

# ANUÁRIO

## DO CURSO DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FAG

JURISDIÇÃO,  
FRONTEIRAS E MERCADOS | **2023**

### [ ORGANIZADORES ]

EDUARDO AUGUSTO CAMBI SALOMÃO  
EDUARDO HOFFMANN  
LUCAS PAULO ORLANDO DE OLIVEIRA





© Eduardo Augusto Cambi Salomão, Eduardo Hoffmann, Lucas Paulo Orlando de Oliveira (Organizadores)

### **Coordenação Editorial**

Coordenação Editorial Executiva: Alex Sandro de Araujo Carmo  
Projeto Gráfico e Editoração: Agecin

### **Conselho editorial**

Profa. Me. Aline Gurgacz Ferreira Meneghel (FAG)  
Prof. Dr. Afonso Cavalheiro Neto (FAG)  
Profa. Me. Andréia Tegoni (FAG)  
Prof. Me. Ralph Willians de Camargo (FAG)

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

340  
J950 Jurisdição, fronteiras e mercados: anuário do curso de direito do Centro Universitário FAG -/ Organizadores: Eduardo Augusto Cambi Salomão, Eduardo Hoffmann, Lucas Paulo Orlando de Oliveira - Cascavel PR: FAG, 2023.

159.p.  
Inclui bibliografia  
ISBN 978-65-89062-43-1

1. Análise Jurisprudencial. 2. Desenvolvimento Econômico. 3. Responsabilidade civil. 4. Fluxos Migratórios. 5. Política Ambiental. 6. Tribunal do Júri. 7. Autonomia de vontade da criação. 8. Trabalho da Gestante. I. Salomão, Eduardo Augusto Cambi. II. Hoffmann, Eduardo. III. Oliveira, Lucas Paulo Orlando de. I. Título.

CDD 340

Catalogação na fonte: Eliane Teresinha Loureiro da Fontoura Padilha - CRB-9 - 1913

**ISBN 978-65-89062-43-1**

Direitos desta edição reservados ao:  
Centro Universitário Assis Gurgacz  
Avenida das Torres, 500  
CEP 85806-095 – Cascavel – Paraná  
Tel. (45) 3321-3900 - E-mail: [publicacoes@fag.edu.br](mailto:publicacoes@fag.edu.br)

É proibida a reprodução parcial ou total desta obra,  
sem autorização prévia do autor ou da IES.

**Depósito Legal na Câmara Brasileira do Livro  
Divulgação Eletrônica - Brasil - 2023**

## **PREFÁCIO DA 2<sup>a</sup> EDIÇÃO DO ANUÁRIO**

### **TECNOLOGIA, SOCIEDADE DO CONHECIMENTO E OS DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA**

Estamos completando em poucos anos um quarto de século. A primeira parte do terceiro milênio foi marcada por uma revolução tecnológica, com impactos no modo de vida dos seres humanos.

Empresas de tecnologia, como a Apple e a Alphabet, segundo o ranking da Forbes, registraram um recorde de US\$ 4,2 trilhões (R\$ 20 trilhões) em receita atual (considerados os lucros, ativos e valor do mercado de ações), em 2022, superando marcas expressivas do setor nos anos anteriores: US\$ 4 trilhões (2021) e US\$ 3,3 trilhões (2020).

Definitivamente, vivemos a *sociedade do conhecimento*. O aumento da produção agrícola e industrial está relacionada à expansão da capacidade de pesquisar, inovar e gerar novos saberes.

O aumento do volume e o amplo acesso às informações, sistematizado pela tecnologia, permite o desenvolvimento pessoal e coletivo. Porém, os avanços tecnológicos, para gerar o progresso para o maior número de pessoas, devem ser acompanhados por educação de qualidade.

Nunca foi tão importante saber transformar as informações em conhecimentos úteis ao enfrentamento dos desafios socioambientais, da superação dos preconceitos e estereótipos, do combate às desigualdades de gênero, raciais e de classes sociais, da erradicação da pobreza e da melhor distribuição de renda.

Na sociedade do conhecimento, a formação do capital humano é indispensável para a construção de um mundo melhor e mais justo. Precisamos de pessoas bem preparadas, não apenas tecnicamente, mas também eticamente evoluídas para transformar as informações em ações concretas, voltadas à sustentabilidade da vida humana e do planeta.

