordem social” e do “bem geral”.

A abordagem feita por Huxley do que se pode chamar de “predestinação social” e “amor à servidão”, mostra o anseio governamental para que a ciência conseguisse produzir perfeitamente seres humanos divididos em castas que exercessem os papéis para os quais foram projetados de forma a “beneficiar” todo o corpo social o mais cedo possível.

Nesse diapasão, o narrador em *Admirável Mundo Novo* discorre:

Não precisavam [aqueles da casta Ípsilon, considerada a mais inferior de todas] dela [da inteligência humana] e não a obtinham. Mas, ainda que nos Ípsilons o espírito estivesse maduro aos dez anos, eram necessários dezoito para que o corpo ficasse em condições para o trabalho. Que longos anos de imaturidade, supérfluos e desperdiçados! Se se pudesse acelerar o desenvolvimento físico até torná-lo tão rápido, digamos, como o de uma vaca, que enorme economia para a Comunidade! (HUXLEY, 2014, p.34).

Essa divisão imposta pelos regimes totalitários não se realiza necessariamente por meio da força física. O Estado educa a população no sentido de fazê-la desejar a manutenção dos papéis preestabelecidos por esse para que uma presumida paz social não seja perturbada, conforme afirma a personagem do Diretor na obra inglesa: “Tal é a finalidade de todo o condicionamento [realizado por cientistas a serviço do Estado Mundial]: fazer as pessoas amarem o destino social de que não podem escapar” (HUXLEY, 2014, p.36).

Impedir o indivíduo de escolhas próprias, aniquilar suas vontades, fazer dele não mais detentor de dignidade em si mesmo, mas tão somente um membro do todo a quem deve submissão absoluta, são características próprias de Estados que afrontam direitos fundamentais de mulheres e homens e desrespeitam o princípio da dignidade humana que há tantos anos a humanidade luta para garantir.

No mundo novo de Huxley, assim como no nosso, Estados de

caráter intervencionista consideram tais liberdades como algo subversivo e repugnante:

Havia uma coisa chamada liberalismo. O Parlamento, se é que os senhores sabem o que era isso, votou uma lei contra ele [o ensino moralizante pelo sono que condiciona às pessoas a um determinado estilo de vida]. Conservaram-se as atas das sessões. Discursos sobre a liberdade do indivíduo. A liberdade de ser ineficiente e infeliz. A liberdade de ser um parafuso redondo num buraco quadrado (HUXLEY, 2014, p.69).

Quando o Estado não é privado de subjugar os indivíduos, são os indivíduos que terão suas liberdades tolhidas. Dessa maneira, é garantido à máquina estatal o poder de fazer de todas as instituições sociais, de cada ser humano e de todos os valores prezados pela sociedade sob seu governo o que lhe aprouber, ainda que seja imoral, bárbaro e opressor – nada distante do que Huxley apresenta em sua obra, o que faz de *Admirável Mundo Novo* um lembrete e quase uma profecia dirigida à sociedade acerca das mazelas que produzem ideologias que enxergam na supressão de liberdades individuais uma forma de voltar ao Éden.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a ótica de Huxley, na obra, *Admirável Mundo Novo*, o trabalho apresenta uma análise do confronto do controle estatal com as liberdades individuais, como afronta ao princípio da dignidade humana. Para atingir os objetivos propostos, foi imprescindível apresentar, dentre outros pontos, as formas de interação dos estudos *jusliterários*, bem como um breve recorte histórico da construção social dos Direitos Humanos.

Por meio da compreensão desses aportes teóricos, tornou-se possível a análise da jurisdição e dos princípios cultuados no “mundo novo”, criado por Huxley. Esse trabalho, ao entender a relevância dos temas tratados na narrativa e da atualidade das questões

postas - embora a obra tenha sido publicado há quase noventa anos - almeja reforçar a importância da inserção de obras literárias como narrativas alternativas para auxiliar o jurista no exercício hermenêutico da interpretação para aplicação do Direito.

O estudo faz ecoar o alerta de Aldous Huxley e traz à memória a luta a favor das liberdades individuais, contra Estados totalitários, contra a supressão dos direitos fundamentais, contra um Estado que mata os ineficientes e infelizes. O texto também faz recordar que essa luta pela dignidade da pessoa humana não se encerrou com o fim do século XX; ela é contínua, *perene*.

Por essa singra, a distopia escrita, de forma singular, por Huxley prevê as consequências provenientes de depositar nas mãos do Estado aquilo que deve pertencer aos indivíduos. Em *Admirável Mundo Novo*, é possível perceber quão maligno pode ser a supressão da individualidade, em nome de um suposto bem comum, e quão facilmente a sociedade passa a crer que aquilo que é valioso é o que o Estado afirma ser. O Leviatã huxleyano, enquanto detentor do controle social, pode promover o adestramento comportamental e extirpar da mente das pessoas qualquer pensamento que julgue ser subversivo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR E SILVA, Joana. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

ABREU, Jorge Coutinho de. Literatura Jurídica? (Impressões de um leitor). In: BUESCU, Helena; TRABUCO, Cláudia; RIBEIRO, Sónia. **Direito e Literatura: Mundos em Diálogo**. Coimbra: Almedina, 2010, p.129-135.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BLEUEL, Hans Peter. **O sexo na Alemanha nazista**. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 1972.

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

BUESCU, Helena; TRABUCO, Cláudia; RIBEIRO, Sónia. **Direito e Literatura**: Mundos em Diálogo. Coimbra: Almedina, 2010.

FRAZÃO, Dilva. Aldous Huxley. 18 nov. 2017. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/aldous_huxley/>. Acesso em: 05 mai. 2018

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em:

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Revista CEJ, Brasília**, n.22, p.134, jul./set. 2003.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: Curso Elementar. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**. 2.ed. São Paulo: Schwarcz, 2003.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Globo, 2014.

_____. **A situação humana**. São Paulo: Círculo do Livro, 1977.

LIMA, Newton de Oliveira. O princípio da dignidade da pessoa humana: análise de sua evolução história como abertura para a concretização no âmbito do direito civil brasileiro. *Diritto & Diritti*. 2009. Disponível em: <<https://www.diritto.it/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-analise-de-sua-evolucao-historica-como-abertura-para-a-concretizacao-no-ambito-do-direito-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 23 nov. 2017

NEITSCH, Joana. O direito no mundo globalizado. **Gazeta do Povo Online**, 07 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.gazeta-dopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-direito-no-mundo-globalizado-5x4a3mwwwvk6pe7225as43axt>>. Acesso em: 16 mar. 2018

ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da Cidadania**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003. p.159-168

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o deus da cidadania. In. _____. PINSKY, Carla Bassanezi. (org.). **História da Cidadania**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003, p.15-27

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 2009. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/6566>>. Acesso em: 24 nov. 2017

RAMOS, Thaciane Rollemberg. Aldous Huxley. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/escritores/aldous-huxley/>>. Acesso em: 05 mai. 2018

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMONSEN, Karen-Margrethe. Globalizando os Direitos Humanos.

Sobre Bartolomé de Las Casas e o discurso sobre o Novo Mundo. In BUESCU, Helena; TRABUCO, Cláudia; RIBEIRO, Sónia. **Direito e Literatura**: Mundos em Diálogo. Coimbra: Almedina, 2010, p.213-232.

TRINDADE, André Karam; BERNST, Luísa Giuliani. O estudo do *Direito e Literatura* no Brasil: surgimento, evolução e expansão. Revista Internacional de Direito e Literatura. 2017. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/326/pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2018

_____. GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In. _____. COPETTI NETO, Alfredo. (org.). **Direito & Literatura**: Reflexões Teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.11-66.

CAPÍTULO 12

DO DISCURSO À JUSTIÇA SUMÁRIA: RECIPROCIDADES ENTRE VIOLÊNCIA E O MITO DE UM DISCURSO JUSTICEIRO A PARTIR DA ANÁLISE DE *DEATH NOTE*

*Kevin Silva Urquiza Feitosa*⁸¹
*Alana Ramos Araujo*⁸²

RESUMO

A análise de obras literárias de diferentes contextos é fundamental para o entendimento plural dos significados de violência e justiça. Em especial, a obra japonesa *Death Note* proporciona um amplo debate sobre tais temas. Assim, a ascensão de um discurso de violência no Brasil acontece à medida que facções criminosas tomam lugares de poder, disseminando, nos indivíduos comuns, um pensamento retributivo de que a partir de práticas de barbárie a violência seria suprimida. Contudo, percebe-se que, ao passo que essas

81 Graduando em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (DCJ/CCJ/UFPB). Contato: kevinilsilvafeitosa10@gmail.com

82 Doutora em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB). Professora do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ/UFPB). Vice-Presidente da Região Nordeste do Instituto o Direito por um Planeta Verde. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estudos e Saberes Ambientais em Homenagem a Enrique Leff (ESAEL) Contato: alanaramos@ccj.ufpb.br

práticas tomam materialidade, a violência continua a se propagar e se multiplicar. Portanto, o objetivo deste trabalho é entender a formação de um discurso justiceiro, entendendo as causas para seu nascimento e como este é capaz de adquirir materialidade e reciprocidade no mundo tangível – sendo o *Death Note* (Caderno da morte) a expressão máxima, já que o indivíduo que tiver o nome nele escrito será morto em quarenta segundos. Para atingir estes objetivos, foi empregado: uma pesquisa documental acerca dos temas de violência e criminalidade; a leitura de autores que discutem a ascensão dessa delinquência; estudo das possíveis relações com a obra japonesa. Destarte, pela avaliação analítica dos termos apresentados, foi possível compreender a maneira que este discurso toma aspectos materiais, bem como a forma que constrói reciprocidades com a obra japonesa e com a realidade brasileira, ressaltando a importância de se ter uma avaliação crítica dos temas visando relevar a importância do Direito para gerir as relações de maneira proporcional.

PALAVRAS-CHAVE: *Death Note*; Violência; Discurso Justiceiro; Direito; Direito e Arte.

ABSTRACT

The analysis of literary works from different contexts is fundamental for the plural understanding of the meanings of violence and justice. In particular, the Japanese work *Death Note* provides a wide debate on such topics. Thus, the rise of a discourse of violence in Brazil happens as criminal factions take power, spreading, in common individuals, a retributive thought that, based on barbaric practices, violence would be suppressed. However, it is clear that, while these practices take materiality, violence continues to spread and multiply. Therefore, the objective of this work is to understand the formation of a righteous discourse, understanding the causes for its birth and how it is able to acquire materiality and reciprocity in the tangible world - the *Death Note* being the maximum expression, since the individual with the name written on it will be killed in forty seconds. To achieve these objectives, it was used: a

documentary research on the themes of violence and criminality; the reading of authors who discuss the rise of this delinquency; study of possible relations with Japanese work. Thus, through the analytical evaluation of the terms presented, it was possible to understand the way that this discourse takes material aspects, as well as the way that builds reciprocities with the Japanese work and with the Brazilian reality, emphasizing the importance of having a critical evaluation of the themes aiming highlight the importance of law to manage relations proportionately.

KEYWORDS: *Death Note*; Violence; Punisher Speech; Right; Law and Art.

INTRODUÇÃO

As obras de origem nipônica ganharam expansão e notoriedade, partindo de uma cultura plural e influenciando as mais diversas pessoas (NAGADO, 2011). Elas surgem como uma maneira de expressão cultural japonesa de suas especificidades. São apresentações de uma narrativa que se valem de quadrinhos e textos⁸³ de caráter, muitas vezes, ficcional, apresentando traços diferenciados (como olhos puxados e agigantados), além de contarem histórias que abordam temas, atuais ou tradicionais os mais variados. É neste movimento literário que o mangá de *Death Note* (2013) se insere. Possuindo cento e oito capítulos, a série japonesa, obra de *Tsugumi Ohba* publicada pela revista *Weekly Shōnen Jump*⁸⁴, ganha popula-

83 É interessante ressaltar que a leitura dessas obras é feita da direita para esquerda, bem como se começa a leitura “do final” do livro. Isto é reflexo do modo oriental de ler, tal qual seus livros, as letras são dispostas em várias colunas paralelas, com leitura de cima para baixo, em que cada letra representa uma palavra por extenso.

84 Os mangás são publicados por diversas revistas japonesas, que se subdividem em gêneros literários dos quadrinhos para sua disseminação. A *Weekly Shōnen Jump* é uma das mais famosas do gênero *Shōnen* (rapaz jovem), que é destinada ao público juvenil e conta histórias fictícias com muita ação para entreter este público. A revista também publicou, além de *Death Note* (2003), obras famosas que chegaram ao contexto brasileiro, como *Dragon Ball* (1984), *Yu Yu Hakusho*

ridade no mundo por apresentar um conflito entre duas grandes personalidades num amplo debate sobre a Justiça e como um ideal arbitrário pode destoar as verdadeiras intenções do Direito.

A série é ambientada no século XXI na cidade de Tóquio, no Japão, em que um estudante encontra, casualmente, um caderno preto intitulado “*Death Note*”. O contexto da obra se pauta numa sociedade hostil, em que a delinquência toma lugar influente nas notícias vinculadas, engendrando uma sensação de insegurança naquela sociedade. A violência domina em vários aspectos, desde crimes menores, como furtos, a delitos graves, como crimes sexuais, sequestros e roubos de grande magnitude. Neste viés, o colegial *Light Yagami* casualmente tropeça em um caderno misterioso, ao abri-lo, lê na página inicial que aquilo é capaz de assassinar quem tiver o nome escrito nele. Assim, *Yagami*, insatisfeito com a sociedade violenta, começa a escrever o nome de criminosos publicados pelos jornais, buscando construir uma “ordem” e instituir um novo mundo, sendo ele o deus desta nova ordem em que a justiça reinará e a paz seria resultado de um mundo dito “justo”.

Dessa forma, nota-se a emergência de um discurso justiceiro que não se restringe à referida obra, como toma aspectos recíprocos na realidade do contexto brasileiro atual. O discurso retributivo orientado para prática de justiça com as próprias mãos, sob o lema de “os fins justificam os meios”, está disseminado e banalizado nas mais profundas esferas da sociedade, sendo produto do feito colateral da violência que atinge a mente e o espírito, havendo, portanto, o triunfo da barbárie (CALDAS, 2012; MARTINS, 2020). Consequentemente, a análise das condições que possibilitaram a emergência deste discurso é fundamental para entender a forma que este orienta práticas na realidade, sendo evidenciado em *Death Note* a expressão máxima da materialização do discurso à realidade.

Neste viés, torna-se basilar captar as possíveis relações do contexto brasileiro com a obra *Death Note* (2013), visando entender suas ideias, semelhanças e vicissitudes, além de fomentar, dessa forma, a necessidade de uma avaliação crítica das obras de

(1990), *Yu-Gi-Oh* (1996), *Naruto* (1999) e *One Piece* (1997) – sendo esta última a mais famosa, com duzentos e setenta milhões de cópias vendidas.

diferentes nacionalidades – aspecto fundamental para entender a cultura do “outro” em sua alteridade⁸⁵. A partir disto, será feito um estudo acerca da emergência da violência, em seu sentido de delinquência, a partir do século XXI no Brasil, e como paulatinamente esta violência foi criando um discurso na sociedade de forma recíproca⁸⁶, que suscita mais práticas violentas segundo a ideia de que “os fins justificam os meios”, tal qual a obra nipônica conta. A análise deste discurso é fundamental, já que ele possui uma perigosa materialidade⁸⁷ (FOUCAULT, 1999, p.8-9).

Para atingir os objetivos de compreender o problema da violência imanente no corpo social, além de assimilar a gênese de um discurso distributivo com a obra nipônica, empregou-se uma pesquisa documental de artigos, notícias e dados governamentais sobre o tema, além da análise de estudos que constataam o progressivo pico da violência no Brasil. Assim, consultou-se órgãos brasileiros e de outras nacionalidades para fins comparativos e analíticos, além de autores que discutem tais temas, como, principalmente, Manso (2017) e Dias (2013; 2017) - sobre a ascensão da criminalidade -, Foucault (1986; 2006) e Chauí (2008) – que discorrem, respectivamente, acerca da formação e reciprocidade do discurso, além de sua passagem do plano inteligível à esfera material.

- 85 Analisar questões a partir da pluralidade da cultura de outrem é fundamental. No *podcast* do Salvo Melhor Juízo (2016) “Para que serve o direito romano? Busca-se entender a relação do passado em sua “alteridade”, ou seja, entendendo as diferenças deste direito passado com o direito do presente a fim de gerar um efeito pedagógico e, sobretudo, cultural na percepção das diferenças.
- 86 A ideia possui uma íntima relação com o real, já que a primeira é construtora da segunda vice-versa, tecendo uma relação recíproca (CHAUÍ, 2008). Segundo a autora, a partir da Ideologia [falseamento de uma realidade] as ideias possuem uma íntima relação com a realidade, já que são capazes de orientar práticas a partir de certos posicionamentos.
- 87 Foucault (2006) discute, em “A ordem do discurso”, uma série de procedimentos, práticas controladas, seccionadas e organizadas, que são oriundas dos detentores de poder a fim de coibir certos discursos que tirem sua legitimidade institucional. Desta forma, o discurso é dotado de materialidade, já que sua prossecução é capaz de orientar práticas.

Deste modo, com os estudos aqui empregues, foi possível articular conhecimentos num aspecto plural, entendendo as questões nas mais diversas culturas, relevando a importância de uma análise plural para que se possa aprender o que o outro pode ensinar. Ademais, foi viável entender, mesmo que parcialmente, os motivos da ascensão da violência no contexto brasileiro e a maneira que certos discursos, a partir da ascensão da criminalidade, geram nos indivíduos um pensamento justiceiro sumário⁸⁸, que ignora e suprime as relações estabelecidas pelo Direito. Além disso, compreendeu-se a transição de uma ideia de violência para realidade, segundo aspectos recíprocos e materializantes (CHAUI, 2008; FOUCAULT, 2006).

DA GÊNESE DA VIOLÊNCIA À FORMAÇÃO DO DISCURSO

Segundo o Atlas da Violência de 2017, feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEIA), o número de homicídios em todo território brasileiro chegou a 65.602, representando, se comparado com o começo do século, uma alta de mais de 20.000 homicídios. Este número é alarmante, já que, se relacionando aos números de morte na Síria no mesmo ano - que está atualmente vivendo uma guerra civil, com equipamentos de guerra como fuzis, veículos armados, caças e bombardeiros, além de mísseis de cruzeiro -, segundo o Observatório Sírio de Direitos Humanos (OSDH), em que morreram mais de 43.000 pessoas. Isto evidencia como o Brasil está imerso numa crise social em que se mata mais que uma zona de conflito.

Contudo, por que os valores tomaram tais proporções? Estes números não são resultados apenas de uma crise da segurança pública, mas tem origem, como fator majoritário, na ascensão dos domínios de certas aglutinações criminosas, que movimentam um império de drogas, respaldadas numa postura antagônica ao Estado e às falhas da lei de execução penal. Isto posto, as influências

88 Consoante às análises de Carvalho (1994), justiça sumária é toda prática de justiça em que se ignoram os procedimentos legais, como exemplo, os linchamentos - em que, sob a proteção de uma coletividade de pessoas são abarcadas as práticas de violência, sendo a culpabilidade dos indivíduos retardada dado que estão amontoados em uma multidão.

do mercado de drogas ilícitas oriundo desses grupos criminosos encontram-se, na atualidade, difundidas nas diversas camadas da população:

O sujeito sentado agora a seu lado no metrô cheirou para acordar hoje de manhã; ou o motorista do ônibus que te leva pra casa porque quer fazer hora extra sem sentir dor na cervical. As pessoas mais próximas de você cheiram. [...] se não são eles, é o caminhoneiro que faz chegar toneladas de café nos bares da sua cidade e que não conseguiria aguentar todas aquelas horas de estrada sem pó. [...] é o pintor que está pintando a sala da casa da sua namorada, que começou por curiosidade e depois se viu contraindo dívidas. Quem cheira está ao seu lado. [...] Mas se, pensando bem, você acha que nenhuma dessas pessoas cheira cocaína, ou você é incapaz de ver, ou está mentindo. Ou, simplesmente, quem cheira é você (SAVIANO, 2013, p.11-13).

Nesse sentido, como todo um mercado de narcóticos nasceu e se instaurou, adquirindo lugar de poder, respeito e de destaque nos diversos campos⁸⁹, engrandecendo, conseqüentemente, a violência?