Chegamos ao um ponto da história da humanidade em que a produção científica deve vir acompanhada da consciência de que somos mais de oito bilhões de habitantes, com realidades econômicas e padrões de desenvolvimento humano bem diferentes.

No cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), deve-se levar em consideração a renda, a educação e a saúde. A

expectativa de vida de uma população, o grau de conhecimento e o poder de compra servem para medir a qualidade de vida da população.

Infelizmente, uma parcela muito pequena da humanidade tem os direitos humanos essenciais assegurados. Na Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, afirma-se que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Passados quase oitenta anos do final da Segunda Guerra Mundial, a efetivação dos direitos humanos é ainda uma realidade muito distante para a maioria da população mundial.

O Brasil, embora esteja entre as dez maiores economias globais, é o país com maior concentração de riqueza do mundo. Segundo o Relatório Global da Riqueza de 2023, cerca de 48% da riqueza, em 2022, estava nas mãos de apenas 1% da população.

A educação de qualidade começa com a elaboração das perguntas certas. Como usar a tecnologia para preparar pessoas para os desafios globais e locais? Como desenvolver uma cultura que respeite as diferenças e assegure oportunidades para a transformação da realidade social? Como produzir mais sem destruir o meio ambiente? Como potencializar os talentos das pessoas para contribuírem com o desenvolvimento da humanidade?

Como escreveu o poeta espanhol Antonio Machado, *caminhante, não há caminho, o caminho se faz ao caminhar.*

Desde 2002, o Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG) investe na melhoria do Curso de Direito, porque acredita que a formação de profissionais de qualidade é indispensável para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como determina o artigo 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

É, portanto, uma enorme satisfação a publicação deste Segundo Anuário de Pesquisas. O livro reúne oito artigos jurídicos, produzidos ao longo de 2022, a partir do trabalho de pesquisa desenvolvido por Professores e Alunos do Curso de Graduação em Direito da FAG. São trabalhos que procuram responder a perguntas diferentes sobre problemas atuais, em diversas áreas do conhecimento jurídico.

Nesta edição, o leitor poderá refletir sobre: contratos familiares nas relações conjugais; o desenvolvimento econômico regional e os

incentivos fiscais; a responsabilidade civil na hipótese de carona de cortesia; os fluxos migratórios e a efetivação dos direitos humanos; a política ambiental digital e a responsabilidade pelo mundo comum; as consequências do abandono do Plenário no Tribunal do Júri; a autonomia de vontade das crianças e adolescentes; e o trabalho da gestante em tempos de pandemia.

É preciso ressaltar que as investigações científicas do Curso de Direito da FAG são sistematizadas no Grupo de Pesquisa “Jurisdição, Fronteiras e Mercados”, que está registrado na Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Além disso, aprimorar o desenvolvimento científico é um compromisso da instituição, contido no item 1.8 do PDI (“*Incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia e à criação e difusão da cultura*”).

Merece destaque na publicação deste Segundo Anuário as contribuições dos pesquisadores: **Camila Tenfen, Carla Kelli Schons de Lima, Diogo Lopes Cavalcante, Eduardo Hoffmann, Giovanna Back Franco, Gustavo dos Santos Prado, Keila M. K. V. Lorenzi, Lucas Paulo Orlando de Oliveira, Pedro H. S. Aguera e Rafael José dos Santos, Thais Forlin.**

Além do incentivo à leitura dos textos ora apresentados, fica o convite para que a comunidade acadêmica se envolva nas atividades do Grupo de Pesquisa “Jurisdição, Fronteiras e Mercados”. Afinal, na sociedade do conhecimento, haverá sempre espaço para profissionais que saibam fazer as perguntas certas, que tenham curiosidade e criatividade, bem como se motivem para encontrar os argumentos e as soluções para os problemas cotidianos.

Boa leitura!

### **Eduardo Cambi**

Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Faculdade de Direito da FAG, da UENP e da Pan-Americana. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

# SUMÁRIO

[ CAPÍTULO 1 ] **p. 1**

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ ACERCA DA VALIDADE DOS CONTRATOS FAMILIARES NAS RELAÇÕES CONJUGAIS**

**Carla Kelli SCHONS DE LIMA**

[ CAPÍTULO 2 ] **p. 20**

**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL E INCENTIVOS FISCAIS**

**Diogo LOPES CAVALCANTE**

[ CAPÍTULO 3 ] **p. 42**

**A CARONA DE CORTESIA EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO: POSSÍVEL AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CÍVEL DO MOTORISTA E DO PAGAMENTO À INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA**

**Eduardo HOFFMANN | Thais FORLIN**

[ CAPÍTULO 4 ] **p. 61**

**FLUXOS MIGRATÓRIOS: UM ESTUDO SOBRE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES**

**Rafael José dos SANTOS | Gustavo dos SANTOS PRADO**

[ CAPÍTULO 5 ] **p. 81**

**POLÍTICA AMBIENTAL DIGITAL E NECESSIDADE DE RESPONSABILIDADE PLURAL ARENDIANA PELO MUNDO COMUM**

**Giovanna BACK FRANCO**

[ CAPÍTULO 6 ] **p. 101**

**O ABANDONO DE PLENÁRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL E COOPERATIVO**

**Guilherme CARNEIRO DE REZENDE**

[ CAPÍTULO 7 ] **p. 121**

**AUTONOMIA DE VONTADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

**Camila TENFEN | Lucas Paulo ORLINDO DE OLIVEIRA**

[ CAPÍTULO 8 ] **p. 139**

**TRABALHO DA GESTANTE EM TEMPOS DE PANDEMIA: IRREDUTIBILIDADE SALARIAL E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS DECORRENTE DA COVID-19**

**Keila M. K. V. LORENZI | Pedro H. S. AGUERA**

# **[ CAPÍTULO 1 ]**

# **ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

# **DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

# **DO PARANÁ ACERCA DA**

# **VALIDADE DOS CONTRATOS**

# **FAMILIARES NAS**

# **RELAÇÕES CONJUGAIS**

Carla Kelli Schons de Lima<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Sociais, pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Docente do Centro Universitário Assis Gurgacz. Coordenadora da Linha de Pesquisa Família, Parentesco e Jurisdição na Constituição dos Sujeitos. Advogada. E-mail: carlaschons@fag.edu.br

## 1. INTRODUÇÃO

A família, que tradicionalmente serviu mais à satisfação dos interesses econômicos e subordinou-se a uma formatação definida pelo Estado, tem se curvado à concepção eudemonista, assumindo novos contornos e proporcionando aos seus membros a expressão da sua identidade, busca pela felicidade individual e autonomia de seus integrantes para que possam viver como bem quiserem.

O Estado sempre interferiu no Direito de Família, no intuito declarado de preservar o que entende ser melhor ao indivíduo e à sociedade e, mesmo nas hipóteses em que admite a liberdade de escolha, como por exemplo, opção pelo regime de bens ou reconhecimento de novos modelos familiares, ainda assim limita esta liberdade, deixando salvaguardar muitos direitos patrimoniais e personalíssimos.

Todavia, a história tem mostrado que a intervenção estatal excessiva nas famílias e nas relações íntimas, nem sempre foi acertada ou, pelo menos, precisou ser revista para adaptar-se às transformações sociais. Basta observar alguns institutos familiares hoje normalizados, mas outrora inaceitáveis: o divórcio, as famílias recompostas, a união e adoção homoafetiva, que já foram considerados atentados ao instituto da família.

O Direito de Família muda de tempos e tempos e algumas construções familiares não são desejadas pela sociedade em determinado momento histórico, todavia, é questionável a competência do Estado para estabelecer as regras de convivência ou limitar a autonomia da vontade no espaço privado que é a família, posto que deveria pertencer exclusivamente ao indivíduos o poder de decidir qual forma de viver e conviver melhor lhe aprovem.

O direito à liberdade, consagrado pela Constituição Federal, aliado ao crescente reconhecimento da importância dos direitos da personalidade, com destaque ao direito à privacidade e à intimidade validam esta interpretação dos direitos das famílias, pois nada é mais privado e mais íntimo do que a família, assim, se a família está na esfera do privado e da intimidade, natural que seus membros possam definir suas próprias regras de convivência e de patrimônio, bem como tenham autonomia para formalizarem as regras.

Evidentemente, é preciso fazer uma distinção entre relações conjugais e parentais, concedendo maior espaço naquelas relações, que envolvem adultos e capazes, e legitimando a necessária

intervenção estatal nas relações parentais, na proteção do melhor interesse da criança, bem como das pessoas em estado de vulnerabilidade, tais como ocorre com idosos e mulheres vítimas de violência.