FORMAÇÃO E CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA

O crescimento da violência, dentre os diversos fatores, está essencialmente relacionado com a ascensão de facções criminosas, oriundas, primariamente, dos presídios. No Brasil existem, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2018), mais

89 Conforme visto no documentário “PCC: primeiro cartel da capital” (UOL, 2019) O Brasil é o principal intermediador no mundo das drogas. Isto pois está localizado numa posição estratégica, entre os produtores oriundos dos países mais ao ocidente do continente sul-americano, e dos consumidores que estão localizados ao oriente, no continente europeu. Conforme foi visto, um quilo de cocaína sai dos produtores do ocidente a preço de 800 dólares, chegando a custar 80.000 dólares quando chega nos “narizes” da Europa.

de oitenta organizações criminosas, como principais expoentes o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (PCC), desses se subdividem em grupos regionais com principais expoentes, como exemplo: na Paraíba a Okaida (OKD) e Estados Unidos (ESTADOS); Amigos dos Amigos (ADA) no Rio de Janeiro; Bonde dos Treze (13) no Acre. Contudo, tais divisões só foram possíveis através da escalada do PCC, possuindo supremacia no mundo do crime.

Primado do mundo do crime: o primeiro comando da capital

A ascensão do PCC acontece, inicialmente, como um fenômeno silencioso, em meados do ano 2000. Originalmente, nasce em 1993, dentro da Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo, a partir de uma aglutinação de presos reivindicando, com brutalidade e selvageria, melhores condições nos presídios⁹⁰. Até o ano 2000, sua existência estivera sendo negligenciada pelas instituições governamentais sendo datada como criação da mídia. Só após uma série de rebeliões e atentados, no novo século, suas atitudes tomaram importância:

No dia 12 de maio de 2006, véspera do final de semana do Dia das Mães, presídios de São Paulo passaram a registrar dezenas de rebeliões. Um dia antes, a Secretaria de Administração Penitenciária havia decidido transferir 765 presos para a penitenciária 2 de Presidente Venceslau, unidade de segurança máxima no interior paulista. As transferências ocorreram após escutas telefônicas terem revelado que facções criminosas planejavam

90 Os principais teóricos do assunto relatam que o nascimento do Primeiro Comando da Capital está diretamente associado ao Massacre do Carandiru, em outubro de 1992, relatando Paes (2017, p.11) que foi um massacre, matando 111 presos cometido por policiais militares de São Paulo, por conta de uma rebelião no Pavilhão nove. Isto, segundo Paes, originou nos presos a necessidade de união contra o “sistema”, o que acarretou revoltas e a estigmatização de órgãos de segurança pública como principais inimigos do PCC.

rebeliões para o Dia das Mães. [...] em represália às medidas, o PCC articulou rebeliões em 74 penitenciárias do estado. [...] agentes penitenciários, policiais, viaturas, delegacias de polícia, cadeias e prédios públicos passaram a ser alvo de ataques da organização criminosa em todo o estado. Pela primeira vez, ataques do PCC deixaram as prisões e foram para as ruas, segundo Camila Nunes Dias (CRUZ, 2016).

Após essa série de eventos, percebe-se um movimento que marcaria a história da violência brasileira para o resto da década: o processo de saída do PCC para fora das prisões - não é um processo necessariamente físico, mas de comandos emitidos de dentro para fora do cárcere - (DIAS, 2013). As ordens, agora, passam dos presídios e chegam a extrapolar as fronteiras nacionais, com advento do tráfico de cocaína, numa estrutura hierarquizada, sistemática e altamente lucrativa (DIAS; MANSO, 2017, p.19).

Destarte, a ascensão da influência do PCC, curiosamente, é análoga a uma baixa de homicídios no Estado de São Paulo, sob o lema de “irmão não mata irmão”, já que sua luta é contra o “sistema”⁹¹. Contudo, este caso é exclusivo de São Paulo, sendo a taxa de homicídios em regiões com outros domínios bastante elevada – como por exemplo na Paraíba, onde há atuação das facções Okaida e Estado, segundo o IPEA (2017), a taxa de homicídios a cada 100 mil habitantes chega a 33,31, o mesmo dado na região paulista é de 10,27 a cada 100 mil habitantes -. Adjunto a isso, nota-se o incremento do tráfico de drogas, produto, principalmente, do PCC, além do acréscimo do número de prisões decorrentes do tráfico, que é determinante neste processo.

REFLEXOS DO IMPÉRIO E SEU CRESCIMENTO

Este problema toma proporções agravantes, já que a ascensão da criminalidade por meio das organizações de facções tem direta

91 O estopim para este sentimento de revolta ao “sistema” foi o Massacre do Carandiru (DIAS E MANSO, 2017).

relação com a política antidrogas. A Lei nº 11.343, de agosto de 2006, prescreve, no Artigo 33º:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2020).

Destarte, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), do Departamento Penitenciário Nacional (DPN, 2017), houve, naquele ano, mais de 176 mil presos por tráfico de drogas. Por conseguinte, esta política é capaz de prender uma grande quantidade de pessoas, resultando no superlotação dos presídios e, conseqüentemente, possibilitando o recrutamento dessa parcela de presos para as demais facções dos presídios. Portanto, num sistema em que são as facções que controlam a rede de tráfico, dentro e fora do presídio, é o mesmo mercado ilícito que fomenta o recrutamento de presos para a mesma organização criminosa.

Tais fatores, por consequência, contribuem veementemente para um acréscimo da criminalidade e da violência, segundo a ascensão das diversas facções no contexto brasileiro. A alta dos crimes está diretamente ligada ao sistema dessas facções, que se valem de ilicitudes, do tráfico de entorpecentes e da violência generalizada para manterem seus domínios. Além disso, a ascensão específica do PCC engendrou um espraiamento da facção dentro do sistema prisional de São Paulo e para fora das prisões, e, portanto, para toda região brasileira, com subdivisões de outros agrupamentos criminosos em diversas regiões do país (DIAS; MANSO, 2017, p.10-11; FBSH, 2018). Desta maneira, a violência toma lugar na mente, fazendo com que alguns, inseridos no contexto de violência

brasileiro, tomem a posição de justiceiros⁹² comuns (WORCESTER, 2012).

A VIOLÊNCIA COMO CONDIÇÃO PARA FORMAÇÃO DO DISCURSO E SUA REPLICAÇÃO

Assim sendo, os movimentos de violência, oriundos dos referidos processos, corroboram para o espraiamento da criminalidade não apenas de dentro para fora dos presídios (DIAS, 2013), mas dão origem a uma violência generalizada que se alastrará para os diversos campos sociais. Portanto, dada uma crise e uma insegurança em meio à criminalidade, à delinquência e à violência generalizadas, é notória a gênese de um discurso que tenta extinguir o problema a partir de um discurso análogo ao de sua formação, que, contudo, agrava mais a condição de barbárie. À vista disso, a condição da criminalidade espalhada fomenta nos indivíduos um discurso que se assemelha ao de *Light Yagami* em *Death Note* (2013), que escreve o nome de criminosos no Caderno da Morte, matando-os, visando efetivar a justiça a partir do extermínio de delinquentes. Contudo, essa prática não extingue a maldade do mundo, outrossim fomenta a reprodução desta violência, conforme será analisado nos próximos trechos.

PAPEL E CANETA, MORTE E VONTADE DE JUSTIÇA

A BANALIZAÇÃO DOS TERMOS

Em 1963, Arendt (1999) evidenciava um dos conceitos mais significativos do totalitarismo nazista: a *banalidade do mal*⁹³. Trata-se de

92 A referência aqui trazida é do anti-herói da Marvel “*The Punisher*”, que age como um vigilante noturno, punindo, muitas vezes com a morte, os delinquentes sociais que cometem práticas ilícitas (WORCESTER, 2012).

93 O conceito é oriundo da obra “*Eichmann em Jerusalém*”, de 1963, em que Arendt (1999), numa postura brilhante, conta a história de julgamento do oficial nazista Eichmann, que em busca de ascensão no emprego de seu ofício, cometia atitudes inescrupulosas, principalmente com os judeus perseguidos, em que a violência de seus atos era justificada e banalizada. Análogo ao processo de progresso no posto, Arendt mostra a indiferença de toda uma sociedade

um comportamento disseminado no corpo social em que se nega a ética das práticas humanas em função de ascensão em certa organização, buscando atingir maiores posições de poder – fazendo com que atitudes intoleráveis sejam válidas, esquecendo-se da violência por trás das práticas. Neste aspecto, banalizou-se práticas violentas a grupos sociais, que no contexto do nazismo alemão, eram justificáveis, visto que eram fundamentais para atender a um Estado com fim em si mesmo⁹⁴.

Dessa forma, percebe-se, atualmente, que esses comportamentos banalizados de violência, oriundos em parte do totalitarismo, possuem aspectos recíprocos na atualidade, no aspecto de satisfazer um desejo de vingança em que a violência é desmedida e esquecida.

Adjunto a esse processo de banalização da violência generalizada, a necessidade de materializar este mal intrínseco na mente das pessoas é transposta num espetáculo das práticas no mundo concreto. Foucault evidencia a gênese desse espetáculo, de materialização da vontade de vingança, na forma legal punitiva do suplício:

[...] atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicação chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo (FOUCAULT, 1986, p.1)

com o mal que estava sutilmente encoberto na sociedade, que se tornou algo “banal”.

94 Novais (2006, p.128-140) analisa a construção do conceito de Estado de Direito, e como nos regimes totalitários esse se configura de forma contrária. O Estado Totalitário tem o fim em si mesmo, pois este se comporta como um corpo orgânico à margem dos indivíduos, possuindo vida e destinos próprios, atropelando, portanto, as garantias individuais para sua efetivação final avolumada.

Desse modo, a violência, ao mesmo tempo se passa desapercibida na sociedade, é produto de uma consciência individual que ensaie um pensamento de retribuição aos infratores sociais, já que, em sua mente, são eles a origem dos males, quando, na verdade, a reprodução daquelas práticas é a condição fundamental de proliferação e disseminação da violência.

No Brasil, esse aspecto é mais que evidente e, de certa forma, toma mais força. A criminalidade, como foi estudado, é fator condicionante para a violência generalizada. Contudo, como nasce essa *vontade de justiça* no indivíduo-comum, e de que forma ela se materializa em práticas mais violentas?

A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA ARISTOTÉLICA E OS IDEIAIS DISTORCIDOS DE JUSTIÇA

A teoria ético-política de Aristóteles assemelha as virtudes inerentes, produtos da natureza das coisas, a um fazer ético na política, na vida e, sobretudo, num padrão de Justiça – sendo esta última uma disposição do caráter que faz os homens desejarem o que é justo (AMORIM, 2011). Portanto, este primeiro princípio é um ideal geral, sendo a justiça particular a articulação desse ideal virtuoso ao caso individual, segundo ideais de igualdade. Assim, Aristóteles articula a justiça a uma disposição natural que todos os homens possuem para desejar o justo, além de alinhar este pensamento ao próximo segundo a equidade⁹⁵, segundo um desejo ético e virtuoso do caráter individual, tendo como *telos* (finalidade) a *eudaimonia*⁹⁶ (felicidade) (ARISTÓTELES, 1991).

95 O princípio fundamental da filosofia aristotélica é o equilíbrio. É a justa-medida das coisas que fazem elas se tornarem justas. Entre a temeridade – coragem desmedida – e a covardia – coragem inexistente –, o virtuoso é a coragem, que se põe como meio termo entre as duas, o equilíbrio.

96 Alinhados aos padrões de virtude, equidade e justiça, uma das expressões da filosofia aristotélica é a ideia de *finalidade*. Todas as ações visam um certo fim, e para o homem este fim é a *eudaimonia* – é a felicidade. Para atingir esta felicidade, na concepção de Aristóteles, o melhor para o homem é exercer as virtudes de maneira equilibrada a fim de atingir o bem comum – ou seja, a felicidade dele e de todos.

Ao contrário do ideal aristotélico, percebe-se, no contexto brasileiro, uma justiça desmedida. Este aspecto fica claro quando se analisa *Death Note*, ou o “caderno da morte”, já que “o humano cujo nome for escrito neste caderno morrerá”⁹⁷ (OHBA; OBATA, 2013, p.14). Este caderno, expressão máxima da atitude desproporcional, é capaz de matar, em qualquer hora e em qualquer lugar, o humano cujo nome estiver nele escrito. Portanto, o personagem da ficção, *Light Yagami*, começa uma série de assassinatos, exclusivamente a delinquentes sociais, já que sob sua visão de uma sociedade mais “justa”, é necessário eliminar o mal, segundo a ideia de que os fins justificarão os meios. Contudo, o que procede é a transformação de *Light* em um monstro, que para atingir estes ideais oblitera quem estiver em seu caminho a fim de atingir seu ideal final, ou de seu *telos* corrompido.

DEATH NOTE, DISCURSO, MATERIALIDADE E SEUS PERIGOS

As reciprocidades entre a obra e o Brasil se materializam à medida que a violência se reproduz, multiplica-se e é posta no âmago das mentes coletivas. Assim, segundo a concepção aristotélica, vê-se o sujeito inserido no contexto de violência brasileiro agir segundo um ideal de *eudaimonia* [bem-estar social], em que intuisse atingir a paz social através da supressão da violência a partir de práticas violentas. Contudo, o que se percebe é que, no final, segundo uma visão justiceira, conforme o caso de *Light Yagami* – que passa de justiceiro a *serial killer* - o justiceiro se torna o monstro no final (NIETZSCHE, 2001, p.89; OHBA; OBATA, 2013).

Dessa forma, as generalizações das práticas de violência segundo estas ideias são orientadas à prática, na medida que um discurso justiceiro toma aspectos na realidade concreta, já este discurso é “o discurso verdadeiro pelo qual se tinha respeito e terror, aquele ao qual era preciso submeter-se, porque ele reinava” (FOUCAULT,

97 Para fazê-lo, quem escrever o nome da vítima deve ter seu rosto memorizado para o caderno surtir efeito. Caso não seja especificado a *causa mortis* [maneira que a morte deve acontecer], dentro de quarenta segundos, a vítima que tiver seu nome escrito no caderno morrerá de ataque cardíaco.

1999, p.15). “Verdadeiro” é o discurso que orienta as práticas, pelo que se tem medo e temor, que é capaz de, a partir de um certo pensamento, guiar as práticas de violência passada nos discursos de “justiça”. Por conseguinte, a violência transcende de um pensamento individual para ações de barbárie, como evoca Martins (2020), quando diz que o Brasil é o país que mais lincha no mundo, havendo o triunfo da barbárie. Portanto, a materialidade do discurso retributivo toma aspectos na realidade como, por exemplo, com as práticas de linchamento que visam “purificar” [remontando o tempo dos suplícios] as práticas de violência, que, ao contrário, dissemina mais práticas análogas, formando discursos similares que, posteriormente, readquirirão materialidade e as práticas continuarão a ser concretizadas.

Neste âmbito, o que resta é a materialização de um discurso de ódio no plano concreto. Segundo a concepção de Materialismo Histórico Dialético de Chauí (2008), a ideia possui uma íntima relação recíproca com o real, sendo a ideia produtora do real e vice-versa. Da mesma forma que aconteceu na *Epoca Dello Estato*⁹⁸ que um ideal de uma nação unificada produzia práticas maliciosas para que o ideário fosse alcançado (NOVAIS, 2006), é a partir de um discurso intolerante que as ideias adquirem materialidade, passando do estágio de ideia e se traduzindo em práticas de violência na realidade, já que o discurso é o elemento histórico de poder pelo que se tanto luta⁹⁹ (FOUCAULT, 2006). É a partir dele que certos pensamentos podem engendrar comportamentos nos indivíduos, da mesma forma que a ideologia - no sentido de encobrir uma realidade, no caso de violência e dominação - nazista¹⁰⁰ fez com que a violência

98 Conceito esboçado por Reis (2006, p.128-140) segundo o qual o Estado Fascista Italiano possuía uma série de ideais que unicamente buscavam o engrandecimento do Estado, e não a desenvoltura das garantias subjetivas.

99 O discurso é elemento de poder, logo, quem possui o monopólio deste é capaz de dominar. A partir dele [do discurso] pode-se legitimar posições de poder e controlar indivíduos. Assim cria-se uma série de mecanismos para conter a produção de discursos que não estejam de acordo com aquele que é interesse de quem o controla (FOUCAULT, 2006).

100 Como Chauí (2008) explica em suas hipóteses, a ideologia é um encobrimento

fosse banalizada, resultando numa série de brutalidades encober-
tas aos olhos dos comuns (CHAUÍ, 2008; FOUCAULT, 2006; AREN-
DT, 1999).

Dado o exposto, a violência generalizada no Brasil, por conta de
uma crise social e, sobretudo, da ascensão da criminalidade, é ca-
paz de disseminar os mais diversos discursos justiceiros. Tais falas
tomam aspectos na realidade à medida que a violência se espalha e
se renova com práticas análogas. Assim, a premissa máxima da re-
lação entre *Death Note* e Brasil é a falsa vontade de justiça. Falsa, já
que em ambos os casos, da obra nipônica na figura de *Light Yagami*,
e o contexto brasileiro, pensa-se numa finalidade ideal e utópica
de uma sociedade ideal e livre de males. É punindo os indivíduos,
sob esta ótica, seja pela alma ou seja pelo corpo (FOUCAULT,
1986), que o problema estaria resolvido. Não obstante, essas ideias
articuladas a atitudes práticas, como repercussão de discursos de
ódio, violência física e vontade de justiça, não suprimem a violência
como tão somente terminam por propagá-la como numa rede de
comentários¹⁰¹ (FOUCAULT, 2006). Assim, percebe-se no caso de
Light, que matava os infratores com a premissa de que ao final ele
criaria uma nova ordem justa, um movimento contrário. Ao invés
dessa ordem se concretizar, o que segue a trama de *Death Note* é a
decadência de *Light Yagami* – progressivamente se tornando o anti-
-herói da história - e a ascensão de um mal muito mais arbitrário e
sumário que justo, coibindo, portanto, todas as esferas de atuação

da realidade. Ou seja, a partir de um conjunto de discursos, falsifica-se uma re-
alidade a partir da ideia [por isso a ideia tem relação íntima com o real]. A ideia
do regime nazista, como explica Novais (2006), era figurar no povo a imagem
de uma grande nação, sendo que, na verdade, o atropelamento das garantias
individuais, além da violência para certas minorias, eram as reais intenções
daquele regime, configurando-se, portanto, como uma ideologia.

¹⁰¹ Foucault (2006) trata de um princípio do comentário, que é uma maneira de
reprodução das ideias das instituições, que a partir de um texto fundante ori-
gina-se uma cadeia de comentários que tem por função reafirmar a autoridade
do autor e, conseqüentemente, da instituição. Tal princípio é análogo aos dis-
cursos de violência, já que a partir de um princípio fundante, utópico, gera-se
mais discursos análogos.

do Direito por uma justiça destorcida e desmedida.

CONCLUSÃO

Consoante ao que foi dito, a análise de obras de diferentes contextos pode proporcionar, além de uma compreensão plural dos termos, um entendimento das diversas culturas, mostrando o que o “outro” pode nos ensinar sobre certos temas. Dessa forma, ficou evidente que a ascensão da criminalidade está diretamente associada a um aspecto sutil da criação de um discurso distributivo de violência – produto da criminalidade instaurada por diversas aglutinações criminosas -, que no falso pensamento de coibir futuras práticas, termina por engendrar e fomentar outras práticas análogas, adquirindo, portanto, materialidade e reciprocidade, já que se concretiza na realidade.

O entendimento desses recursos proporcionou, através da pesquisa de dados de violência no contexto brasileiro, das obras de autores brasileiros, franceses, japoneses e portugueses, um amplo desenvolvimento conceitual nos referidos temas abordados. Dado isso, o emprego de um discurso desmedido deve ser suprimido, ao passo que se acende a busca por uma sociedade equânime, buscando não a extinção do outro, mas a emancipação da aplicação do Direito e da igualdade. *Light Yagami*, mesmo sendo o estudante mais inteligente de seu tempo, não fora capaz de fugir aos ideais distorcidos de uma justiça desmedida, e que isso poderia mostrar o tamanho da decadência que persegue ideais perversos. Ademais, um olhar crítico acerca da produção desses discursos sutis é demasiado importante a fim de coibir a reprodução de práticas violentas. Já dizia o autor alemão: “quem deve enfrentar monstros deve permanecer atento para não se tornar também um monstro. Se olhares demasiado tempo dentro de um abismo, o abismo acabará por olhar dentro de ti” (NIETZSCHE, 2001, p.89).