Na doutrina verifica-se um amplo e crescente reconhecimento da liberdade de estipulação das regras de convivência e de disposição do patrimônio no seio da família, razão pela qual o presente trabalho pretende analisar o posicionamento da jurisprudência, penúltimo patamar das mudanças do Direito e que antecede a mudança da legislação. Para tanto, serão analisadas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que envolvem contratos familiares, a fim de verificar quais as soluções conferidas pelo Tribunal.

## **2. O DIREITO DE FAMÍLIA E A LIBERDADE DE CONTRATAR**

Segundo Moraes e Teixeira (2021, p. 1), a família é uma instituição que sempre foi considerada de ordem pública e a proibição do divórcio é um exemplo da severa intervenção do Estado na vida privada, “revelando que a permanência da instituição tem mais valor do que as escolhas e a felicidade de seus membros”. Todavia, a noção de ordem pública também se alterou, pois permeável a novos fatos jurídicos, cedendo espaço a realização humana enquanto objetivo, elevando a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República.

Antes da Constituição Federal de 1988 a família estava assentada necessariamente no casamento, razão pela qual deve-se à Carta Magna uma transformação revolucionária do Direito de Família, que alargou o conceito de família, não só permitindo, mas igualando as entidades familiares não matrimoniais e vedando tratamento e designações discriminatórias aos filhos (Rodrigues e Alvarenga, 2021, p. 4).

Nesse cenário, para Rodrigues e Alvarenga (2021, p. 5), o elemento característico da família contemporânea é a presença de um vínculo afetivo que une as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, de modo que a afetividade é alçada ao patamar de valor jurídico, embrionário das relações familiares.

Para Maria Berenice Dias (2013, p. 58), esse modelo de família, pautado na afetividade, deu origem ao nome família eudemonista, que busca a felicidade e a satisfação de seus membros. A autora esclarece que:

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito (DIAS, 2013, p. 58)

Evidentemente, essa nova visão da Família e do Direito de Família exige novas regras. Segundo Carvalho (2021, p. 19) as mudanças nos papéis dos membros da família, o aumento da expectativa de vida, rediscussão do gênero e redimensionamento da sexualidade fizeram com que o direito previsto na Lei já não seja mais suficiente para resolver as questões da família contemporânea, que demanda a construção de regras específicas para cada ciclo de vida familiar e suas expectativas.

E a mudança é inevitável, independentemente do que a lei e da existência de maior ou menor resistência no direito de família pelos setores mais conservadores, seja do Estado, da religião e da própria sociedade, pois as pessoas vivem a família como querem e como conseguem. Muito antes da possibilidade do divórcio judicial, os casamentos já terminavam; antes da legalização do casamento homoafetivo, as pessoas homossexuais já viviam como casal; a regulamentação formal da adoção até hoje não consegue evitar que a adoção brasileira continue acontecendo. Outras situações previstas ou impedidas por leis não são capazes de evitar que, no seio familiar, as pessoas vivam ao seu modo e que muitas pessoas até desejassem viver de acordo com as regras tradicionais familiares, mas suas necessidades, suas possibilidades sociais e econômicas, muitas vezes lhes conduzem a vivenciar a família de um modo diverso.

## 2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE NAS ÁREAS SUJEITAS A NEGOCIAÇÃO

Antes de prosseguir, é importante destacar que, de acordo com a doutrina, existem áreas sujeitas a negocialidade e outras imunes a ela. Acerca disso, Moraes e Teixeira (2021, p. 5) esclarecem que o conceito de negociabilidade pressupõe simetria entre os membros da relação jurídica e que, a rigor, essas relações de paridade no interior da família podem ser vistas entre cônjuges e companheiros. Em contrapartida, nas relações assimétricas, pressupõe-se maior intervenção do Estado:

Quanto houver essa assimetria relacional, os espaços de negociabilidade ficam mais reduzidos, pois se espera um comportamento positivo de atuação em prol daquele que é vulnerável, a fim de que essa conduta possa reequilibrar a relação jurídica. Por isso, quando se tratar de criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência e mulher (em algumas circunstâncias), as relações familiares têm um vetor protetivo, pressupondo-se maior ingerência do Estado nesses espaços de intimidade (Moraes e Teixeira, 2021, p. 8).