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal [trad. José Rubens Siqueira]. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. Livro II. In: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** [trad. Leonel Vallandro et al.]. 4.ed. São Paulo: Nova cultural, 1991, p.27-35. *E-book*. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em 12 de mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, Brasília, DF, ago. 2006. *Online*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 10 de mar. 2020.

CALDAS, Saulo H. S. Direito penal do inimigo está baseado no totalitarismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 de nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/saulo-caldas-direito-penal-inimigo-baseado-totalitarismo>. Acesso em 8 de mar. 2020.

CARVALHO, Marcelo. A justiça pelas próprias mãos: os linchamentos no Brasil. **O Alferes**: Belo Horizonte, v.12, n.41, p.53-66, abr./jun. 1994.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

CORREIA, José P. A.; SILVA, José B. A banalidade do mal. In: **Observador**, 16 de jun. 2015. Disponível em: <https://observador.pt/opinia0/a-banalidade-do-mal/>. Acesso em: 09 de mar. 2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. Crimes de Maio causaram 564 mortes em 2006; entenda o caso. **Agência Brasil de Comunicação**, Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/crimes-de-maio-causaram-564-mortes-em-2006-entenda-o-caso>. Acesso em: 09 de mar. 2020.

DEPEN - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização – junho de 2017. Brasília, DF: INFOPEN, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 09 de mar. 2020.

DIAS, Camila C. N. As crises do sistema carcerário: rumo a uma nova figuração social na prisão. *In*: DIAS, Camila C. N. **PCC**: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. 1.ed. São Paulo: Sarai-va, 2013, p.67-86.

FBSH – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**: de 2014 a 2017. São Paulo: 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 09 de mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso** – aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 [trad. Laura F. A. Sampaio]. 14.ed. São Paulo: Loyola, 2006, p.1-15.

FOUCAULT, Michel. Suplício. *In*: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** – nascimento da prisão [trad. Ligia M. Pondé Vassallo]. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p.1-14.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da violência**. Brasília, DF: IPEA, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/17>. Acesso em 8 de mar. 2020.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**: São Paulo, v.11, n.2, p.10-29, Ago/Set 2017. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/854>. Acesso em 03 de mar.2020.

MARTINS, José de Souza. O triunfo da barbárie. *In: Valor Econômico*, São Paulo, 31 de jan. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/coluna/jose-de-souza-martins-o-triunfo-da-barbarie.ghml>. Acesso em 8 de mar. 2020.

NAGADO, Alexandre (org.); MATSUDA, Michel; GOES, Rodrigo. **Cultura pop japonesa** – histórias e curiosidades. 1.ed. São Paulo: JBC, 2011. *E-book*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/oB7CHojDNscoRbm5fV3ZQU3RnVFk/view>. Acesso em 14 de mar. 2020.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Aforismos e interlúdios. *In: NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Além do bem e do mal: ou prelúdio de uma filosofia do futuro* [trad. Márcio Pugliesi]. 1.ed. Curitiba: Hemus, 2001, p.89. *E-book*. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/4/o/Al__m_do__Bem_e_do_Mal.pdf. Acesso em 12 de mar. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. O Estado de Direito e as Experiências Anti-Liberais na Europa no Século XX. *In: NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito* – do Estado Liberal ao Estado social e democrático de Direito. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.128-140.

OBATA, Takeshi; OHBA, Tsugumi. **Death note** (Caderno da Morte) - Black Edition. 1.ed. São Paulo: JBC, 2013, v.1.

PCC: Primeiro Cartel da capital. Direção: João Wainer. Apresentação Débora Lopes. [S. L.]: UOL: Mov. 1 vídeo (17 min). Online. Disponível em: <https://youtu.be/ULyI7Zgeut8>. Acesso em 10 de fev. 2020.

SAVIANO, Roberto. Cocaína. *In: SAVIANO, Roberto. Zero Zero Zero* [trad. Federico Caroti et al.]. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p.11-13.

SMJ 16: para que serve direito romano. Entrevistador: Thiago Hansen. Entrevistados: Walter Guadalini Jr. e João Paulo Arossi. [S.I.]: Salvo Melhor Juízo, 16 de maio 2016. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/7nBUcP8ltVyCoWBoo3UYRt>. Acesso em 16 de fev. 2020.

WORCESTER, Kent. The Punisher and the politics of retributive justice. **Law Text Culture**, Wollongong, v.16, p.329-352, 2012. Disponível em: <https://ro.uow.edu.au/ltc/vol16/iss1/14/>. Acesso em 15 de mar. 2020.

CAPÍTULO 13

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR PELO ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS

*Fábio Severiano NASCIMENTO*¹⁰²

*Nívea Ester de Almeida SOUSA*¹⁰³

*Yasmim Alves SILVA*¹⁰⁴

*Wellington ANDRADE*¹⁰⁵

RESUMO

O presente artigo busca analisar a responsabilidade civil do incorporador imobiliário pelo atraso da entrega de imóveis, identificando os pressupostos da responsabilidade civil, distinguindo na atividade da incorporação imobiliária as principais causas que levam ao atraso das obras e o impacto econômicos do posicionamento jurisprudencial. Na pesquisa empregou-se o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que o incorporador é responsável

¹⁰² Doutor em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da UNIFACISA– Centro Universitário. Email: fabio.severiano@gmail.com

¹⁰³ Bacharelanda do curso de Direito da UNIFACISA - Centro Universitário. E-mail: nivea.sousa.adv@gmail.com

¹⁰⁴ Bacharelanda do curso de Direito da UNIFACISA - Centro Universitário. E-mail: direito.yasmimalves@gmail.com.

¹⁰⁵ Bacharelando do curso de Direito da UNIFACISA - Centro Universitário. E-mail: neuowandrade@gmail.com

quando atrasa a entrega o imóvel que vendeu, se busca determinar quais são as causas de atraso na entrega de imóveis e o posicionamento da jurisprudência sobre o fato, assim como uma abordagem qualitativa, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental. Constatou-se que as principais causas de atrasos em obras estão relacionadas ao mau gerenciamento ou execução da obra, fato este preocupante, considerando a preexistência de soluções para tais erros e que as consequências e o impacto econômico que o pagamento de indenizações por estes atrasos causam a este segmento chega a casa dos milhões de reais. Além disso, verificou-se também que a jurisprudência pátria, por meio dos julgamentos repetitivos 970 e 971, sedimentou o entendimento de que em casos de atraso na entrega de imóveis é permitida a conversão de cláusula penal de inadimplemento apenas em favor do construtor, porém, com a devida simetria de valores, para não haver enriquecimento ilícito do consumidor, mas não a cumulação desta mesma cláusula em favor do comprador quando o pedido é cumulado com os lucros cessantes, visto que ambas têm a finalidade indenizatória.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; Compra e Venda de Imóveis; Danos.

INTRODUÇÃO

A incorporação imobiliária é uma atividade que objetiva unir pessoas e fundos para a construção de edificações imobiliárias, captando recursos dos promissários ou cessionários compradores, mediante promessa de alienação, e aplicando-os na construção de unidades imobiliárias, que não necessariamente serão construídas pelo incorporador.

No Brasil, seu crescimento se deu a partir dos anos 2000 e, mesmo com a queda da atividade no ano de 2014 e seguintes, o impacto econômico direto e indireto gerado por tal economia permanece relevante e fundamental para o desenvolvimento do país, chegando a produzir entre 2008 e 2017 cerca de 1.9 milhão de empregos diretos e indiretos e um volume de riqueza de R\$ 1.131 trilhão reais (ABRAINC; FIPE, 2017).

Essa atividade lida com desafios, como a desvalorização do imóvel e o baixo índice de vendas, impondo ao incorporador tomadas de decisões baseadas em uma análise de investimento, que concilie o menor tempo necessário e a menor quantidade de mão-de-obra e dinheiro gastos, para que seu empreendimento seja bem sucedido, na forma e no tempo planejados. Entretanto, não é incomum o atraso na entrega dos imóveis pelas mais diversas causas, como falta de mão de obra, retrabalho, escassez de matéria prima ou de recursos econômicos, as quais, em sua maioria, se relaciona ao profissionalismo do empreiteiro e/ou construtora, ou seja, dos erros que decorrem do planejamento ou execução da obra.

Tais atrasos afetam diretamente a vida dos compradores consumidores, que se planejam com base na data limite de entrega do bem, ao qual compraram antecipadamente e que, uma vez desrespeitada, gera uma série de questões jurídicas sobre a responsabilidade civil do Incorporador ante os danos causados. Ora, no direito brasileiro a reposição dos danos ocorre como regra de forma monetária, sendo que o pagamento de indenizações por parte de incorporadoras importa diminuição do seu lucro, sendo possível verificar uma alteração direta no lucro de uma incorporadora quando há uma decisão judicial que lhe atribui mais responsabilidades quanto ao atraso. Dessa forma, qual seria a responsabilidade do incorporador imobiliário pelos atrasos na entrega de imóveis?

O presente artigo busca analisar a responsabilidade civil do incorporador imobiliário no atraso da entrega de imóveis, definindo quais os pressupostos da responsabilidade civil, identificando as principais causas que levam ao atraso das obras na construção civil e compreendendo como os tribunais têm se posicionado quanto a responsabilidade civil do incorporador imobiliário pelo atraso da entrega de imóveis perante o promissário comprador (consumidor).

O primeiro instante aborda a responsabilidade civil, seus pressupostos e espécies, enfatizando como esta responsabilidade se vincula especificamente ao caso do Incorporador imobiliário ao promissário comprador. Já, o momento seguinte, explica o funcionamento do ciclo da incorporação imobiliária, sua importância para a realidade econômica nacional e as principais causas de atraso

na construção civil. Por fim, analisou-se as principais controvérsias jurídicas levadas ao Superior Tribunal de Justiça envolvendo a responsabilidade civil do incorporador imobiliário (fornecedor) pelo atraso na entrega dos imóveis ao promissário comprador (consumidor).

Na pesquisa foi empregado o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que o incorporador imobiliário responde perante o promissário comprador (consumidor) pelo atraso na entrega do imóvel, analisou-se, mediante abordagem quali-quantitativa, a bibliografia e documentos, como notas técnicas, leis, jurisprudências, artigos, livros, monografias, dentre outros, para confirmar ou não a hipótese inicialmente levantada.

Sendo assim, constatou-se que o Judiciário tem enfrentado a responsabilidade do incorporador ante o atraso na entrega dos imóveis, entendendo o negócio da venda como relação de consumo e que o atraso na entrega dos imóveis traz prejuízo aos promissários compradores (consumidores) que devem ser indenizados levando em conta os danos sofridos e a atividade da incorporação imobiliária.

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem raízes profundas e antigas na história da humanidade, sendo esta observada ainda em seus primeiros códigos, como o de Hamurabi e a lei das XII tábuas, mesmo que não nos moldes ou muito menos sobre os pressupostos e a complexidade que o Direito atual (PEREIRA, 2018). Sua construção deu-se de modo gradativo, tal como uma consequência esperada da organização social dos diferentes povos, trazendo consigo a ideia de contraprestação ou encargo pelo desrespeito às normas impostas por lei ou por contrato; ou seja, da afronta à paz e à estabilidade social dos indivíduos e suas relações decorre consequências jurídicas para proteger e garantir essa paz e estabilidade (CAVALIERI FILHO, 2019).

A responsabilidade civil, como instituto normatizador das ilicitudes cometidas, não possui, meramente uma função social punitiva, centrada no autor do dano e no dever de repará-lo através de seu

patrimônio disponível, mas também uma função social compensatória, voltada à reparação à pessoa lesada ou a quem lhe represente, como um verdadeiro dever jurídico sucessivo, nascido através da quebra de um dever jurídico originário ou obrigação, logo, pode-se afirmar que o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2019).

O ato ilícito pode ser categorizado em sentido estrito e em sentido amplo. Nos termos do art. 186 do Código Civil, a pessoa que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito; e o que comete ato ilícito, no termos do art. 927 do mesmo código, deve indenizar (BRASIL, 2019a). Destes dispositivos pode-se extrair quatro elementos que compõem o ato ilícito em sentido estrito: a culpa, a conduta, o dano e o nexos de causalidade.

O primeiro deles é a culpa em sentido lato como sendo toda conduta contrária ao Direito, seja intencional (dolo), na medida em que há uma vontade consciente para produção do resultado ilícito; ou tencional (culpa), quando há a violação do dever objetivo de cuidado, de cautela (imprudência), de diligência (negligência) ou de atenção (imperícia), mediante conduta voluntária com resultado involuntário e previsível. A culpa será contratual se a fonte da obrigação jurídica violada for um contrato; e extracontratual, quando o fato gerador for violação a preceito normativo (CAVALIERI FILHO, 2019).

Nosso código civil tem adotado como regra a responsabilidade civil subjetiva que investiga a culpa, enquanto a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa para responsabilizar alguém quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem ou nos casos especificados em lei, como a responsabilidade do fornecedor de bens e serviços perante o Código de Defesa do Consumidor (PEREIRA, 2012).

Ademais, a conduta é o pressuposto da responsabilidade que se extrai do art. 186 do Código Civil, quando este trata de ação ou omissão, pois, esta abarca ambas as definições do código, já que se tratam do agir do autor, trazendo consigo a ideia de comportamento.

Sendo assim, estas ações não podem ser meramente a intenções ou simples planejamentos, mas uma atitude concreta. Até mesmo quando se trata de atos omissivos estes apenas se impõem como condão da responsabilidade civil quando o indivíduo deixa de praticar ação que lhe é imposta, pois, se considera que este permitiu o resultado danoso não o impediu (CAVALIERI FILHO, 2019).

Os danos são os efeitos negativos gerados pela conduta, tratando-se da lesão causada a alguém contra sua vontade e que gera prejuízo a um bem jurídico da pessoa, podendo esta lesão ser material, moral ou estética, sendo assim, mesmo ante a existência de ato ilícito, não ocorrendo o dano, não há que se falar em responsabilidade civil (SANTANA, 2018), porém, para que seja considerado indenizável, o dano deve ser certo e atual, baseando-se em fato preciso (ALTHEIM, 2006).

Os danos podem ser materiais, compreendidos como patrimoniais, por ser de natureza econômica ou que em sua essência já têm valores monetários associados, subcategorizados em danos emergentes e lucros cessantes, que se tratam, na ordem, da perda de patrimônio que já se encontra sobre a guarda da vítima e aquele patrimônio que essa deixará de auferir em razão do dano provocado (SANTANA, 2018). Temos também os danos morais ou extrapatrimoniais, ou seja, se relacionam a direitos da personalidade que não têm valores econômicos intrínsecos, como o direito à vida, à imagem, à integridade física e moral, devendo seus valores de reparação serem determinados por arbitramento do juiz (SANTANA, 2018).

O nexo de causalidade é o liame entre a conduta do agente e os resultados danosos que ocorreram, de modo que se o primeiro não der causa ao segundo, impossível, por conseguinte, a configuração do dano. Este se trata de um dos conceitos mais complexos da responsabilidade civil, visto que se propõe a determinar quais atos foram essenciais ao resultado danoso, para só então se discutir se sobre o mesmo recai algum efeito jurídico (SANTANA, 2018).

A complicação decorre da cadeia de atos *lato sensu* que antecedem ao efeito danoso, ou seja, não existem apenas situações nas quais só uma conduta gera um dano, existem as que abarcam

diversas condutas e destas se deve retirar as quais devidamente deram causa ao efeito, para que, assim, possa ocorrer a responsabilização do autor. Para isso a doutrina divide tais atos em causas, isto é, aquilo que uma coisa depende efetivamente para existir; condição, que é toda circunstância que permite à causa produzir seus efeitos; ocasião, definida como a condição que não impede a causa de produzir seu efeito; e concausas, a condição que não gera o dano, mas ajuda a promovê-lo ou agravá-lo (SANTANA, 2018).

A outra, que é adotada pelo Código Civil, é a da causalidade adequada, visto que esta diferencia causa de condição e busca entender quais condições podem ser consideradas causas de acordo com a sua adequação ao fato concreto, e é isto que importa para a responsabilidade civil, considerando que apenas se deve saber se a conduta, ação ou omissão se adequam ao resultado (CAVALIERI FILHO, 2019).

A responsabilidade civil objetiva trata de responsabilidade extracontratual na qual a culpa não é elemento necessário à sua existência, sendo necessário apenas a conduta, o dano e onexo causal, ou seja, todo “problema de responsabilidade civil resolve-se num problema de causalidade” (PEREIRA, 2018, p.26).

Esta surgiu em razão das necessidades sociais que começaram a se criar, e até mesmo a se expandir, com o advento dos grandes centros urbanos e o progresso científico gerador de novas tecnologias, estas que mesmo facilitando a vida dos seus usuários tinham alto poder lesivo para a sociedade, causando danos que nem ao menos seus criadores tinham previsto.

Inicialmente, é importante saber que tais mudanças sociais começaram a ocorrer com o advento da Revolução Industrial, criadora de melhores condições de vida por meio de inventos inovadores, atraindo mais pessoas para estes centros urbanos desenvolvidos, principalmente, à procura de empregos. Porém, numa sociedade onde o número de pessoas aumentaram, assim como o de máquinas utilizadas no cotidiano, ainda em fase de criação e melhoramento, era esperado que das interações interpessoais decorressem diversos danos, como efetivamente ocorreu (CAVALIERI FILHO, 2019).

Ante o exposto restou insuficiente a necessidade de culpa para

que houvesse reparação por lesões sofridas pelas pessoas, pois os inúmeros casos nos quais não era possível comprovar, nem ao menos chegava a existir, a culpa do causador do dano, desequilibraram a situação social daquele que suportava o dano, havendo uma perda para este que restava injustiçado pela ação do outro, já que “não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano que a vítima, que não colhe os proveitos das atividades criadoras dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia” (LIMA, 1938, p.93).

Para a Teoria do Risco Proveito aquele que tira proveito da atividade danosa é responsável por esta (LIMA, 1938). Apesar de não adotada por nosso ordenamento, traz em seu comentário o ideal que fomentou a responsabilidade objetiva, que se trata da equidade, entendida nesse momento como a aplicação da lei segundo os fins sociais a que se destina. Ora, não seria possível alcançar a finalidade de reparação do dano sofrido para a imensidade de casos existentes no direito moderno, se o julgador estivesse adstrito à culpa do agente causador do dano, pois para

responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente ou da possibilidade de previsão ou de diligência para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano (LIMA, 1938, p. 93).

Essa necessidade de mudança se deu também por causa dos acidentes de trabalho ocorridos nas indústrias, que utilizavam maquinário sem que seus funcionários estivessem preparados para seu manuseio, gerando acidentes que tornavam impossível de comprovar a culpa do empregador, restando para a sociedade um grande

número de pessoas ofendidas, que ficavam sem poder se sustentar ou de sustentar a própria família, ante os danos efetivos que sofreram na própria saúde (CAVALIERI FILHO, 2019).

Em face disso, e relutando em aceitar a existência de uma responsabilidade sem culpa a jurisprudência e a doutrina aceitaram a flexibilização da culpa, de certa forma, invertendo o ônus de prova, aceitando as alegações de responsabilidade dos autores, de acordo com a ocorrência ou até mesmo a vida pregressa do réu, e remetendo a este o dever de comprovar que esta não ocorreu, porém, esta tarefa era de extrema facilidade, já que, como dito anteriormente, não havia culpa da maneira entendida por lei da parte destes (PEREIRA, 2018).

Porém, como a flexibilização da culpa não supriu as necessidades sociais insurgentes, surgiu a “Teoria do Risco”, que dá vez à responsabilidade objetiva no direito civil moderno, tendo como pressuposto o dever de segurança daquele que cria o risco; ora, se alguém está disposto a exercer certa atividade que põe em risco a segurança de outros, deve também garantir que tal fato danoso não venha a ocorrer, não podendo deixar isto meramente ao acaso. Antes de se chegar a este consenso sobre como seria incorporada a teoria do risco no Direito Civil, diversas correntes digladiaram em que se basearia esta responsabilidade, como a teoria do risco proveito, a teoria do risco excepcional, que é quando o dano é causado por atividade incomum à vítima, às mais abrangentes, bem como a do risco integral, que deixa de lado até mesmo onexo causal, só importando o dano, sendo esta última aceita para casos como danos ao meio ambiente e danos nucleares, ante o alcance da ofensa social destas lesões (CAVALIERI FILHO, 2019).

A definição da teoria do risco trazida por nós foi fundada com base na corrente do risco criado, essa foi a corrente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, defendida fervorosamente por Pereira (2018, p.347), para quem “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”.

A responsabilidade objetiva afastar-se-á daquele que comprovar que o dano adveio de caso fortuito ou força maior, ou seja, este não

concorreu para o dano. Por fim, vale salientar que as regras gerais da responsabilidade civil estão nos arts. 927 e seguintes do Código Civil, sendo a responsabilidade objetiva como a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a lei estabelecer ou quando a atividade do autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme o parágrafo único do art. 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Como pode-se perceber encontram-se abarcados nesta regra os casos até agora desprotegidos pela lei e diversos outros que possam vir a surgir, pois a legislação deixa livre para o legislador decidir quais casos devem ou não estar sob a égide da responsabilidade objetiva, além disso, traz a responsabilidade para os casos que as atividades praticadas pelos indivíduos são na sua essência capazes de causar dano, matéria já consolidada pela jurisprudência.

Dentre as situações previstas em lei temos as das relações de consumo, como a do incorporador imobiliário e os adquirentes-consumidores de imóveis (BRASIL, 2019b). Esta relação se desenvolveu da forma que compreendemos hoje com base no Código de Defesa do Consumidor, porém, é importante compreender que anterior a este instituto a defesa dos consumidores era extremamente escassa, a maioria das vezes impossível, visto que o entendimento da responsabilidade civil ainda tinha como pressuposto a responsabilidade subjetiva ou contratual, de maneira que era deveras penoso comprovar a culpa dos fornecedores e produtores dos bens de consumo ou o vínculo contratual entre as partes, chegando a haver a compreensão do consumo como uma aventura na qual aqueles que consumiam assumiam os riscos decorrentes (CAVALIERI FILHO, 2019).

Todavia, com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, em momento de extrema repulsa à responsabilidade civil baseada na culpa, a compreensão sobre a posição do consumidor no mercado mudou, passando este a ser entendido como merecedor de proteção, e os riscos do consumo sendo direcionados para os fornecedores, visto que se compreendeu que a vítima do dano não deveria suportar os prejuízos destes (BESSA, 2018).

Tal mudança é perceptível quando o CDC preceitua em seu art.

6º, VI, a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos” dos consumidores, não se referindo em nenhum momento à culpa, e até mesmo inserindo o termo “efetiva”, que denota a busca pela reparação integral, princípio basilar no direito do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2019).

Nesse sentido, o Código de Defesa também explicita a responsabilidade objetiva, quando, ao prever os casos de responsabilidade por vício e fato do produto ou serviço, insere a expressão “independentemente da existência de culpa” (BESSA, 2018); mas, é preferencial para o presente artigo a ênfase na responsabilidade por vício do serviço, visto que, de acordo com o acórdão do Agravo Interno de nº 1240516/SC, o incorporador atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, se incluindo nestes, os danos advindos de construção defeituosa, já que se posiciona como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio (BRASIL, 2019d).

Nesse sentido o vício se trata de um defeito menos grave relacionado ao produto ou serviço, quando ligado diretamente ao serviço, este é dividido em vícios de qualidade ou quantidade, estando estes definidos no art. 20 do CDC, sendo os de qualidade aqueles que o tornam impróprio para o consumo ou lhe diminuam o valor, já os de quantidade se relacionando as disparidades com as indicações constantes na oferta ou mensagem publicitária (CAVALIERI FILHO, 2019).

Logo, de acordo com a jurisprudência acima citada, a incorporação também adentra na esfera do consumo, devendo respeitar o CDC e seus princípios, de maneira que, os danos causados pela má execução da obra são de responsabilidade do incorporador, podendo estes danos serem relativos ao atraso na entrega, considerando que este também é fato prejudicial ao consumidor, o que adentraria no vício de serviço quantitativo, considerando que a oferta apresenta data de entrega diferente da executada.

Ademais, sempre devemos considerar que o direito não se trata de uma letra fria e estática, este se adapta ao mundo do qual faz parte, alterando-o e sendo alterado pelas novas formas de convivências e necessidades humanas, nesse sentido, existem, atualmente,

tendências da jurisprudência brasileira que alteram a forma como se pressupõe a responsabilidade civil nos seus mais diversos aspectos, como seus pressupostos, a maneira como estes danos são reparados e sua perda de exclusividade em matéria de reparação e danos (SCHREIBER, 2005).

De maneira mais pontual, são cinco novas tendências percebidas na jurisprudência recente, a primeira aborda a flexibilização dos pressupostos da responsabilidade civil, caso este perceptível na erosão do filtro que a culpa e o nexo causal faziam para determinar tal responsabilização, ou seja, a cada dia mais ambos os institutos se tornam mais amplos, abarcando casos que em momento anterior não seriam considerados, como a culpa objetiva, relacionada ao risco das atividades, e os casos nos quais o nexo causal foi estendido de forma a abarcar atos que antecederam o dano, porém, não podendo estes serem entendidos como causa, doutrinariamente qualificada, visto que por si só não são causadores do dano (ARAÚJO, 2015).

Isso ocorre pela busca judicial de não deixar as vítimas desamparadas, já sendo criadas pela doutrina novas explicações para tais reparações de casos nos quais o nexo de causalidade é extremamente frágil, sendo uma destas a junção do conceito de solidariedade social com a responsabilidade civil, ou seja, a reparação teria um caráter mais solidário e coletivo, como maneira de manter a sociedade coesa (ARAÚJO, 2015).

O segundo caso se trata da coletivização das ações de responsabilidade civil, que é a aceitação por parte dos tribunais de ações coletivas de reparação, isto ocorrendo pela busca de facilidade no acesso à justiça e de sentenças mais uniformes com relação a casos idênticos, visto que é comum a disparidade no arbitramento de sentenças em casos similares no judiciário nacional (SCHREIBER, 2005).

Já, a terceira tendência nacional se refere à extensão do que se interpreta por dano reparável, este decorre dos anteriores, pois, ao se flexibilizar o alcance dos pressupostos da responsabilidade, há um aumento de possibilidades aos quais os indivíduos podem buscar tutela. Tal mudança se torna perceptível ao verificarmos os

novos bens que estes indivíduos buscam tutelar, que são, em sua maioria de natureza existencial, e que tratam dos mais diversos aspectos da vida (SCHREIBER, 2005).

Existe, porém, um receio social relativo à “indústria do dano moral”, assim caracterizada por parte da doutrina civilista que afirma ocorrer um protagonismo do dano em relação à responsabilidade civil, saindo esta última do dever do ofensor de reparar o dano causado, para o direito do ofendido de ter suas perdas reparadas, vitimando ofendidos que buscam reparação para casos sociais que não merecem atenção do judiciário (ARAÚJO, 2015).

Tal posicionamento é contraposto pelo entendimento que estas novas formas de dano apenas buscam proteger os mais diversos aspectos da personalidade humana e as novas formas de se relacionar em sociedade, de maneira que, o que se deve discutir não são os limites ao que se pode considerar dano, mas os critérios que permitiriam que os mais diversos bens fossem tutelados, a luz da Constituição Federal (SCHREIBER, 2005).

No quarto caso, ao se basear na solidariedade do dano, se pensa na responsabilidade civil apenas como uma das formas de mitigar os efeitos das ocorrências danosas, buscando outros métodos anteriores a estas para prevenir tais ocorrências, podendo ocorrer por meio de medidas de seguridade social e seguros privados, conforme verificamos nos casos de seguros contra acidente de trabalho, ou por meio de medidas do poder público que se utiliza de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória e impõe deveres de eliminação prévia de riscos aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficaz (SCHREIBER, 2005).

Por fim, na última tendência adentramos na esfera da reparação em si, visto que ainda vivemos sob uma mentalidade patrimonialista, que repara todas as formas de dano de maneira monetária, mesmo quando tal forma não é capaz de reparar a ofensa ao bem jurídico tutelado. Sendo assim, os tribunais vêm, aos poucos buscando novos meios de reparação do dano, chegando a ser utilizada a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) na sua disposição sobre a retratação pública como forma de inibir a prática de atos lesivos, sem atribuir ao ofendido soma pecuniária (SCHREIBER, 2005).

Claro que tal expansão da responsabilidade civil traz em si diversas discussões, como a discricionariedade do juiz de definir até onde se flexibilizam os pressupostos indicados para cada caso específico? Quais outras formas de reparação seriam aceitas socialmente e legislativamente? Estas respostas apenas surgirão com o tempo e as discussões doutrinárias e legislativas pertinentes.

PRINCIPAIS CAUSAS DE ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

A incorporação imobiliária procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações imobiliárias (e não somente prédios), divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda durante a própria construção, sendo considerada, nos termos do parágrafo único do art. 28 da lei 4.591/64, como uma “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964).

O objetivo da incorporação imobiliária é proporcionar segurança aos futuros proprietários do empreendimento, o qual será construído conforme as condições técnicas e de idoneidade do incorporador, legalidade do projeto, características do imóvel e até sobre regras de convivência do condomínio. A partir do registro do memorial de incorporação, torna-se público o regime sob o qual a obra será edificada.

O incorporador imobiliário capta recursos dos promissários ou cessionários compradores mediante promessa de alienação e os aplica na construção das unidades imobiliárias que serão entregues no futuro, nos termos do art. 29 da lei 4.591/64, sendo o incorporador pessoa, física ou jurídica, que compromete-se ou vende frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas imobiliárias em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial (BRASIL, 1964).

Sendo assim, considerando os mais diversos riscos relacionados à incorporação imobiliária, como a desvalorização do imóvel, questionamentos jurídicos, baixo índice de vendas, elevação no preço

dos insumos, entre outros, para realizar um empreendimento o incorporador toma a decisão baseando-se numa análise de investimento, esta decisão deve ser feita com base em cinco elementos, o primeiro é o orçamento, que deve incluir todos os custos relacionados à obra e manter margem de segurança para hipóteses de surpresa durante a incorporação, já o segundo é o cronograma físico e financeiro que vai detalhar o orçamento no tempo e auxiliar a manutenção do controle de gastos e prazos (LONGO, 2014).

O terceiro elemento se trata do fluxo de caixa que de maneira mensal, sob uma visão puramente financeira, controla todas as entradas e saídas de caixa para em seguida se realizar uma análise a ser feita por métodos de projeção, que podem considerar, ou não, o valor da moeda no decorrer do tempo ou o retorno imediato de valores. Por fim, há a tomada de decisão, em que se considera cenários de sucesso ou fracasso, total ou parcial, sobre a possibilidade ou não de investimento e em quais destes (LONGO, 2014).

De acordo com Rios (2020), o ciclo de incorporação imobiliária pode ser dividido em 6 etapas: novos negócios, incorporação e projetos, lançamento e vendas, execução da obra, entrega da obra ao cliente e pós-obra.

A primeira etapa foca no principal insumo da incorporação, que é o terreno onde será realizada a construção, sendo assim, todos os passos tomados se relacionam a isto, como o Estudo de Viabilidade Comercial até à aquisição do terreno estudo geotécnico, a verificação do tipo de construção a ser feita, a estruturação do Quadro de Áreas (definição da quantidade e tamanho das unidades imobiliárias a serem comercializadas), estudo de massa, análise da legislação urbanística, pesquisa de mercado, entre outras coisas (RIOS, 2020).

Na segunda etapa, já com o terreno adquirido, o incorporador aprofunda as análises feitas previamente e desenvolve o projeto legal (a ser aprovado pelo Município), o projeto executivo de arquitetura e a estrutura societária (contratos sociais, estatutos, acordos de acionistas), como também o procura cumprir certas exigências legais (alvarás de obra e demolição, aprovações em concessionárias, definição de responsáveis técnicos, cadastro em órgãos, dentre

outros). O marco fundamental desta etapa é o registro do memorial de incorporação no cartório de imóveis (vínculo entre o terreno existente e o futuro empreendimento que surgirá incorporado ao mesmo, atestando a idoneidade de toda a operação, e a definição fração ideal das unidades autônomas a serem incorporadas sobre o terreno) (RIOS, 2020).

Na terceira etapa, a de lançamento e vendas, é realizada a campanha publicitária que publicize o empreendimento, visando apresentar o produto, diferenciais competitivos e posicionamento de mercado à força de vendas (RIOS, 2020).

Na quarta etapa, a execução da obra pode ser realizada diretamente pela própria incorporadora, por ter como objeto social a incorporação e a construção civil, ou pode ela contratar por empreitada uma construtora (RIOS, 2020).

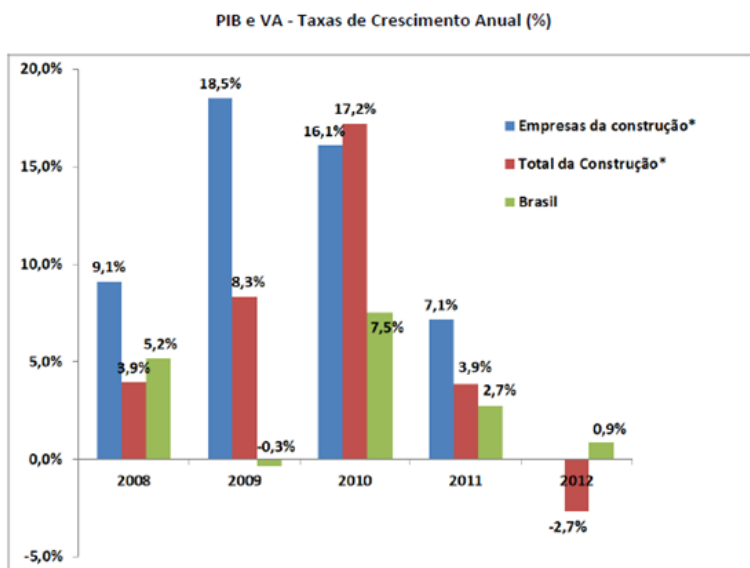
Na quinta etapa, ocorre a entrega da obra ao cliente através da vistoria da unidade imobiliária e correção de irregularidades, se existentes. Antes da entrega da unidade autônoma só poderá ser dada após a expedição, pelo Município, do “habite-se” do empreendimento, atestando que o projeto foi construído conforme projeto aprovado previamente pela prefeitura, tendo, portanto, condições de uso. O “habite-se” deve ser registrado no cartório de imóveis, que nesta oportunidade atestará que o terreno antes existente, agora comporta uma edificação com diversas unidades autônomas. Com o imóvel aceito em vistoria, “habite-se” emitido e registrado é realizada a entrega das chaves da unidade autônoma, dando assim dela posse ao adquirente (RIOS, 2020).

No pós-obra, a última etapa, o incorporador é responsável pelos defeitos ou vícios ocultos pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 618 do Código Civil (BRASIL, 2020). Existem outros prazos segundo o tipo de responsabilidade, porém este estudo não é o escopo do presente trabalho.

Assim, a incorporação imobiliária impacta uma extensa cadeia produtiva além de fornecer melhores condições de infraestrutura para o país, sendo, pois, fundamental para o desenvolvimento da economia brasileira. Seu crescimento se deu a partir dos anos 2000 e assim permaneceu mesmo com a crise financeira sofrida no Brasil

e no mundo, em 2009, sendo um fator determinante para impedir a intensificação desta, em virtude das medidas de desoneração e do lançamento do programa “Minha Casa, Minha Vida”, que levaram ao seu crescimento (ABRAIN; FIPE, 2017).

De fato, conforme se percebe na tabela abaixo, apesar do Brasil ter um crescimento médio menor entre 2009 e 2012, as empresas e o setor de construção tiveram uma alta significativa, aumentando seu Valor Adicionado (VA) em 26% enquanto o PIB brasileiro, 17% (ABRAIN; FGV, 2014).



(*) Valores corrigidos pelo INCC-DI. A última PAIC divulgada é relativa ao ano de 2011.

Fonte: IBGE. Elaboração FGV.

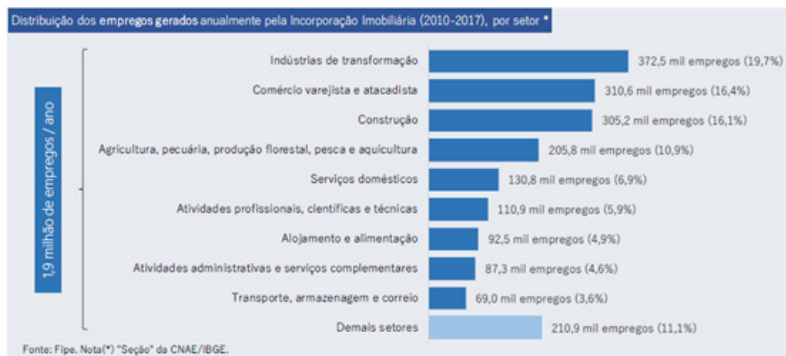
Nesse sentido, conforme se depreende dos resultados da pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Incorporações Imobiliárias conjuntamente com Fundação Instituto de Pesquisa Econômica expostos adiante, após o ano de 2010, o crescimento da Incorporação Imobiliária se estabilizou até sofrer uma leve diminuição entre 2015 e 2017, sem contudo, tornar sua participação menos relevante,

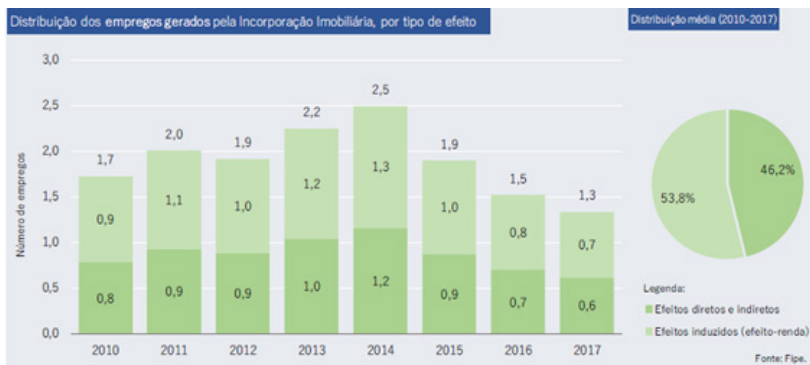
uma vez que o seu volume de mercado, em número de empreendimentos lançados, gerou, em média, R\$ 113,2 bilhões ao ano e 1.9 milhão de empregos, dos quais, 53,8% foram empregos diretos e 46,2% empregos indiretos, isto é, não apenas para as pessoas que trabalham diretamente com a construção, como também aquelas que, indiretamente, lidam com a atividade, como o comércio varejista e atacadista (ABRAIN; FIPE, 2017).



Fonte: ABRAIN e FIPE (2017)

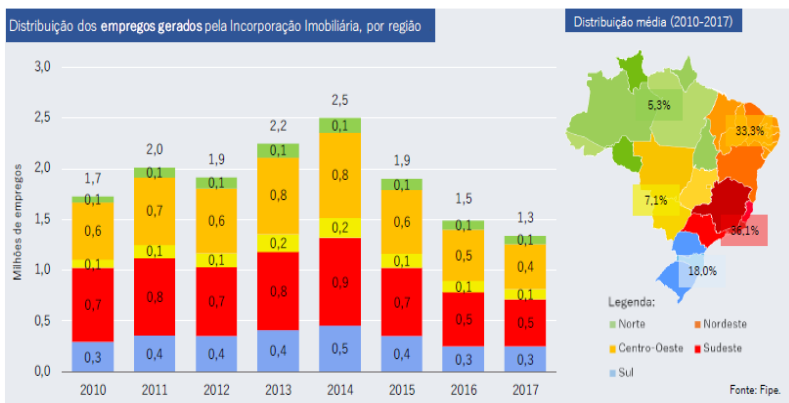
Fonte: ABRAIN e FIPE (2017)





Fonte: ABRAINC e FIPE (2017)

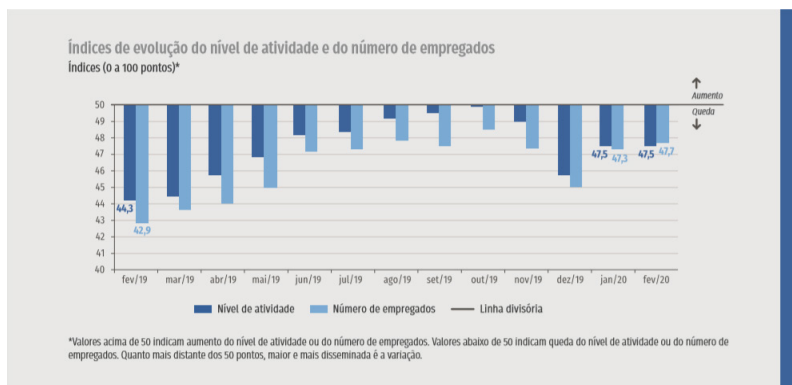
Seu impacto regional, foi, por sua vez, distribuído, percebendo-se um maior resultado na Região Sudeste, com 36,3% e um menor na Região Norte, com 7,1%. Vejamos:



Fonte: ABRAINC; FIPE, 2017

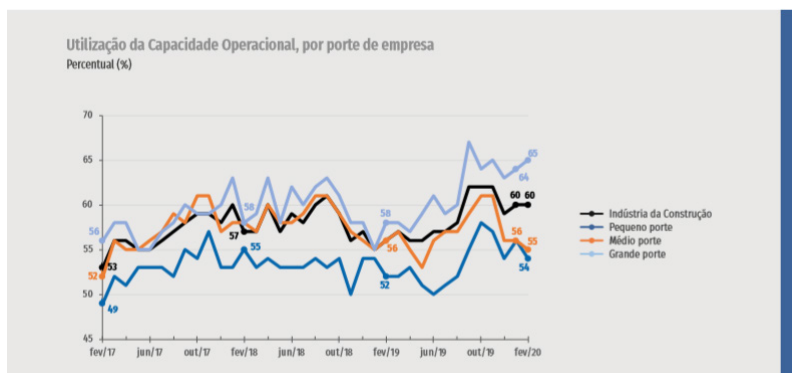
Em 2020, observa-se que a indústria de construção permanece em baixa, ainda que seus números pareçam mais promissores quando comparados com os de 2019. Em Sondagem realizada na indústria da construção, demonstrada na tabela a seguir, os níveis

de atividade e de empregos somaram cerca de 47,7 pontos, número abaixo dos 50 pontos indicados, mas superiores àqueles em fevereiro de 2019, que computaram 44,3 e 42,9 pontos (CNI, 2020).