Partindo desta distinção de relações existentes dentro da família, a discussão sobre liberdade de contratar aqui se limita àquelas áreas ditas sujeitas a negociação, em que o Estado deve ceder espaço às manifestações expressas pelas partes em condições de paridade, ou seja, relações conjugais estabelecidas entre pessoas maiores, capazes, que se unem por vínculos afetivos em igualdade de condições e de hierarquia.

Defende-se, portanto, uma intervenção mínima do Estado nas entidades familiares, dado o caráter instrumental da família, como meio para a realização pessoal e a felicidade humana, de modo que não se pode mais conceber uma família engessada no conservadorismo, sob pena de mitigação da autonomia privada (AMORIM, 2021, p. 8-9).

A forte intervenção do Estado nas relações familiares, limitando a auto regulamentação pelas famílias, contraria os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, inerentes à esfera privada, mas, por outro lado, não se pode ignorar seu caráter protetivo em relação aos membros da família que sejam hipossuficientes ou que vivam em situação de dependência e vulnerabilidade, física e econômica.

Acerca do tema, Multedo (2017, p. 273) destaca que “a desejada redução da intervenção estatal não significa recusar hipóteses excepcionais em que o Estado deve desempenhar um papel ativo de ingerência na seara da família” e que a liberdade decorrente da autonomia privada se curva à incidência da solidariedade familiar. Em outra palavras, a autora esclarece que ao sistema jurídico compete uma atuação vigilante, mas não interventora, respeitando a dignidade da pessoa humana na dimensão familiar, reconhecendo a liberdade e autonomia dos sujeitos, não intervindo nos aspectos que impliquem restrição injustificada.

Assim, a autonomia da vontade, princípio comumente relacionado na esfera do direito obrigacional, possui estreita

ligação com a liberdade, alcançando inclusive o direito de família (Xavier, 2020, p. 79).

Segundo Xavier (2020, p. 76) o princípio da liberdade no direito de família, também chamado de princípio da não intervenção está consagrado no art. 1.513 do Código Civil Brasileiro, ratificado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, proibindo a interferência na vida familiar. Assim, seja na constituição, manutenção e extinção de uma entidade familiar, está presente o princípio da liberdade.

Multedo (2017, p. 56) observa que na trajetória do direito de família brasileiro há um movimento pendular da intervenção estatal, ora reconhecendo espaços da maior regulamentação, ora normatizando escolhas íntimas das pessoas, sem critérios e limites definidos. Como alternativa, a autora remete a teoria norte-americana denominada “paternalismo libertário”:

*O paternalismo libertário é paternalista, na medida em que tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os intervenientes julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem-estar, e é também libertário, porque concede a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem, preservando assim a liberdade de escolha (MULTEDO, 2017, p. 64).*

E um exemplo bem sucedido de aplicação do paternalismo libertário no Direito Brasileiro, apresentado pela autora, é a possibilidade de opção por regime de bens diverso da Comunhão Parcial através de pactos antenupciais, a fim de melhor atender os interesses e o bem estar do casal, assegurando o direito constitucional de liberdade (Multedo, 2017, p. 276).

Verifica-se, portanto, um lento e gradual processo de subjetivação das relações afetivas na sociedade brasileira, legitimando uma maneira particularizada de pensar as relações afetivas e de família, com uma liberdade jamais imaginada. A liberdade que se visualiza no campo da família, obviamente não é ilimitada, mas aponta para a contratualização plena das relações de família como sua próxima fronteira (CARVALHO, 2021, p. 29).

### **3. CONTRATOS ATÍPICOS E A VALIDADE DAS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS**

Contrato é o acordo feito por duas ou mais pessoas, estabelecendo entre elas direitos e deveres obrigacionais, podendo

ainda os contraentes estabelecer determinadas condições para o início do seu cumprimento. O Código Civil, ao dispor sobre o contrato, lhe atribui uma tríplice função: jurídica, econômica e social. Sob essa perspectiva, o contrato, para além de instrumento de interesses privados, é um instituto a serviço do interesse coletivo (Brito, 2015, p. 1).

Em que pese a previsão legal, no art. 425 do Código Civil, para a celebração de contratos atípicos, de acordo com Paulo Lobo (2023, p. 220), nunca houve total liberdade de criação de tipos contratuais e para que se possa conferir força obrigatória a um contrato atípico é necessário que haja um mínimo de tipicidade social:

Em outras palavras, a atipicidade não se confunde com arbitrariedade. Todo o contrato, inclusive o atípico, deve ter significação que ultrapasse os interesses meramente individuais, contingentes e socialmente irrelevantes, porque a liberdade contratual de que as pessoas desfrutam existe nos limites positivos e negativos da função social que o contrato deve observar, na forma do CC, art. 421." (LÔBO, 2023, p.220).

De acordo com Multedo (2017, p. 274/275), no direito de família, o contrato mais comum é o pacto antenupcial, previsto no art. 1.639 do Código Civil e regulado nos arts. 1.653 a 1.657, que sempre se permitiu a liberdade aos cônjuges para dispor de questões patrimoniais, salvo se os envolvidos se encontrarem nas situações previstas no art. 1.641 que impõe a separação obrigatória de bens.

Paralelamente aos pactos antenupciais, passaram a ser concebidos contratos atípicos de união estável e de namoro, como forma de assegurar os espaços de autonomia e os desejos de cada um de seus integrantes, regulamentando matérias não exclusivamente patrimoniais, mas também de cunho existencial, contidas nas regras de convivência e até mesmo a divisão de atribuições domésticas, mas a validade de tais cláusulas, especialmente quanto à fidelidade e à coabitacão, deve ser examinadas casuisticamente e "desde que não violem a dignidade das partes e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice de ordem pública para a sua admissão" (Tepedino, 2023, p. 14).

De acordo com Multedo (2017, p. 274/275) há dúvida se os pactos antenupciais seriam instrumentos adequados para conter regras existenciais, como por exemplo a dispensa, pelos cônjuges

e companheiros, do dever de fidelidade, coabitação e lealdade, e uma das grandes dificuldades dos contratos familiares é a compatibilização de instrumentos tipicamente patrimoniais (contratos) às situações existenciais (família), pois a distinção entre relações existenciais e patrimoniais não é estanque. Acerca desta distinção, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Konder destacam:

Cada vez mais se fortalece a possibilidade desses pactos servirem como instrumentos que formalizam tanto os acordos pessoais quanto os patrimoniais dos companheiros ou futuros cônjuges. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a alterá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo possível se discutir a possibilidade de o próprio casal construir a ordem pública familiar, segundo o que para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa bem-sucedida (Teixeira e Konder, 2021, p. 178).

Da mesma forma, Tepedino (2023, p. 15) entende que o valor jurídico do afeto pode ser compatível com a contratualização nas relações de família, pois a afetividade supõe compromisso e responsabilidade, convergindo com o plano contratual, prestigiando os princípios da autonomia da vontade e da solidariedade.

### 3.1 PRINCIPAIS TIPOS DE CONTRATOS NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Os modelos contratuais aqui analisados restringem-se às relações estabelecidas entre cônjuges, companheiros ou namorados, em rol exemplificativo que se insere nas relações não imunes à contratualização e sujeitos a uma menor intervenção do Estado.

Os contratos pré-nupciais ou pactos antenupciais são contratos típicos, regulamentados pelos artigos 1.653 a 1.657 do Código Civil e servem para formalizar, em regra, questões patrimoniais como regime de bens, doações entre cônjuges e administração de bens. Entretanto, na prática, um número muito maior de regras podem ser estipuladas, sobretudo regras sobre direitos existenciais, dentre elas, pactos sobre a distribuição do trabalho doméstico, cuidados com os filhos e sobre relações sexuais, conforme entendimento de Carvalho (2021, p. 23).

Outra modalidade de contrato conjugal são os contratos intramatrimoniais, que se diferenciam dos antenupciais pelo momento da sua realização, pois são celebrados na vigência de um casamento ou união estável. Também não é novidade no direito de família a repactuação do regime de bens que, muito embora dependa de autorização judicial para as pessoas casadas, conforme previsão do art. 1.639 do Código Civil, pode ser objeto de pactuação por instrumento público às pessoas em união estável. Indo além, a doutrina entende que contratos intramatrimoniais podem ser celebrados para regulamentação de questões patrimoniais e existenciais do casal:

Algumas pactuações tem por finalidade dar mais segurança econômica ou patrimonial ao casal ou aos membros da relação individualmente considerados. Já outras podem ser de ordem existencial, a fim de “corrigir a rota” do relacionamento, alterar regras internas de convivência, rediscutir regras sobre a sexualidade do casal ou da entidade familiar, atualizar as preferências e consolidar as mudanças de estilo de vida, profissionais e pessoais de cada um dos envolvidos na relação. Serve, no mais das vezes, para fortalecer o próprio relacionamento conjugal (Carvalho, 2021, p. 24).