Fonte: Confederação Nacional de Indústria (2020)

Já Utilização da Capacidade Operacional (UCO), conforme tabela abaixo, alçou 60%, 4 pontos percentuais a mais do que em 2019, sendo as empresas de grande porte, entretanto, aquelas que alcançaram o maior patamar na UCO, com 65%, enquanto as de médio e grande porte apresentaram queda, fato que denota que a aparente recuperação do setor não ocorre de forma homogênea.



Fonte: Confederação Nacional de Indústria (2020)

O Mesmo resultado é possível inferir no disposto a seguir, no qual o índice de intenção de investimento, que recuou em março de 2020, com 42,6 pontos, mas ainda assim acima dos 38,0 registrados em 2019.

Intenção de investimento

Índice (0 a 100 pontos)*



* Quanto maior o índice, maior a propensão a investir da indústria.

Fonte: Confederação Nacional de Indústria (2020)

Importante ressaltar ainda que, tal cenário pode ser alterado em razão dos impedimentos sociais e econômicos decorrentes da pandemia causada pelo COVID-19, limitando as formas de realização do trabalho, a entrega de materiais e a conclusão dos empreendimentos em andamento. Trata-se, é claro, de mera hipótese, mas que, dada a gravidade e o impacto de tal situação, pode consubstanciar em discussões jurídicas e econômicas relevantes para o setor.

O setor da construção civil está fundamentado no princípio do *Lean Construction* que nada mais é do que uma “produção enxuta” que busca utilizar apenas o necessário à sua realização, isto é, o

menor tempo necessário, a menor quantidade de mão de obra e dinheiro (BERNARDES, 2001). Para isso, organiza-se a produção em fases, na qual cada uma delas objetivará a solução de problemas diferentes, com técnicas próprias a serem empregadas em sua execução, cujas técnicas, conforme a Norma Brasileira (NBR) ISO 21500, dividem-se em iniciação, planejamento, implementação, controle e fechamento.

Tais informações se mesclam quando se entende que, para a consecução de uma construção, deve existir uma organização anterior aos esforços empreendidos, como forma de regular de que maneira todos os recursos de uma obra serão utilizados, recursos como tempo, material, dinheiro e mão de obra, assim como, se preparar para todos os imprevistos que possam ocorrer, visto que se trata de projeto de larga escala (BERNARDES, 2001).

A definição anterior se encaixa perfeitamente entre o que se almeja num planejamento e os ideais do *Lean Production*, visto que se planeja buscando antecipar futuro desejado de forma a evitar maiores gastos e seguir um percurso linear e estável na efetivação da obra (SANTOS, 1998 *apud* BERNARDES, 2001).

Importante observar que o Controle de Produção observa a execução de uma obra de forma holística, pois pressupõe a regularização, gerenciamento e estudo do que efetivamente está sendo realizado, assim como das mudanças que impactam o alcance do resultado pretendido, na forma e no tempo planejado (SANTOS, 1998 *apud* BERNARDES, 2001). Dessa forma, trata-se de uma matéria complexa, que permite um estudo técnico-científico sobre o assunto sobre pontos e abordagens diferentes. Um desses, e talvez um dos mais explorados por doutrinadores e profissionais do ramo da construção de todo o mundo é o estudo sobre as razões que levam ao atraso de uma obra.

De fato, tal análise é antiga e, por isso, vem acompanhada de dados que, mesmo diante de barreiras naturais que dificultam uma leitura panorâmica do quadro nacional ou mundial da construção civil, tais como a demanda/dificuldade por mão de obra própria de uma região ou o comportamento característico do empresário de um país, ainda sim nos permite perceber os principais fatores que

levam ao atraso na entrega de imóveis (DI FILLIPI; MELHADO, 2015).

Nesse ponto, há que se ressaltar que, como o presente artigo pressupõe uma visão científica sobre a responsabilidade civil para o atraso na entrega de imóveis dentro do ordenamento jurídico brasileiro, evidentemente, buscou-se dar ênfase no quadro nacional que envolve o tema, deixando de lado maiores comparações entre dados sobre países estrangeiros.

Sendo assim, realizou-se uma pesquisa bibliográfica na qual foram escolhidas pesquisas realizadas em períodos distintos, de modo a identificar não somente as razões do atraso na entrega de imóveis, mas também como estas se comportam no tempo e espaço.

A primeira delas trata-se da pesquisa realizada por Pereira (2012) em (2011), na qual 31 (trinta e uma) empresas participaram, sendo que destas “35,5% constroem imóveis residenciais, enquanto que 64,5% (n=20) atuam tanto no mercado residencial, quanto comercial” (PEREIRA, 2012, p.91). Em sua metodologia, foram analisados fatores associados ao atraso a partir dos Índices de Gravidade (IG), Frequência (IF) e Importância (II), com vistas a se descobrir eventuais correlações entre estes, conforme se observa a seguir.

Tabela 4.2- Fatores associados ao atraso (continua)

Gru-po	Fator Associado ao atraso	IF (%)	IG (%)	II (%)	Ranking
MO	Escassez de mão de obra	66	77	51	1
DS	Mudanças solicitadas pelo cliente final	54	57	31	2
MO	Mão de obra não qualificada	49	57	28	3
EX	Atrasos nos trabalhos dos subempreiteiros	47	58	27	4
EX	Retrabalho em virtude de erros	43	62	27	4
PJ	Conflitos entre os projetos (incompatibilidade)	45	56	25	6
MC	Atraso na entrega de material	41	59	24	7
MC	Escassez de materiais de construção no mercado	39	60	23	8
DS	Atraso na inspeção final e certificação por uma terceira parte (prefeitura, bombeiro, saúde, etc)	42	49	21	9
DS	Controle de tráfego e restrições para descarga de materiais no canteiro de obra	37	50	19	10
DS	Efeitos do clima na construção (calor, chuva)	39	49	19	10
GE	Mudança de ordens pela direção da empresa durante a construção	43	43	18	12
MO	Baixo nível de produtividade dos trabalhadores	33	53	18	12

Tabela 4.2- Fatores associados ao atraso (continuação)

Gru-po	Fator Associado ao atraso	IF (%)	IC (%)	II (%)	Ranking
DS	Atraso na obtenção de permissões municipais	35	48	17	14
PJ	Erros em projetos	31	51	16	15
DS	Efeitos das condições do solo (nível lençol freático, solo, etc.)	35	44	16	15
EX	Conflito com o cronograma de subempreiteiros na execução de projetos	35	42	15	17
PJ	Atrasos na produção de projetos	34	45	15	17
MC	Atraso no pedido dos materiais	32	46	15	17
EQ	Falta de mão de obra especializada para conserto do equipamento	35	44	15	17
GE	Tempo de obra sub-estimado pela gerência	30	47	14	21
EX	Fraca qualificação no quadro técnico do empreiteiro	35	40	14	21
GE	Atraso em revisar e aprovar projetos pela direção	31	41	13	23
GE	Aplicação de penalidades ineficientes quando ocorrem atrasos pela direção da empresa	31	43	13	23
PJ	Desenhos de detalhes de projetos inadequados e obscuros	32	40	13	23
MC	Mudanças no tipo de material e especificações durante a construção	32	40	13	23
EX	Atraso na mobilização da obra	31	39	12	27
DS	Problemas com vizinhos	30	40	12	27
PJ	Complexidade do projeto	33	34	11	29
MC	Atraso em produtos especiais manufaturados	26	43	11	29
EX	Conflito entre partes (empreiteiro e contratante)	27	37	10	31
EQ	Defeitos de equipamentos	29	35	10	31

Tabela 4.2- Fatores associados ao atraso (continuação)

Gru-po	Fator Associado ao atraso	IF (%)	IG (%)	II (%)	Ranking
MO	Conflitos pessoais entre os trabalhadores	27	37	10	31
GE	Lentidão em tomar decisão por parte da direção da empresa	27	33	9	34
EX	Fraca comunicação entre os trabalhadores	28	33	9	34
EX	Frequentes mudanças dos subempreiteiros em razão de sua ineficiência	26	33	9	34
MC	Atraso por material entregue com defeito	23	40	9	34
GE	Atraso em aprovar materiais pela direção da empresa	23	33	8	38
GE	Falha de comunicação entre a direção da empresa e as partes	26	31	8	38
EX	Conflitos entre o consultor/diretor da empresa e o engenheiro projetista	24	32	8	38
DS	Acidente durante a construção	22	36	8	38
EQ	Baixa eficiência e produtividade de equipamentos	21	27	6	42
DS	Mudança de regulações e leis governamentais	19	32	6	42
DS	Inviabilidade/atraso no provimento de serviços públicos (eletricidade, água, telefone)	19	31	6	42
EX	Fraco gerenciamento do canteiro de obras	15	30	5	45
EX	Método impróprio de construção implementado pelo executor/empreiteiro	20	24	5	45
GE	Atraso para fornecer e entregar o local da obra ao empreiteiro pela direção da empresa	17	23	4	47
EX	Inflexibilidade/rigidez do consultor/diretor da empresa	19	22	4	47

Tabela 4.2- Fatores associados ao atraso (conclusão)

Grupo	Fator Associado ao atraso	IF (%)	IG (%)	LI (%)	Ranking
EX	Atraso na inspeção e teste pelo consultor/diretor da empresa	19	22	4	47
PJ	Dados e pesquisas realizadas insuficientes para iniciar o projeto	15	26	4	47
PJ	Falta de experiência do projetista	13	20	3	51
EQ	Escassez de equipamentos	12	22	3	51
GE	Suspensão dos trabalhos pela direção da empresa	11	15	2	53
GE	Dificuldades em financiar o projeto pela direção da empresa	10	16	2	53
PJ	Falta de conhecimento em softwares de engenharia modernos	13	15	2	53
GE	Atrasos nos pagamentos pelo proprietário	7	17	1	56
GE	Disputas legais pelas partes	7	8	1	57

Fonte: Pereira (2012)

Com os resultados, foi-se possível observar que as principais causas estão relacionadas ao mau gerenciamento ou execução da obra, uma vez que dos 10 (dez) primeiros colocados nos rankings, 5 (cinco) implicam em algum erro cometido por parte da empreiteira. Ademais, como o Índice de Frequência é, segundo a pesquisa, proporcional aos Índices de Grandeza e Importância atribuídos, o que se pressupõe é que o conhecimento de tais problemas não implica, necessariamente, em ações destinadas à sua prevenção.

Estes são números, no geral, preocupantes, pois evidenciam que, na grande maioria das vezes, as razões de tais atrasos estão relacionadas com o profissionalismo - ou a falta dele - do empreiteiro e/ou construtora e não necessariamente com fatos da natureza, os quais, por sinal, aparecem apenas em 10º lugar no ranking acima.

Nesse diapasão, é importante observar que tal quadro não foi alterado com o tempo, pois em pesquisa realizada por Di Fillipi e Melhado (2015) em 2014, 3 (três) anos depois, continuou a observar os mesmos problemas preceituados anteriormente. Em seu estudo, os pesquisadores inicialmente identificaram os grupos de possíveis

causas de atrasos e logo em seguida as causas *per si*, agrupando-as de forma que se adequasse a maioria dos trabalhos pesquisados, conforme as tabelas abaixo:

Grupos (responsáveis pelas causas)	Autores Pesquisados												
	Descrição das Causas mais Comuns												
1. escopo (contrato inicial, negociação contratual ou viabilidade do projeto)	- Conflitos entre os envolvidos na propriedade (terreno)												
	- Indefinições de contrato ou escopo/negociações inconclusivas												
	- Disputas jurídicas entre as partes												
	- Tipo de licitação ou negociação apenas pelo menor preço												
	- Tipo de contrato inadequado para o projeto (turn key, adm, PMG, etc.)												
	- Duração do contrato irrealista (muito curta)												
	- Indisponibilidade de incentivos para contratado terminar antes o projeto												
	- Penalidades de atraso ineficazes												
	- Erros e discrepâncias dos documentos de contrato												
	- Estudo técnico, viabilidade/proposta malfeita ou sem se analisar riscos												
	2. empreendedor (ou proprietário, cliente, dono da obra)	- Inexperiência do empreendedor como contratante											
		- Demora na tomada de decisão pelo empreendedor											
		- Interferências do empreendedor ou proprietário nas operações											
- Falha na divulgação de informações vitais do projeto (comunicação)													
- Atraso na revisão e aprovação de documentos pelo empreendedor													
- Atraso no fornecimento e entrega do canteiro para o empreiteiro													
- Atraso nos pagamentos dos empreiteiros pelo proprietário													
- Alterações de escopo (ou contrato) pelo empreendedor durante construção													
- Atraso/defeito da entrega do material pelo empreendedor ou cliente													
- Suspensão do trabalho pelo empreendedor													
3. consultores técnicos do empreendedor (arquiteto, projetista ou gerenciadora)	- Experiência inadequada do consultor (qualificação insuficiente)												
	- Não utilização de gestor profissional												
	- Atraso do orçamento ou de definição dos valores dos trabalhos												
	- Atraso na preparação ou aprovação de desenhos ou especificações pelo consultor												
	- Atraso na aprovação das mudanças de escopo (solicitadas pelo cliente) pelo consultor												
	- Inflexibilidade (rigidez) do consultor ou projetista												
	- Conflitos consultor x projetista x eng obra (ou coordenação)												
	- Falta de controle de qualidade												
	- Inexperiência do inspetor / atraso nas inspeções ou liberações												
	- Gerenciamento do contrato em geral												
4. projeto (design) ou processo de projeto	- Incompreensão do proprietário em relação às requisições do projetista ou consultor												
	- Dados insuficientes ou pesquisa malfeita para elaboração do projeto												
	- Complexidade do projeto ou sua elaboração (ou subestimou-se o projeto)												
	- Atraso na produção dos projetos e desenhos												
	- Detalhes pouco claros e inadequados em desenhos												
	- Erros e discrepâncias nos documentos de projeto												
	- Poucos Projetos (projetos pobres ou insuficientes)												
	- Muitas revisões de projeto												
	- Não utilização de ferramentas/software avançados de design												
	- Inexperiência da equipe de projeto (design)												

Grupos (responsáveis pelas causas)	Descrição das Causas mais Comuns	Autores Pesquisados														
		Abd El-Aziz et al. (2008)	Albani e Odeyinka (2006)	Alvir e Hampson (2003)	Assaf e Al-Hajji (2006)	Chan e Kumaraswamy (1997)	Conto (2007)	Faridi e El-Sayegh (2006)	Fingar e Agyakwaah-Baah (2010)	Gündüz et al. (2013)	Lo et al. (2006)	Marzouk e El-Kasas (2014)	Mydin et al. (2014)	Odeh e Battaineh (2002)	Sambasivan e Soon (2007)	Swels et al. (2008)
5. contratado principal pela obra (cont.)	- Atraso na elaboração de desenhos, especificações e/ou amostras de material															
	- Atraso ou baixa mobilização de MDO no canteiro (local de trabalho)															
	- Layout ruim do canteiro (logística)															
	- Retrabalho devido a erros durante a construção															
	- Método de construção impróprio (ou artesanal) para o projeto															
	- Conflitos nas programações dos subempreiteiros															
	- Atraso no pagamento de subempreiteiros															
	- Atrasos nos trabalhos de subempreiteiros (ou terceiros)															
	- Interferência dos subempreiteiros em outras atividades (ou trabalho inadequado dos mesmos)															
	- Mudança frequente de subempreiteiros pelo trabalho ineficiente															
- Sobrecarga de trabalho																
6. materiais empregados na obra	- Escassez de materiais de construção no mercado															
	- Atraso na entrega de material															
	- Programação de entrega no canteiro muito ruim, malfeita ou tardia															
	- Atraso na seleção/definição de materiais de acabamento (opções)															
	- Atraso na fabricação de materiais ou componentes especiais															
	- Alterações nos tipos de materiais e especificações durante a obra															
	- Qualidade dos materiais (ou uso de material impróprio para a obra)															
- Materiais danificados ou problemas de manuseio de materiais																
7. mão de obra em geral no canteiro	- Escassez de MDO (fornecimento de MDO)															
	- Mão de obra não qualificada															
	- Escassez de pessoal técnico especializado (inclui do empreiteiro)															
	- Baixo nível de produtividade do trabalho (MDO, fraca execução)															
	- Falta de mecanismos de incentivo da MDO (motivação de operários)															
	- Nacionalidade dos trabalhadores/fatores sociais e culturais															
	- Conflitos pessoais entre os trabalhadores															
8. equipamentos	- Disponibilidade de equipamentos (escassez)															
	- Falha de equipamento/avaria do equipamento															
	- Atraso na entrega do equipamento															
	- Baixo nível de habilidade do operador do equipamento															
	- Equipamento/ferramenta inadequado ou com baixa eficiência															
	- Efeitos das condições do subsolo (solo, lençol freático alto, etc.)															
	- Problemas de controle de tráfego, transporte ou restrições do canteiro															
9. construção (obra ou canteiro)	- Indisponibilidade de serviços públicos (água, luz, telefone, etc.)															
	- Atraso dos serviços de utilidades (água, eletricidade, etc.)															
	- Acidente durante a construção															
	- Pobre qualidade da documentação do canteiro															
	- Condições do canteiro (desfavoráveis)															
	- Diferentes condições do canteiro anteriormente previstas															
	- Variações comuns do projeto durante a obra															
	- Problema com vizinhos															
	- Trabalhos em conflito com utilidades existentes no canteiro															
	- Tempo/condições meteorológicas (calor, chuva, etc)															
10. efeitos/questões externas ao canteiro de obras	- Restrições ambientais															
	- Mudanças de leis e regulamentações															
	- Lentidão de autorizações (licenças, alvará) pelo governo/município															
	- Atraso na inspeção final ou certificação por terceira parte															
	- Falta de comunicação entre as partes (geral)															
	- Estrutura organizacional inadequada entre todas as partes do projeto															
	- Flutuações no custo/moda (ou em preços de material e equipamentos)															
- Força maior (guerra, greve, terremotos, etc.) ou fatores externos																

Fonte: Di Fillipi e Melhado (2015)

Na sequência, realizou-se uma pesquisa de campo com 32 empreendimentos, em que foram obtidos os seguintes resultados:

Ranking	Nº Obras Verificado	Descrição das Causas de Atrasos mais Comuns	Grupo	Frequência
1º	20	- Má gestão ou supervisão (organização da equipe) no canteiro	5	62,5%
2º	18	- Interferência dos subempreiteiros ou trabalho inadequado	5	56,3%
3º	16	- Atrasos nos trabalhos de subempreiteiros (ou terceiros)	5	50,0%
3º	16	- Escassez de MDO (fornecimento de MDO)	7	50,0%
5º	15	- Planejamento do projeto malfeito ou programações ineficazes	5	46,9%
5º	15	- Baixo nível de produtividade da MDO (fraca execução)	7	46,9%
7º	14	- Atraso ou baixa mobilização de MDO no canteiro	5	43,8%
7º	14	- Retrabalho devido a erros durante a construção	5	43,8%
9º	13	- Atraso na entrega de material	6	40,6%
9º	13	- Conflitos nas programações dos subempreiteiros	5	40,6%
11º	12	- Revisão do progresso físico inadequado	5	37,5%
12º	11	- Inexperiência do empreendedor como contratante	2	34,4%
12º	11	- Interferências do empreendedor ou proprietário nas operações	2	34,4%
14º	10	- Tempo/condições meteorológicas (calor, chuva, etc.)	10	31,3%

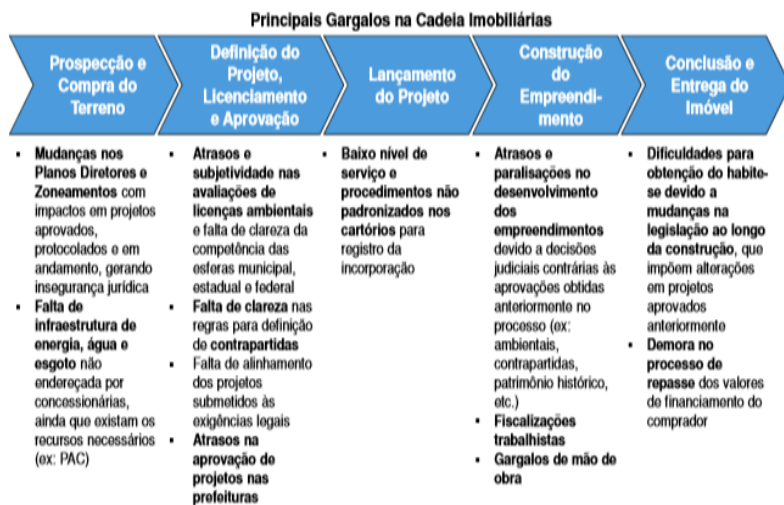
Fonte Di Fillipi e Melhado (2015)

Assim, consoante a tabela acima, nota-se que as razões para os atrasos continuam as mesmas, sendo causas externas à atividade, tais como “Tempo/condições meteorológicas (calor, chuva, etc.)” e “Atraso na entrega de material” aparecendo com 14º e 9º lugar, respectivamente.