Sobre a viabilidade de pactuações na vigência do casamento, Fleischmann e Facini (2021, p. 90) destacam que Código Civil de 2002 dispõe expressamente sobre as condições e requisitos necessários à alteração do regime matrimonial, contudo, a lei é silente com relação a aspectos que não se referem ao regime de bens, razão pela qual alguns autores defendem ser possível sua alteração por escritura pública. Assim, cláusulas sobre administração de bens, participação dos cônjuges no sustento da família, normas que fixem critérios para a partilha de bens, cláusulas extramatrimoniais, se admitidas no pacto antenupcial, poderiam ser modificadas diretamente no Tabelionato de Notas, desde que não importe em mudança no regime de bens e não cause prejuízos à família e a terceiros.

Outra categoria de contratos possíveis, de acordo com Carvalho (2021, p. 24/25), seriam os pré-divórios e pós-divórcio, com finalidades semelhantes de estabelecer metas e caminhos a serem percorridos com o final do relacionamento, no intuito de construir uma convivência harmônica entre pessoas que, mesmo após o término do casamento, mantêm vínculos comuns. É o caso de cuidados com os filhos, utilização de bens comuns, gestão

compartilhada de negócios, mudança de domicílio ou reajustamentos periódicos da pensão alimentícia.

Acerca disso, Multedo (2021, p. 248) exemplifica o campo de incidência da autonomia privada na área dos interesses familiares com um rol de possibilidades em progressiva construção e que podem ser realizados em pactos pré-nupciais ou pré-convivenciais, durante a própria união, após o nascimento dos filhos ou no momento do divórcio:

i) acordos entre os cônjuges ou companheiros de viverem em residências separadas; ii) acordos a respeito dos deveres conjugais e convivenciais. iii) acordos preventivos de divórcio e dissolução da união estável, incluindo a escolha por métodos autocompositivos como mediação ou práticas colaborativas, ainda que de modo escalonado, antes do judicial; iv) acordos que incluem aspectos dos direitos da personalidade, como o uso do nome do outro ou composição do nome dos filhos; v) acordos parentais inerentes à manutenção, sustento, educação e futuro dos filhos; vi) definição do modelo de guarda e convivência no caso de um dos genitores construir nova família; vii) pactos de liberdade sexual, de modo a considerar irrelevante a fidelidade; viii) acordos sobre suspensão da atividade profissional e futuro pagamento de alimentos compensatórios e/ou transitórios, até a reinserção no mercado de trabalho; ix) (sic) acordos acerca do uso de material genético em reprodução humana assistida após o rompimento ou morte, entre outros (Multedo, 2021, p. 248).

Duas outras modalidades de contrato bastante difundidos são o contrato de união estável e de namoro. Este, bastante controvertido pela doutrina e jurisprudência, aquele, amplamente realizado por casais para formalizar uma união, com natureza de entidade familiar, mas que por algum motivo (geralmente menor burocracia para sua constituição e extinção), não desejam celebrar o casamento.

Assim como os pactos antenupciais, intramatrimoniais e pós divórcios, os contratos envolvendo união estável podem conter cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais, estabelecendo regras de convivência. Merece destaque aqui o debate sobre a possibilidade, ou não, dos efeitos retroativos do contrato de convivência para o início da união. A doutrina se divide entre a tese da eficácia retroativa, dizendo não haver vedação legislativa aos efeitos *ex tunc* e a outra parte da doutrina, que é acompanhada

pelo STJ, entende pela impossibilidade de se atribuir tais efeitos ao contrato de convivência, que passaria a vigorar a partir da assinatura (Fleischmann e Fachini, 2021, p. 91/92).

Quanto ao contrato de namoro, de acordo com Xavier (2020, p. 102/104) trata-se de uma espécie de negócio jurídico entre pessoas com um relacionamento afetivo em que não há o objetivo de constituir família e que acordam expressamente por afastar a constituição de uma união estável e os direitos dela decorrentes e resistência, decorre justamente do argumento de que tal contrato teria por objeto fraudar a lei, no caso, a constituição de uma união estável. Acerca disso a autora esclarece:

(...) entre o que consta no documento e o desenvolvimento no plano fático, deve prevalecer o segundo. No entanto, não há razão justificável para previamente imputar às partes o ânimo de fraude à lei. Frise-se que no direito pátrio vigora o princípio da presunção da inocência (XAVIER, 2020, p. 104).