Isso significa que, em média, tais fatores aparecem com uma frequência de 31,3% para o primeiro e 40,6 % para o segundo, enquanto a causa de “Má gestão ou supervisão (organização da equipe) no canteiro” fora observada como a mais comum, com uma frequência de 62,5%, sendo seguida por “Interferência dos subempreiteiros³ ou trabalho inadequado” em segundo lugar e 56,3% de frequência e “Planejamento do projeto malfeito ou programações ineficazes” em 5º, com 46,9%.

Ressalte-se ainda que, “Restrições ambientais” foram observadas com uma frequência de 3,1% e “Mudanças de leis e regulamentações” não tiveram qualquer pontuação; todavia, a “Lentidão nas autorizações (licenças, alvarás) pelo governo/município” foi verificada com uma frequência de 25,0%, fato que denota o impacto da burocracia nos empreendimentos brasileiros, uma vez que segundo a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) a obtenção de licenças e o tempo que os processos permanecem nos cartórios são problemáticas recorrentes e igualmente responsáveis pelo atraso na entrega de imóveis (BOOZ&CO, 2014).

De fato, consoante o quadro abaixo, pode-se perceber que o excesso de burocracia para a construção e aquisição de imóvel aumenta em até 12% o seu valor final para o proprietário, cerca de R\$ 18 bilhões por ano. Suas principais causas são o atraso na aprovação dos projetos pelas prefeituras, a falta de padronização dos cartórios, a falta de clareza nas avaliações das licenças ambientais e mudanças na legislação e planos diretores e de zoneamento (BOOZ&CO, 2014).



Fonte: BOOZ&CO, (2014)

Conforme a pesquisa, tais problemas poderiam ser solucionados com o emprego de melhores técnicas de análise e aprovação dos projetos, assim como a padronização das legislações, maior informatização dos processos, melhores condições de financiamentos e equilíbrio na relação entre as partes contratuais (BOOZ&CO, 2014).

Não obstante, constatou-se ainda da análise realizada por Oliveira (2016) em 2016 a mesma situação, com alteração referente apenas à ordem em que esses problemas são observados. Por exemplo, na pesquisa realizada “Retrabalhos devido a erros durante a

construção” apareceu em 1º lugar, com 41,69% de frequência. Vejamos:

Tabela 7 - Ranking geral dos casos de atrasos

Ranking	Importância (%)	Origem das falhas nos grupos de processos	Falhas geradores de Atrasos
1	41,69	Execução	Retrabalhos devido a erros durante a construção
2	41,25	Execução	Mão-de-obra não qualificada
3	41,25	Planejamento	Incompatibilidade de projetos
4	33,75	Execução	Baixo nível de produtividade
5	32,81	Planejamento	Muitas revisões de projetos
6	31,50	Início	Dados insuficientes ou pesquisa malfeita para elaboração do projeto
7	30,80	Início	Inexperiência da equipe de projeto
8	30	Execução	Atraso ou baixa mobilização de MDO no canteiro
9	27,31	Monitoramento/ Controle	Falha/ avaria do equipamento
10	25	Planejamento	Atraso do orçamento ou de definição dos valores dos trabalhos

Fonte: Oliveira (2016)

Isto posto, dos autores citados, estes chegaram a seguinte conclusão. A primeira pesquisa, realizada por Pereira (2012), concluiu-se que os fatores associados ao atraso estão ligados à escassez de mão de obra, retrabalho, mudanças solicitadas pelos clientes, mão de obra não qualificada, atrasos nos trabalhos dos subempreiteiros e retrabalho, denotando, assim, uma falta de gerenciamento e planejamento da parte dessas empresas.

Já em relação à pesquisa realizada por Di Fillipi e Melhado (2015), concluiu-se que os principais problemas constatados estão ligados às questões internas e de organização da obra ou pelos gestores das construtoras e não por questões externas, como chuva e solo, que foram, em verdade, identificadas como fatores de menor importância, o que ressalta, pois, a importância do investimento em qualificação, sistemas e metodologias para o seu planejamento e controle.

De acordo com a pesquisa realizada por Oliveira (2016),

chegou-se à conclusão que a construção civil passa por problemas no atraso de construções, que geram impactos “três pilares principais da gestão de projetos que são prazo, custo e qualidade que podem ser cruciais para a sobrevivência da empresa no mercado, em especial no segmento imobiliário” (OLIVEIRA, 2016, p.50).

Para este autor, as falhas encontradas ressaltaram a necessidade de uma equipe experiente, mão-de-obra qualificada e controle da qualidade e dos riscos do projeto, sendo essencial ainda, também, a adoção de meios tecnológicos adequados que facilitem tais trabalhos, como a indicação de uso de programas e softwares voltados para coordenação e planejamento, como forma de amparo ao gestor, considerando que tais ferramentas são criadas considerando as mais diversas variáveis voltadas à solução de conflitos (OLIVEIRA, 2016).

Neste ponto, há que se observar que mesmo havendo a consciência de que a mão de obra de base em nível nacional não é perfeitamente qualificada para o trabalho executado, este é um problema de mercado que irá demorar mais para ser solucionado, pois, as raízes estão na educação nacional (PALHOTA, 2016), uma vez que a qualificação dos profissionais ainda é responsabilidade das incorporadoras, devendo haver a promoção de preparação destes para a consecução da obra.

Outra solução, diretamente ligada à questão de um foco maior na gestão do empreendimento, é no sentido de evitar o acúmulo de funções do corpo técnico da obra (OLIVEIRA, 2016), visto que muitas vezes não há a capacitação para execução de algumas atividades e o acúmulo impede que estas sejam realizadas de maneira diligente.

Dessa forma, diante dos dados apresentados, pode-se perceber que o setor de construção enfrenta uma crise que não parece estar sendo solucionada, pelo menos na prática, isso porque os próprios pesquisadores e estudiosos apresentam diversas ferramentas e métodos possíveis para elidir as situações manejáveis que geram atrasos, chegando a ser consenso entre estes que a utilização de um setor ou profissional voltado para o planejamento e coordenação do projeto diminuiria o número de casos de atraso.

É importante compreender que os problemas do setor construtivo se baseiam em uma cultura de gestão não pensada para a divisão de funções voltadas ao controle da obra (PALHOTA, 2016), porém, as formas de impedir os atrasos são matérias de grande influência nas construtoras, pois, estas trabalham para alcançar uma redução e remanejamento de custos.

Sendo assim, as empresas que não atentarem para tal área, terão maiores gastos relacionados à obra, considerando a praxe judiciária de responsabilização pecuniária pelos efeitos causados em decorrência dos atrasos, na vida daqueles que contratam com estas empresas.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS

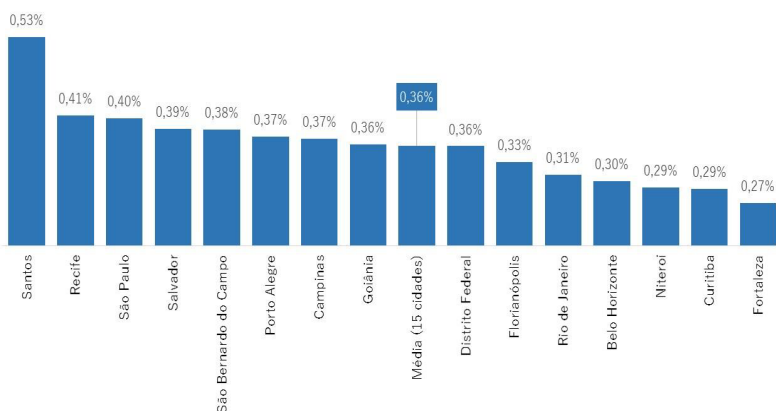
Com os atrasos nas obras da construção civil no Brasil, se tornou bastante comum o atraso na entrega das unidades imobiliárias adquiridas e o ajuizamento de ações nas quais os promissários-compradores (consumidores) discutem a responsabilidade civil pelo descumprimento dos contratos de promessa de compra e venda do imóvel, buscando responsabilizar o incorporador imobiliário pela violação de seus direitos.

Dessas lides, a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou, na sessão de abril de 2017, ao regime de recursos repetitivos os recursos especiais de nº 1.635.428/SC, 1.498.484/DF, 1.614.721/DF e 1.631.485/DF; em novembro de 2019, transitaram em julgado suas decisões que foram agrupadas nos Temas Repetitivos 970 e 971 (BRASIL, 2019a).

Os recursos especiais para o “Tema 970” abordaram a possibilidade de cumulação da multa moratória, presente na promessa de compra e venda, com os lucros cessantes, relativos aos valores de aluguéis que o comprador poderia vir a ter; já os recursos para o “Tema 971” discutiam a possibilidade da multa moratória estipulada contra o promissário-comprador (consumidor) do imóvel fosse invertida em desfavor da incorporadora (fornecedora) quando esta atrasar a entrega do imóvel em construção objeto de contrato de promessa de compra e venda (BRASIL, 2019a).

Enquanto tramitava o julgamento desses recursos especiais, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRINC) solicitou à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) a elaboração de Nota Técnica sobre os efeitos econômicos das decisões do STJ atribuindo compensações pecuniárias ao promissário comprador quando do atraso na entrega de seu imóvel pela incorporadora.

Para a nota técnica, a FIPE partiu da seguinte situação hipotética: um empreendimento com 20 unidades; cada uma no preço de R\$ 500.000,00; 30% pago até a entrega das chaves; 180 dias de atraso permitido em contrato; e 0,36% do valor de venda do imóvel como rentabilidade média para aluguéis, em agosto de 2017, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: FIPE (2017)

A partir desses dados foram firmadas seis hipóteses possíveis, sendo as cinco primeiras decorrentes das possibilidades que poderiam decorrer, à época, dos Temas Repetitivos 970 e 971 do STJ e uma indicada pela própria FIPE, vejamos:

a) Compensação de 2,0% sobre o valor integral

do contrato (R\$ 500.000) a cada mês de atraso na entrega do imóvel; aplicação de juros 1,0% a título de mora, por mês adicional de atraso; acrescido do pagamento de 1 (um) aluguel por mês de atraso, referente ao imóvel, a título de lucros cessantes [...];

b) Compensação de 1,0% sobre o valor integral do contrato (R\$ 500.000) a cada mês de atraso na entrega do imóvel; aplicação de juros 1,0% a título de mora, por mês adicional de atraso; acrescido do pagamento de 1 (um) aluguel por mês de atraso, referente ao imóvel, a título de lucros cessantes [...];

c) Compensação de 0,5% sobre o valor integral do contrato (R\$ 500.000) a cada mês de atraso na entrega do imóvel; aplicação de juros de 1,0% a título de mora, por mês adicional de atraso; com pagamento de 1 (um) aluguel por mês de atraso, referente ao imóvel, a título de lucros cessantes [...];

d) Compensação de 1,0% sobre o valor integral do contrato (R\$ 500.000) a cada mês de atraso na entrega do imóvel, com aplicação de 1,0% sobre a compensação devida, a título de mora, por mês adicional de atraso [...];

e) Compensação de 0,5% sobre o valor integral do contrato (R\$ 500.000) a cada mês de atraso na entrega do imóvel, com aplicação de juros de 1,0%, a título de mora, por mês adicional de atraso [...];

f) Compensação no valor de 1 (um) aluguel mensal, referente ao imóvel a cada mês de atraso na entrega do imóvel, com aplicação de juros de 1,0%, a título de mora, por mês adicional de atraso (FIPE, 2017, p.15).

A partir dessas hipóteses a nota técnica buscou abranger as mais diversas repercussões econômicas relacionadas ao atraso da entrega de imóveis pelo incorporador por meio da cumulação da multa moratória com os aluguéis a título de lucro cessante e três

porcentagens de compensação sobre o valor do contrato, havendo nos três primeiros casos cumulação e mudança de porcentagens, já nos casos (d) e (e) há apenas mudança de porcentagens.

Porém, se tratando da última situação hipotética indicada como tese da FIPE, esta se baseia no pressuposto de que a compensação sobre o valor do contrato importaria enriquecimento ilícito das partes compradoras dos imóveis em atraso, visto que estas ainda receberão o bem e não pagaram o valor total relativo ao mesmo, e, por isso, define que a compensação só deveria ser relativa ao valor de um aluguel mensal por mês com aplicação de juros (FIPE, 2017).

Considerando tais hipóteses, foram realizadas projeções sobre o valor da compensação total que haveria de ser paga por uma incorporadora, no caso de atrasos de 6, 12, 24 e 36 meses, e com base nisso, foi feita a equiparação entre tais valores e o valor total do contrato (Tabela 1) e o valor pago diretamente à empresa até a data que haveria a entrega das chaves no importe de R\$ 150.000,00 (Tabela 2), vejamos:

premissa	temas associados	critérios de cálculo para compensação	prazo de atraso na entrega do imóvel*			
			6 meses (180 meses)	12 meses (360 dias)	24 meses (720 dias)	36 meses (1080 dias)
(a)	971/970	2,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 10.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	14,5%	29,7%	62,6%	99,1%
(b)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	8,3%	17,0%	35,6%	56,0%
(c)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	5,2%	10,7%	22,1%	34,5%
(d)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	6,2%	12,7%	27,0%	43,1%
(e)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	3,1%	6,3%	13,5%	21,5%
(f)	-	valor estimado do aluguel (R\$ 1.800) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	2,2%	4,6%	9,7%	15,5%

Fonte: FIPE (2017)

premissa	tema associado	critérios de cálculo para compensação	prazo de atraso na entrega do imóvel*			
			6 meses (180 meses)	12 meses (360 dias)	24 meses (720 dias)	36 meses (1080 dias)
(a)	971/970	2,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 10.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	48,2%	99,0%	208,6%	330,4%
(b)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	27,7%	56,7%	118,7%	186,8%
(c)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	17,5%	35,5%	73,8%	115,0%
(d)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	20,5%	42,3%	89,9%	143,6%
(e)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	10,3%	21,1%	45,0%	71,8%
(f)	-	valor estimado do aluguel (R\$ 1.800) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	7,4%	15,2%	32,4%	51,7%

Fonte: FIPE (2017)

Na Tabela 1, percebemos que na hipótese (a), com o significativo atraso de 24 meses a compensação já ultrapassa metade do valor total do contrato, com 62,6% do contrato, chegando próximo de totalizar este valor no prazo de 36 meses, que chegaria a 99,2% do contrato, esta seria considerada a hipótese mais extrema, considerando que inviabilizaria a finalização da obra, porém, no outro extremo há a tese criada pela FIPE, na qual 36 meses de atraso chegariam a representar uma compensação de apenas 15,5% do valor total do contrato. Já na Tabela 2, a comparação se dá com o valor pago diretamente à empresa, nessa podemos verificar que as hipóteses de (a) a (d) ultrapassam o valor recebido pela empresa num atraso de 36 meses, caindo para apenas (a) e (b) quando verificamos o atraso de 24 meses.

A Nota Técnica também estimou o valor da compensação em múltiplos de aluguéis mensais em cada hipótese (Tabela 3) e o valor total pago de compensação em reais para cada hipótese (Tabela 4):

premissa	temas associados	critérios de cálculo para compensação	prazo de atraso na entrega do imóvel*			
			6 meses (180 meses)	12 meses (360 dias)	24 meses (720 dias)	36 meses (1080 dias)
(a)	971/970	2,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 10.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	40,2	82,5	173,9	275,3
(b)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	23,1	47,2	98,9	155,7
(c)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	14,5	29,6	61,5	95,8
(d)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	17,1	35,2	74,9	119,7
(e)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	8,5	17,6	37,5	59,8
(f)	-	valor estimado do aluguel (R\$ 1.800) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	6,2	12,7	27,0	43,1

Fonte: FIPE (2017)

premissa	temas relacionados	critérios de cálculo para compensação	prazo de atraso na entrega do imóvel*			
			6 meses (180 dias)	12 meses (360 dias)	24 meses (720 dias)	36 meses (1080 dias)
(a)	971/970	2,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 10.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	R\$ 72.320	R\$ 148.425	R\$ 312.935	R\$ 495.569
(b)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	R\$ 41.560	R\$ 85.013	R\$ 178.067	R\$ 280.184
(c)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes (R\$ 1.800) por mês de atraso	R\$ 26.180	R\$ 53.306	R\$ 110.634	R\$ 172.492
(d)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	R\$ 30.760	R\$ 63.413	R\$ 134.867	R\$ 215.384
(e)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	R\$ 15.380	R\$ 31.706	R\$ 67.434	R\$ 107.692
(f)	-	valor estimado do aluguel (R\$ 1.800) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	R\$ 11.074	R\$ 22.829	R\$ 48.552	R\$ 77.538

Fonte: FIPE (2017)

Desses últimos dados verifica-se a disparidade de valores em cada uma das hipóteses, tornando mais fácil de relacionar o conteúdo com o dia a dia, e a percepção de enquanto a hipótese (a) assusta

pela sua quantidade, que em 36 meses de atraso equivale a 275,3 aluguéis e um valor de R\$ 495.569,00 e a hipótese (d) mostra-se de menor impacto econômico, 43,1 aluguéis para um de R\$ 77.538, 00.

Para além desses dados, resta dimensionar as consequências econômicas que tais hipóteses causaram a este segmento. Para tanto, a FIPE avaliou 16 empresas do ramo 106 com 439 empreendimentos, 133 mil unidades entregues em 2016 num total de aproximadamente R\$ 35,4 bilhões de reais. Dos 439 empreendimentos pesquisados, 176 incorreram em atraso acima de 180 dias, sendo 32 com atraso de 7 (sete) a 12 (doze) meses e 34 acima de 365 dias. A partir destes dados e das hipóteses já levantadas acima, estimou-se o montante que essas empresas pagariam a título de indenização aos seus promissários compradores (consumidores), discriminado na tabela abaixo.

Premissa	Crítérios de cálculo para compensação	Valor compensatório Amostra (R\$ milhão)	Valor compensatório Mercado** (R\$ milhão)
(a)	2,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	2.650	16.019
(b)	1,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	1.517	9.168
(c)	0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	950	5.742
(d)	1,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	1.133	6.851
(e)	0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	567	3.426
(f)	valor estimado do aluguel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	408	2.466

Fonte: FIPE (2017)

Esses dados mostram a discrepância dos valores encontrados, chegando a hipótese (a) a estimar R\$ 2,65 bilhões a título

106 Cury, Cyrela, Direcional, Even, EZTEC, Gafisa, HM, Moura Dubeux, MRV, Plano&Plano, Rodobens, Rossi, Tecnisa, Tegra, Tenda e Trisul.

indenizatório pago a todas unidades atrasadas, enquanto a hipótese (f) o valor seria de R\$ 408 milhões em indenização. Outrossim, estima-se um impacto no mercado de vários bilhões nessas indenizações a depender da hipótese que pode causar desestímulo à atividade de incorporação imobiliária e agravar a saúde econômico-financeira do mercado e afetar o preço da venda dos imóveis na planta (FIPE, 2017).

Avançando na análise, a tabela abaixo relaciona a proporção do valor compensatório em relação ao valor do contrato e daquele pago durante as obras, demonstrando que na hipótese (a) 61% dos valores recebidos pela incorporadora pelos promissários adquirentes seriam destinados apenas ao pagamento das indenizações, enquanto na hipótese (f) cairia para 9,4%.

Premissas	Crítérios de cálculo para compensação	Valor da Compensação / Valor do Contrato	Valor da Compensação / Valor Pago na Planta ou Fase de Obras*
(a)	2,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	18,3%	61,0%
(b)	1,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	10,5%	34,9%
(c)	0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora + o valor estimado de um aluguel por lucros cessantes por mês de atraso	6,6%	21,9%
(d)	1,0% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	7,8%	26,1%
(e)	0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	3,9%	13,0%
(f)	valor estimado do aluguel por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	2,8%	9,4%

Fonte: FIPE (2017)

Esta análise da FIPE foi realizada no ano de 2017, em 2019, o STJ fixou as seguintes teses em matéria de Tema Repetitivo:

Tema 970: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.

Tema 971: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial (BRASIL, 2019a).

A lei 13.786/18, em 28 de dezembro de 2018, acrescentou o art. 35-A à lei 4.591/64, cujo inciso VI determina que o quadro-resumo dos contratos de promessa de venda e compra conste a multa aplicável ao incorporador por ocasião de seu inadimplemento, como também os §§1º e 2º do art. 45-A. Parece que o tema 971 estaria superado antes do julgamento do Recurso Especial que lhe deu causa. Mas, uma questão de ordem precisa ser posta, não se pode cogitar de aplicação da Lei nº 13.786/18 para a solução de casos anteriores à sua vigência, isto porque tratando-se de contrato legitimamente celebrado, as partes têm o direito de ver cumprido um contrato legitimamente celebrado nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular, inclusive, os seus efeitos, ou seja, os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. A lei em vigor tem efeito imediato e geral, sem poder reger os fatos passados que representem ato jurídico perfeito é absoluto, sem qualquer retroatividade (inciso XXXVI do art. 5º da C/88 e o caput do art. 6º da LINDB) (BRASIL, 2019a).

O Tema nº 971 entendeu pela inversão da multa prevista contra o promissário-comprador (consumidor) em desfavor ao incorporador (fornecedor). Como pacto acessório, a multa contratual representa medida de coerção ao adimplemento e a estimativa preliminar dos

prejuízos sofridos com o inadimplemento ou com a mora. Havendo atraso para a entrega de imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação da incorporadora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, calculado com base no valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel. Isto porque, se o promissário-comprador (consumidor) estiver em mora incidirá a multa moratória como reprimenda da incorporadora (fornecedora), logo se mostra abusiva cláusula contratual que penaliza apenas o consumidor quando inadimplente sem estipular multa ao fornecedor, provocando desequilíbrio contratual ferindo a equivalência material das prestações, malferindo o inciso III do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Prevenido o contrato a incidência de multa para o caso de inadimplemento por parte do consumidor, a mesma multa deverá ser considerada para o arbitramento da indenização devida pelo fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento absoluto (BRASIL, 2019a).

Porém, se incidir o percentual da multa sobre o preço total do imóvel para cada mês de atraso haverá enriquecimento sem causa para o consumidor, pois o valor dela estaria divorciado da realidade de mercado. Como as obrigações da incorporadora são diferentes do promissário comprador, uma é de fazer e a do outro é de dar, faz-se necessário a conversão em dinheiro da obrigação da incorporadora e por arbitramento judicial razoável firmar a multa pelo período da mora tendo em vista um valor locativo mercadológico para o imóvel, sem cumulação com lucros cessantes isto porque quando o consumidor paga multa moratória incide sobre a parcela impaga e não sobre o valor do imóvel, nos termos do Tema nº 970 (BRASIL, 2019a).

O Tema nº 970 compreendeu que havendo cláusula penal moratória pelo inadimplemento incorporadora não é cumulável com lucros cessantes, visto que ambas têm natureza indenizatória pelo mesmo fato, o atraso na entrega do imóvel. Considera-se então esta cláusula um acordo acessório no qual as partes determinam uma sanção de natureza civil para garantir o cumprimento da obrigação principal, de forma que se deve garantir a segurança jurídica daquele que implementou tal cláusula (BRASIL, 2019a).

Após a fixação dessas teses em recursos repetitivos, restaram três hipóteses da Nota Técnica da FIPE como possíveis, que são as que não cumulam o valor dos lucros cessantes ao da cláusula penal moratória, vejamos a tabela abaixo:

premissa	temas associados	critérios de cálculo para compensação	prazos no atraso na entrega do imóvel			
			6 meses	12 meses	24 meses	36 meses
(d)	970	1,0% sobre o valor do imóvel (R\$ 5.000) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	6,20%	12,70%	27,00%	43,10%
(e)	970	0,5% sobre o valor do imóvel (R\$ 2.500) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	3,10%	6,30%	13,50%	21,50%
(f)	970	valor estimado do aluguel (R\$ 1.800) por mês de atraso + juros de 1,0% de mora	2,20%	4,60%	9,70%	15,50%

Fonte: adaptada pelos autores (FIPE, 2017)

Entretanto, apenas a hipótese (f) conciliou tanto o prejuízo sofrido pelo consumidor quanto a saúde econômica das incorporadoras, visto que as penalidades contratuais impostas não chegam a 16% do valor do contrato em um caso extremo de atraso de 36 meses.

Além dessas questões, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem enfrentado as seguintes temáticas em virtude do atraso na entrega do imóvel pela incorporadora: legalidade do prazo de tolerância; existência de dano moral; dano material presumido; cobrança de juros de obra após o término do período de tolerância; termo inicial da correção monetária, juros e multa; prazo de tolerância; devolução dos valores pagos pelo promissário comprador (consumidor).

O STJ admitiu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias como prazo máximo de tolerância em casos de atraso na obra, em vista da complexidade do negócio firmado, assim como a sua função econômica e social e a interpretação analógica ora aplicada. Nos termos do julgamento do Recurso Especial nº 1.582.318/RJ, a Lei das incorporações (nº 4.591/64) é silente quanto às formas de prorrogação do contrato de promessa de venda e compra. Ante tal lacuna, impõe-se interpretação analógica dos arts. 33 e §2º do 34 da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965, que dispõem, respectivamente, do prazo de 180 (cento e oitenta) dias como aquele utilizado para

a desistência do empreendimento pelo incorporador. A necessidade da utilização deste prazo se faz necessário diante das situações que podem ocorrer durante o empreendimento que afetam a sua entrega. Entretanto, tal prazo deve estar ostensiva e expressamente consignado no contrato de promessa de venda e compra, em respeito ao princípio da informação disposto no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a).

Quanto à existência de danos extrapatrimoniais ocasionados pelo atraso na entrega de imóvel, o STJ compreende que, ao contrário do que se observa com os danos materiais, os danos morais não são presumidos, configurando-se apenas em casos excepcionais, quando o promitente comprador tiver violado algum direito de sua personalidade e conseguir, efetivamente, comprovar o dano causado nos autos.

O Recurso Especial nº 1.129.881/RJ firmou que como o dano moral é caracterizado pela ofensa aos direitos da personalidade da pessoa, o atraso na entrega de imóveis seria um aborrecimento próprio de uma expectativa frustrada pelo inadimplemento contratual da incorporadora contratual e não ofendendo a dignidade humana (BRASIL, 2011). Noutras palavras, o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, causará lesão extrapatrimonial quando, na situação concreta, houver a confluência de outros fatores capazes de causar sofrimento, dor, constrangimento, angústia ou desconforto espiritual nos promitentes compradores (BRASIL, 2018a).

As causas que envolvem lesão a esses direitos requerem uma análise detalhada do caso concreto, para distinguir o mero dissabor contratual e uma violação a direitos da personalidade do promitente-comprador, como a honra, a imagem, a dignidade, dentre outros.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entende que o atraso excessivo no cumprimento da obrigação configura dano moral, como um atraso de 31 (trinta e um) meses (SÃO PAULO, 2020b). Tal entendimento, apesar de acertado, gera uma insegurança quanto ao momento em que este dissabor se tornaria dano moral, já que demandaria dos julgadores um juízo de razoabilidade do que seria “excesso”. O STJ firmou que essa é sua jurisprudência, qual seja, o atraso expressivo na entrega de empreendimento imobiliário pode

configurar dano ao patrimônio moral do contratante, circunstância que enseja a reparação (BRASIL, 2018c).

O STJ, no Recurso Especial nº 1.818.391/RN, entendeu que o atraso na entrega de imóveis pertencentes ao Programa Minha Casa Minha Vida gera danos morais, pois tais imóveis efetivam o direito fundamental à moradia e pela situação econômica de seus compradores, pessoas das faixas de renda subvencionadas pelo governo, o atraso ora observado frustra uma realização de vida e, por isso, produz um abalo psíquico superior àquele sentido pelo consumidor mediano (BRASIL, 2019c).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a expectativa de aquisição da casa própria para uma pessoa que não a tem desborda do mero aborrecimento e do mero inadimplemento contratual, gerando o dever de indenizar por danos morais (RIO DE JANEIRO, 2013a). Noutra situação, a aquisição do imóvel nos planos de casamento e por esperava fixar o domicílio conjugal, com o atraso da entrega frustrou-se legítima expectativa de instalação do lar conjugal em imóvel adquirido com antecedência para atender tal finalidade (RIO DE JANEIRO, 2013b). Situação semelhante o STJ enfrentou, quando promissários compradores adiaram seu casamento - com data já marcada, e não apenas idealizada -, o que redundou na necessidade de impressão de novos convites, escolha de novo local para a cerimônia, alteração de diversos contratos de prestação de serviços inerentes à cerimônia e à celebração, ultrapassa o simples descumprimento contratual (BRASIL, 2017c). Igualmente o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o promissário comprador sofreu a forte frustração de se ver privado de se mudar para o imóvel onde se iniciaria a vida a dois, após as núpcias, e, ainda, teve que realizar novo planejamento com urgência (SÃO PAULO, 2020a).

O STJ entendeu que o atraso na entrega do imóvel pode trazer transtornos igualmente significativos, como, por exemplo, o tempo que a autora teve que disponibilizar para encontrar um imóvel para sua moradia durante o período de atraso, uma vez que foi notificada extrajudicialmente para desocupar o imóvel que locava enquanto a obra não era concluída, correndo o risco, inclusive, de

ficar desabrigada, caso não encontrasse outro imóvel a tempo, de modo que isto não pode ser considerado mero dissabor cotidiano (BRASIL, 2018b).

Assim, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado o seu entendimento de que os danos morais não são presumidos no caso em questão, muitas outras questões jurídicas ainda serão amplamente discutidas, tendo em vista a recorrência deste evento (o atraso) e o leque de direitos que compõem a personalidade jurídica do ser humano.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial contra Acórdão Proferido em incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.729.593/SP, entendeu que, em caso de atraso na entrega de imóvel, o dano material sofrido pelo adquirente é presumido, não necessitando de dilação probatória para sua comprovação, a despeito do que diz o art. 402 do Código Civil, se entende que há a privação injusta do bem sob o qual havia expectativa de posse no prazo indicado, justificando assim, o entendimento diverso dado à causa e firmando a presunção dos danos materiais nos casos de atraso na entrega do bem, sendo a posse economicamente aferível, o dano incidirá independentemente da finalidade negocial da transação, isto é, se foi pactuada com o intuito do promitente-comprador apenas habitar o imóvel ou não (BRASIL, 2019b).

Logo, superado o período de tolerância, já entendido pelo julgador como parte possível do contrato, estaria caracterizado o ilícito negocial de natureza material, nele compreendido os danos emergentes, aquilo que efetivamente perdeu-se (as parcelas pagas e os aluguéis gastos com outro imóvel durante o atraso) e os lucros cessantes, os frutos que se deixou de perceber (aluguéis que lucrariam com o imóvel), de maneira que, deve o alienante pagar indenização ao consumidor pelo tempo de privação do uso do bem, correspondente a um aluguel mensal para cada mês de atraso, consubstanciando no valor atualizado do bem, seja este a título de danos emergentes ou lucros cessantes (BRASIL, 2019b).

Além disso, o julgado também ressaltou que dada a liberdade de escolha reduzida do consumidor, que contrata com o incorporador

por meio de contrato de adesão, deve a lei proteger a sua incolumidade econômica, em observância ao princípio do equilíbrio das relações de consumo, disposto no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2019b).

Acerca do termo inicial da correção monetária, juros e multa, o STJ decidiu que os juros de mora incidem a partir da data da citação e a correção monetária a partir da data em que se tornou líquido o valor indenizatório, consoante o Agravo Regimental nº 667.522/RJ (BRASIL, 2016).

Tal entendimento advém das regras expressas pelo art. 405 do Código Civil, que observa que os juros de mora devem ser contados desde a citação inicial (BRASIL, 2002), isso ocorre, pois, na responsabilidade contratual, aquele que foi prejudicado pelo descumprimento deve pleitear judicialmente seus direitos e que, uma vez o pleito recebido, os juros começarão a correr da citação. Já a atualização monetária, por se tratar da recomposição do valor da moeda, por suposto, só poderia incidir sobre valor líquido indenizável, motivo ao qual só passa a existir a partir do momento que o montante for fixado e sobre o qual incidirá esta correção (BRASIL, 2016).

Não pode haver a cobrança de juros compensatórios de obra ou outro encargo equivalente, após o atraso na entrega do imóvel, consoante Recurso Especial contra Acórdão Proferido em incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.729.593/SP; pois é legal a incidência de juros de obra apenas durante o período de construção do imóvel, porém, esta deve cessar quando de sua entrega, já que a amortização do saldo devedor seria pelo financiamento com o agente financeiro. O consumidor pactuou fazer pagamentos relativos à obra até o momento que constava como data de entrega, visto que esperava sua finalização nesta, sendo a espera extra decorrente de uma situação adversa, a qual não deu azo, não havendo, portanto, que se falar em tais pagamentos, vez que importariam em penalização do consumidor pelo ilícito cometido pelo incorporador/construtor, em uma afronta direta aos princípios da boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual, dentre outros (BRASIL, 2019b).

Por fim, sobre a devolução dos valores pagos pelo promitente comprador quando ocorre atraso na entrega de imóveis, o STJ

possui entendimento sumulado de que essa se condiciona às razões pelas quais o negócio jurídico foi desfeito. Consoante a Súmula 543, o montante deverá ser devolvido integralmente em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor, ou parcialmente, se o promissário comprador der causa ao fato (BRASIL, 2015)

A discussão originou-se a partir da perda econômica enfrentada pelas incorporadoras e construtoras, em virtude da contínua desistência dos promissários-compradores dos empreendimentos em execução, em vista do atraso em sua entrega. Dessa forma, como meio de cobrir eventuais prejuízos relacionados à mão-de-obra, materiais, dentre outros, estas passaram a reter tais valores a título de taxa de administração.

Entretanto, conforme julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.533.885/DF, a taxa de administração existe para situações de desligamento, exclusão ou eliminação do associado/cooperativado quando este incorre em ilícito contratual. Dessa forma, não poderia o promissário comprador ser responsabilizado por fato que não deu causa, sob pena de afronta aos princípios e normas basilares do Direito do Consumidor, como a vedação às cláusulas abusivas e àquelas que colocam o consumidor em situação desvantajosa. Logo, observada a desarmonia entre o andamento da obra e cronograma, o promissário comprador possui o direito à rescisão contratual, uma vez que a empresa não cumpriu com o objeto do contrato, responsabilizando-se de forma objetiva (BRASIL, 2017b).

Não obstante, em relação aos valores reembolsados ao promitente comprador, o STJ compreende que o termo inicial da correção monetária das parcelas pagas, a serem restituídas, é a data de cada desembolso, e o dos juros de mora é a partir da citação no caso de obrigação contratual, conforme decisão no Agravo Interno no Agravo nº 342.293/ SP, sendo desta forma visto que se trata de situação a qual não deu causa (BRASIL, 2017d).

Ainda sobre a responsabilidade no atraso na entrega de imóveis, o STJ compreende que esta não é apenas do incorporador, sendo solidariamente dividida entre todos aqueles que participam da cadeia produtiva, com base no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que todos estes se beneficiaram com a celebração do

contrato de promessa de compra e venda (BRASIL, 1990). Com base nisso, entende o STJ pela responsabilidade solidária das corretoras, visto que a corretagem se tratar de fenômeno eminentemente econômico, que desperta expectativas com base na propaganda feita sobre a incorporação imobiliária e lucra com esta (BRASIL, 2020b). Todavia, o tribunal reconheceu a ilegitimidade passiva e, conseqüentemente, a inexistência de responsabilidade solidária, em casos de participação de hotelarias em contratos de promessa de compra e venda de unidades de empreendimento hoteleiro, pois o conceito de incorporador, previsto na Lei 4.591/64 é considerado taxativo, não podendo, pois, tais empresas, que neste não se encaixam, serem consideradas integrantes da cadeia de fornecimento da incorporação imobiliária (BRASIL, 2020a).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a importância da construção civil na vida dos indivíduos, como base do direito à moradia destes, é coerente que o desenrolar de uma construção importe em conseqüências na vida destes, sendo assim, um atraso na entrega de um imóvel que foi comprado na planta vai gerar efeitos que podem ultrapassar o que foi estipulado em contrato, conseqüentemente gerando a responsabilidade do incorporador imobiliário e muitas vezes a judicialização de tais casos para um enfrentamento jurídico.

Com base nisso, definiu-se no presente trabalho qual seria a responsabilidade do incorporador, considerando os julgados do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais, para isso, definimos o que é a responsabilidade civil, como ocorre a incorporação imobiliária e as principais causas do seu atraso. Além disso, analisou-se os seus efeitos econômicos e o posicionamento da jurisprudência pátria sobre a responsabilidade do incorporador quanto aos seus efeitos.

Sobre a responsabilidade civil *de per se*, compreendeu-se que se trata de instituto com função social punitiva e compensatória, que normatiza as ilicitudes cometidas por um indivíduo quando causam danos a outrem, buscando, assim, a reparação à pessoa lesada. Este tem como pressupostos a conduta ilícita, o dano, o nexo de

causalidade e a culpa.

Nesse sentido, a conduta seria traduzida como a ação e a omissão, uma atitude concreta; o dano, é, por sua vez, os efeitos negativos gerados, a lesão causada; já o nexos de causalidade, seria o liame entre a conduta do agente e os resultados danosos; por fim, a culpa é definida como a imputação do fato ao agente.

Porém, para um alguns casos a culpa é afastada, deixando de ser pressuposto necessário à existência da responsabilidade, isso se dá considerando a “Teoria do Risco” que afirma que se alguém que se dispõe a realizar certas atividade deve se responsabilizar pelos riscos criados por esta.

Sendo exatamente o que ocorre na relação de consumo, que é onde os contratos de promessa de compra e venda na incorporação imobiliária se enquadram, visto que, a incorporadora se dispôs a construir e finalizar um empreendimento até uma certa data, sendo isto que os consumidores esperam, e com base nisso que se organizam, de forma que, quando há um atraso, este importa em dano para os compradores, sendo nítida a existência do nexos causal entre ambos acontecimentos.

O incorporador é aquele que capta os recursos dos promitentes compradores com o objetivo de aplicar este na construção do empreendimento, sendo assim, que ocorre a incorporação, ademais, este tem que estar atento aos mais diversos fatores na construção da obra, visto que deve seguir o planejamento da maneira mais exata possível, para que não ocorram situações que atrasem o cronograma.

Estas situações foram estudadas nas mais diversas análises sobre as causas no atraso de entrega de imóveis, e se verificou que a maioria das situações que geram atrasos estão diretamente ligadas ao gerenciamento da obra e erros por parte da construtora (que pode ser empreiteira), sendo estes retrabalhos em virtudes de erros, má gestão, controle de tráfego, planejamento malfeito, entre outros.

Porém, pior que os atrasos em si é o fato de que os trabalhos que analisaram estes atrasos mostraram que preexistem ferramentas e métodos adequados para evitar estes tipos de situação, de forma

que se compreende pela falta de profissionalismo dessas construtoras, que são contratadas pelas incorporadoras por empreitada ou a própria incorporadora que também é construtora.

Ademais, no estudo realizado pela FIPE, se averiguou que os impactos econômicos que estes atrasos poderiam ocasionar são deveras significativos, podendo afetar diretamente a saúde financeira das empresas, chegando a estimar que, com um atraso de 36 meses, cada empreendimento vendido perderia 99,1% do valor dos contratos fechados, e chegaria ao valor de R\$ 2,65 bilhões a título indenizatório pago a todas unidades atrasadas na hipótese mais custosa e R\$ 408 milhões em indenização, na de menor valor, sendo esta última uma das três hipóteses atualmente aceitas, conforme jurisprudência do STJ e, aquela que, para estes autores, tem em mente, da melhor forma, a realidade do mercado com os interesses do consumidor (promitente-comprador).

Nesse sentido, a segunda seção do STJ, ao analisar questões jurídicas referentes à responsabilidade do incorporador ante o atraso na entrega de imóveis, prolatou os temas 970 e 971, com vistas a pacificar as questões. O tema nº 970 compreendeu que a cláusula penal moratória pelo inadimplemento incorporadora não é cumulável com lucros cessantes, visto que ambas têm natureza indenizatória pelo mesmo fato, o atraso na entrega do imóvel.

Por sua vez, o tema nº 971 entendeu pela inversão da multa prevista contra o promissário-comprador (consumidor) em desfavor ao incorporador (fornecedor), de modo que em caso de atraso para a entrega de imóvel, é cabível a condenação da incorporadora por lucros cessantes, sendo o prejuízo do adquirente presumido e o valor da indenização calculado com base no valor locatício do bem, no período de atraso na entrega do imóvel.

Todavia, parece que o tema 971 teria sido superado antes mesmo do Recurso Especial que lhe deu causa, uma vez que a lei 13.786/18, que acrescentou o art. 35-A à lei 4.591/64, determina que o quadro-resumo dos contratos de promessa compra e venda conste a multa aplicável ao incorporador por ocasião de seu inadimplemento, como também os §§1º e 2º do art. 45-A.

Em matéria de sua eficácia, o que se poderia visualizar, seria

sua aplicação aos casos anteriores à vigência da lei 13.786/18, vez que em se tratando de contrato legitimamente celebrado, as partes têm o direito de ver cumprido um contrato legitimamente celebrado nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular, inclusive, os seus efeitos.

Entretanto, é imperioso observar que se o percentual da multa sobre o preço total do imóvel for calculado para a cada mês de atraso, haverá enriquecimento sem causa para o consumidor, pois o seu valor estaria desconectado da realidade de mercado.

Como as obrigações da incorporadora são diferentes do promissário comprador, uma é de fazer e a do outro é de dar, faz-se necessário a conversão em dinheiro da obrigação da incorporadora e por arbitramento judicial razoável firmar a multa pelo período da mora tendo em vista um valor locativo mercadológico para o imóvel, sem cumulação com lucros cessantes isto porque quando o consumidor paga multa moratória incide sobre a parcela impaga e não sobre o valor do imóvel, nos termos do Tema nº 970.

Além disso, outras questões jurídicas também foram analisadas. A primeira delas refere-se à legalidade do prazo de tolerância e seus limites, a qual concluiu-se que o STJ, como forma de preservar a função social e econômica da atividade e em observância à complexidade do negócio firmado, possui entendimento pacífico de que à Incorporadora/construtora é admitida a instituição do prazo de tolerância, desde que este não ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias.

Quanto aos danos extrapatrimoniais ocasionados pelo atraso na entrega de imóvel, compreendeu-se que, ao contrário do que se observa com os danos materiais, os danos morais não são presumidos, configurando-se apenas em casos excepcionais, quando o promitente comprador tiver violado algum direito de sua personalidade e conseguir, efetivamente, comprovar o dano causado nos autos.

Porém, como as causas que envolvem lesão a esses direitos requerem uma análise detalhada do caso concreto para que seja possível distinguir o mero dissabor contratual de uma violação a direitos da personalidade do promitente-comprador, vê-se que ainda há espaço para discutir-se sobre a matéria, para que os casos que tratam sobre o atraso na entrega de imóveis não acabem por ajudar

a fortalecer a chamada “indústria” dos danos morais, mas também não diminuir eventuais desrespeitos aos consumidores, sob pena de tornar ineficaz os princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, também foram analisadas as questões que envolvem os danos morais devidos nos casos de atraso na entrega de imóveis, em que compreendeu-se que havendo a privação injusta do bem sob o qual havia expectativa de posse no prazo indicado, é devido, de forma presumida, a reparação por danos materiais por parte da incorporadora.

Essa reparação deverá ser feita com base no tempo de privação do uso do bem, correspondente a um aluguel mensal para cada mês de atraso, que se consubstancia no valor atualizado do bem, seja esse a título de danos emergentes ou lucros cessantes.

Ademais, também se discutiu sobre o termo inicial da correção monetária, dos juros e da multa. Na análise, constatou-se que os juros de mora devem incidir a partir da data da citação, tal como observa o art.405 do Código Civil.

Já a atualização monetária, por se tratar da recomposição do valor da moeda, verificou-se que seria contabilizada a partir do valor líquido indenizável e, posteriormente corrigido monetariamente.

Não obstante, não será possível haver a cobrança de juros compensatório de obra outro encargo equivalente, após o atraso na entrega do imóvel, uma vez que o atraso se trata de situação adversa, a qual não deu azo. Do contrário, seria o caso de penalizar duplamente o promitente-comprador pelo ilícito cometido pelo incorporador/construtor.

Isto posto, houve, no presente trabalho uma certa dificuldade na pesquisa jurisprudencial, visto que muitas decisões já estão com entendimento firmado no STJ, não sendo disponibilizados fundamentos suficientes para uma análise aprofundada sobre certos temas. Ademais, as situações jurídicas sobre as quais não recaem estas responsabilidades são extremamente subjetivas, a exemplo do dano moral, que pode ser configurado em situações excepcionais, mas que tem o seu reconhecimento condicionado ao juízo do que seria ofensa à personalidade jurídica por parte do julgador.

Assim, em futuras pesquisas poderiam ser analisados os casos em que foram afastadas as responsabilidades do incorporador/construtor, pormenorizando seus casos e as fundamentações jurídicas levantadas, podendo, inclusive, comparar com a análise das decisões realizadas neste trabalho e compreendendo a razão de sua divergência.

REFERÊNCIAS

ABRAINC, Associação Brasileira de Incorporadores Imobiliários; FGV, Fundação Getúlio Vargas. **Impacto dos Investimentos em Habitação sobre a Economia no Brasil**. São Paulo, mar. 2014. Disponível em: <https://abrainc.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Estudo-FGV-completo-Evento-Abrainc.pdf>Acesso em: 22 mar. 2020.

____; FIPE, Fundação Instituto de Pesquisa Econômicas. **Cadeia de Valor e Importância Socioeconômica da Incorporação Imobiliária no Brasil**. São Paulo, dez. de 2017. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Cadeia_de-Valor_Nova_versão.pdf Acesso em: 22 mar. 2020.

ALTHEIM, Roberto. **A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: superação da teoria tradicional da responsabilidade civil**. 2006. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5950/roberto_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 abr. 2020

ARAÚJO, Natalia de Souza Mello. **A Flexibilização dos Filtros de Reparação Civil: a Prescindibilidade do Nexo Causal e a Indústria do Dano Moral**. Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/NataliadeSouzaMelloAraujo.pdf. Acesso em: 28 de mar. de 2020.

BERNARDES, Maurício Moreira e Silva. **Desenvolvimento de um**

modelo de planejamento e controle da produção para micro e pequenas empresas de construção. Tese (Doutorado em Engenharia Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13718/000292771.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do consumidor.** Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v.20, n.120. Fev/Maio, 2018, p.20-43. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1747/1238>. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 04 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. **Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964** . Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.html. Acesso em: 28 jun 2019.

_____. **Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. **Código Civil, Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jun. 2019.

____. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018.** Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Diário Oficial da União, 28 dez 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1129881/RJ.** Ação de Rescisão de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel. Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Recorrido: Enilde Othilia dos Santos. Relator: Massami Uyeda. Brasília, DF, 15 de setembro de 2011. Brasília, 15 set. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=200900540233&dt_publicacao=19/12/2011. Acesso em: 13 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Súmula 543.** Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf. Acesso em: 10 mai 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 667522 / RJ.** Inadimplemento contratual pleito de afastamento da reparação em danos materiais. Dano moral. Juros de mora. Termo inicial. Agravantes: João Fortes Engenharia S/A; Contemporanium Empreendimento Imobiliário SPE LTDA. Agravado: Guilherme Campos Taboada. Relator: Ministro Moura Ribeiro, 24 de maio de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1514740&num_registro=201500400200&e

data=20160531&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1582318 / RJ**. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso da obra. Cláusula de tolerância. Recorrentes: Sergio Machado Terra; Aline de Miranda Valverde Terra. Recorridos: CHL Desenvolvimento Imobiliário S/A; SPE VPA 144 Incorporações LTDA. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de setembro de 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633565&num_registro=201501452497&data=20170921&formato=PDF Acesso em: 13 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo interno no Recurso Especial 1533885 / DF**. Compromisso de compra e venda de bem imóvel. Cooperativa. Atraso injustificado na entrega. Agravante: Cooperativa Habitacional Cooperfenix LTDA. Agravado: Rafael Luciano Roos. Relator: Ministro Raul Araújo, 25 de abril de 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594592&num_registro=201501189121&data=20170516&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1662322 / RJ**. Atraso na entrega de imóvel que gera adiamento do casamento. Dano moral configurado. Recorrente: GAFISA S/A; Vinicius Castro Giglio. Recorridos: Rafael Augusto Quaresma Sifuentes Ferreira; Leidimar Rocha Posenato Ferreira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 10 de outubro de 2017c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1645812&num_registro=201502349965&data=20171016&formato=PDF Acesso em: 13 mai. 2020.

____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo interno em Agravo no Recurso Especial 342293 / SP**. Ação Declaratória

de Nulidade de Contrato. Agravante: Reflorestadora Spina LTDA. Agravado: Everton Wudarski Ribeiro dos Santos. Relator: Ministro Marco Buzzi, 21 de novembro de 2017d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1658488&num_registro=201301467955&data=20171127&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 947202 / SE**. Promessa de compra e venda de imóvel. Atraso na entrega da unidade. Agravantes: Marilene Mendes da Costa Giglio; Vinicius Castro Giglio. Agravados: SPE Condominio Vivendas Do Bosque LTDA; NORCON Sociedade Nordestina de Construções S/A; Felicidade Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 13 de março de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1684876&num_registro=201601760578&data=20180315&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.739.451 - RJ**. Ação declaratória cumulada com Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Embargante: Ivone Evangelista Cabral. Embargados: Green 3000 Empreendimentos Imobiliários LTDA; Carvalho Hosken S A Engenharia e Construções. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 06 de setembro de 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1744806&num_registro=201801050864&data=20180906&formato=PDF. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1.738.475 - PR**. Atraso na entrega de imóvel. Danos morais. Transtornos extraordinários configurados na espécie. Agravante: GAFISA S/A. Agravado: Maria Rosildes Spina Leite. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 22 de novembro de 2018b. Disponível em: <https://ww2.stj>.

[jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772825&num_registro=201801013555&data=20181122&formato=PDF](https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772825&num_registro=201801013555&data=20181122&formato=PDF). Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial 1679556 / SE**. Atraso expressivo de 3 anos na entrega do imóvel. Danos Morais. Agravantes: SPE Condomínio Vivendas Do Bosque LTDA; NORCON Sociedade Nordestina de Construções S/A. Agravado: Ivanize Ferreira Santos: Ministra Maria Isabel Gallotti, 10 de abril de 2018c. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1697501&num_registro=201701519475&data=20180418&formato=PDF. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1635428 / SC**. Compra e venda de imóvel na planta. Atraso na entrega. Cláusula penal moratória. Cumulação com lucros cessantes. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora De Obras LTDA - EPP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 25 de maio de 2019a. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial 1729593 / SP**. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Controvérsias envolvendo os efeitos do atraso na entrega do bem. Recorrente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAIN. Recorrido: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 25 de setembro de 2019b. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1863532&num_registro=201800572039&data=20190927&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1818391/RN**. Compra e venda de imóvel. Programa “Minha Casa, Minha Vida”. Recorrente: João Paulo Gomes Rufino. Recorrido: Costa Dourada - Paiva Gomes BIB Empreendimentos Imobiliários. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 19 set. 2019c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100150755&num_registro=201901591515&data=20190919&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 1240516/SC**. Contrato de incorporação imobiliária. Relação de consumo. Agravante: Anthea Participações Comerciais LTDA. Agravado: Condomínio Residencial Unifamiliar Ilha do Campeche. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, 26 de março de 2019d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808110&num_registro=201800212922&data=20190329&formato=PDF. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.555.853/RJ**. Ação de Rescisão de Contrato de Promessa de Compra e Venda. Rede Hoteleira. Ilegitimidade Passiva. Solidariedade. Ausência. Precedentes. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Agravante: Hotelaria Accor Brasil S/A. Agravados: LPS Patrimovel Consultoria De Imóveis SA; Francisco De Assis Machado Cardoso; Raquel De Andrade Teixeira Cardoso. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2020a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105674485&num_registro=201902258824&data=20200211&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 26 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1794544 / SP**. Atraso na entrega de obra. Legitimidade passiva da Agravante para a demanda.

Participação na cadeia de fornecimento. Agravante: LPS Brasil Consultoria de Imóveis S/A. Agravados: Roberto Ludovici; PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações; Ogisa Participações e Empreendimentos LTDA. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, 20 de abril de 2020b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=108694569®istro_numero=201900260267&peticao_numero=201900567199&publicacao_data=20200424&formato=PDF. Acesso em: 26 mai. 2020.

BOOZ&CO *et al.* **O Custo da Burocracia no Imóvel**. São Paulo, 19 mar. 2014. Disponível em: http://www.cbicdados.com.br/media/anexos/Custo_da_Burocracia_no_Imovel.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CNI, Confederação Nacional da Indústria. **Sondagem Indústria da Construção**, 11.ed. n.2, fevereiro de 2020, ISSN 2317-7322. Disponível em: http://www.cbicdados.com.br/media/anexos/Sondagem_Construcao_fevereiro_2020.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

DI FILLIPI, Giancarlo Azevedo; MELHADO, Sílvio Burrattino. **Um estudo sobre as causas de atrasos de obras de empreendimentos imobiliários na região Metropolitana de São Paulo**. *Ambient. constr.* [online]. 2015, v.15, n.3, p.161-173. ISSN 1415-8876. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1678-86212015000300033>. Acesso em: 22 mar. 2020.

FIPE, Fundação Instituto de Pesquisa Econômicas. **Análise Econômica da Compensação por Atraso na Entrega de Unidades em Empreendimentos Imobiliários**. [Nota técnica]. São Paulo, out. 2017. Código JEL: K25, R39. Disponível em: https://www.abrinc.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Nota-Tecnica_Atraso_Versao-Final.pdf. Acesso em: 04 mai 2020.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43165/pdf/43165.pdf>. Acesso em: 28 de jun. 2019.

LONGO, Leonardo de Paula. **Análise de Investimentos em Empreendimentos Imobiliários**. Encontro Nacional da Indústria da Construção, 86.ed. Goiás, 2014. Disponível em: http://www.cbicdados.com.br/media/anexos/Analise_investimentos_86_ENIC_Leonardo_Longo_1.pdf. Acesso em: 05 de abr. 2020.

OLIVEIRA, Anderson. **Incorporação imobiliária: tudo o que você precisa saber**. Sami Sistemas, abr. 2019. Disponível em: <https://blog.samisistemas.com.br/mercado-imobiliario/tudo-sobre-incorporacao-imobiliaria/>. Acesso em 28 de mar. de 2020.

OLIVEIRA, Anthony Freitas de. **Análise das causas de atrasos em empreendimentos residenciais devido a falhas na gestão de projetos**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Disponível em: http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/6863/1/CM_COE-CI_2016_1_04.pdf. Acesso em: 16 de abr. 2020.

OLIVEIRA, Anthony Freitas de. **Análise das Causas de Atrasos em Empreendimentos Residenciais Devido a Falhas na Gestão de Projetos**. Monografia, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Campo Mourão, 2016. Disponível em: http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/6863/1/CM_COE-CI_2016_1_04.pdf Acesso em: 04 abr. 2020.

PALHOTA, Thais da Fonseca. **Gestão de prazos em obras de edificações considerando os paradigmas atuais da construção civil**. Rio de Janeiro: UFRJ/Escola Politécnica, 2016. Disponível em: <http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopol10017441.pdf>. Acesso em: 16 de abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Estácio Siemann Santos. **Fatores associados ao atraso na entrega de edifícios residenciais**. [Dissertação]. Orientador, Antônio Edésio Jungles. - Florianópolis, SC, 2012. 204 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99496/305402.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 abr. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (22ª Câmara Cível) **Embargos de Declaração da Apelação Cível nº 0014351-45.2011.8.19.0209**. Embargante: : GAFISA S.A. Embargado: Sergio Bernardes da Conceição. Relator: Rogerio de Oliveira Souza. Rio de Janeiro, 17 set. 2013a. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F7CD837D91B31371D314207F6B9E4E71C5024155145C&USER=>>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (18ª Câmara Cível) **Apelação Cível nº 0007404-09.2011.8.19.0036**. Apelante: : MRV Engenharia e Participações S/A. Apelação: Rodrigo Barbosa Costa. Relator: Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Rio de Janeiro, 30 julho 2013b. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AB08EAE225F6D10AF727440DCBE4B372C50236525C20&USER=>>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

RIOS, Rafael. **O Ciclo do Negócio Imobiliário**. LinkedIn, set. 2016. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/o-ciclo-do-neg%C3%B3cio-imobili%C3%A1rio-rafael-rios?articleId=6182747837189615616>. Acesso em 28 de mar. de 2020.

SANTANA, Felipe Carvalho. **A Responsabilidade Civil Extracontratual e os seus Pressupostos**. Direito UNIFACS–Debate

Virtual, n.215, 2018. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4579/2998>>. Acesso em: 28 de

SÃO PAULO Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (13ª Vara Cível). **Apelação nº 1064879-34.2016.8.26.0100**. Apelante: Construtora Crescer LTDA. Apelados: Ricardo da Silva Rinco. Relator: Luiz Antonio Carrer São Paulo, 27 de abril de 2020a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=DB68E7EBB8503AAD0EF2F4CA2891E358.cjsg1>. Acesso em: 13 de mai. de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (1ª Câmara de Direito Privado). **Embargos de Declaração Cível nº 1056279-95.2014.8.26.0002/50000**. Apelante/Apelada: Altana Piazza Navona Empreendimento Imobiliário LTDA. Apelantes/Apelados: Edson Soares da Silva. Apeladas: RCI Assessoria de Negocios LTDA; Rogerio Aguiar Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relator: Claudio Godoy. São Paulo, 11 de mai de 2020b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=DB68E7EBB8503AAD0EF2F4CA2891E358.cjsg1>. Acesso em: 13 de mai. de 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil, v.22, 2005. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf. Acesso em: 05 de abr. 2020.

Sobre o livro

Projeto gráfico e capa	Erick Ferreira Cabral
Imagens da capa	Pixabay
Normalização e correção	Antônio de Brito Freire
Mancha Gráfica	10,5 x 16,7 cm
Tipologias utilizadas	Chaparral Pro 11/13,2 pt

Quando pensamos em publicar o livro Diálogos do Direito Hodierno tivemos em mente o I Congresso Internacional Europeu Brasileiro de Direito do Trabalho de Campina Grande, sendo aquele uma forma de homenagear o evento e, em algum grau, ajudar a manter o formato das discussões nele ocorridas, as quais tiveram a multiplicidade de olhares científicos como cerne. Seguindo a lógica do evento homenageado, o livro igualmente buscou a pluralidade de ângulos de visão para melhor analisar o mundo hodierno, com os artigos abordando diversos campos do Direito, e mesmo indo além, fazendo uma leitura transversal dele e da Literatura. Objetivando atingir o maior público possível, escolheu-se para a obra o formato de e-book, assim como pela inexistência de cobrança para a permissão de acesso ao seu conteúdo, opções essas que se mostraram acertadas, como comprova a grande quantidade de downloads do livro.