Conforme exposto, trata-se de um rol exemplificativo, posto que a questão preponderante é a validade dos contratos familiares, pois embora as questões patrimoniais sejam válidas, via de regra, as cláusulas de caráter existencial são passíveis de análise “sindicância” judicial, considerando as peculiaridades de cada caso (Carvalho, 2021, p. 26).

#### **4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CONTRATOS CONJUGAIS NO TJ/PR**

Para a concretização da presente pesquisa elegeu-se a metodologia de pesquisa jurisprudencial, que envolve coleta de dados de decisões proferidas por um juízo ou tribunal, através de uma abordagem que pode ser de natureza qualitativa e quantitativa. Delimitado o problema de pesquisa, impõe-se um recorte institucional, definindo o tribunal no qual se pretende pesquisar e o período de tempo em que se pretende coletar os dados (Passos e Feitosa, 2017, p. 27).

A análise da validade dos contratos conjugais imprescinde de uma abordagem quantitativa e o Tribunal de Justiça selecionado foi do Estado do Paraná, por questões territoriais, pois a pesquisa está sendo realizada na cidade de Cascavel, no oeste do Paraná.

A pesquisa de jurisprudência dos processos que tramitam em segredo de justiça, como ocorre com os processos de família, apenas se tornaram disponíveis no Tribunal de Justiça do Paraná a partir de 04/05/2020, para os acórdãos juntados a partir dessa data, em atendimento ao pleito apresentado pela OAB Paraná (OABPR, 2020). Em razão disso, o recorte temporal estabelecido foi de 04/05/2022 até 18/04/2023, a fim de obter um banco de dados suficiente à realização da pesquisa.

No intuito de limitar os resultados apenas para a área de interesse que é o Direito de Família, foram filtradas apenas as decisões da 11<sup>a</sup> e da 12<sup>a</sup> Câmaras Cíveis, competentes para julgar matérias relativas a Direito de Família, união estável e homoafetiva, nos termos do art. 90 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Os dados apresentados resultam de quatro buscas com diferentes combinações de palavras e caracteres. Na primeira pesquisa foram utilizadas as palavras “contrato e família e cláusula\$” que resultou em 13 decisões, mas apenas 5 delas eram pertinentes aos contratos familiares, as demais referiam-se a contratos diversos: 1 de contrato de locação, 4 de contrato de prestação de serviço, 1 de contrato social, 1 de contrato do programa minha casa minha vida e 1 de contrato de fomento mercantil.

Na segunda pesquisa foram buscadas as palavras “contrato e família e convivência”, que resultou em 24 decisões, das quais 9 são pertinentes ao tema pesquisado, nos demais 2 eram contratos de trabalho, 5 contrato de convivência na união estável, mas não pertinentes à pesquisa, pois mencionavam a ausência de um contrato entre as partes ou não teve análise de mérito, 1 com palavra grifada errada no julgado ( contato ao invés de contrato), 1 era contrato de financiamento de imóvel, 3 contratos de compra e venda, 1 contrato marítimo, 1 contrato de locação e 1 contato inominado desconsiderado pelo Tribunal, por se tratar de documento juntado intempestivamente.

Na terceira busca foram pesquisados as palavras “contrato de namoro”, que trouxe 9 julgados, mas apenas 6 acessíveis pois os outros 3 haviam sido julgados anteriormente à disponibilização das decisões em processos em segredo de justiça (16/06/2019, 14/03/2019 e 12/09/2014) e portanto indisponíveis para a consulta. Destes apenas em 2 efetivamente se discutiu o contrato de namoro, nos demais, 1 deles citava a união estável sem contrato, 1 contrato de compra e venda, 1 contrato de trabalho e 1

contrato de namoro que não foi analisado porque se tratava de embargos de declaração rejeitado por ausência dos requisitos.

Uma quarta busca através das palavras “contrato &nupcial” trouxe 11 resultados, 4 pertinentes a pesquisa, 3 em que mencionava a inexistência de contrato antinupcial em regime de separação obrigatória de bens, 1 sobre contrato de honorários e outros 3 julgados anteriores a disponibilização das decisões em processos em segredo de justiça (26/11/2019, 05/05/2016 e 02/10/2014).

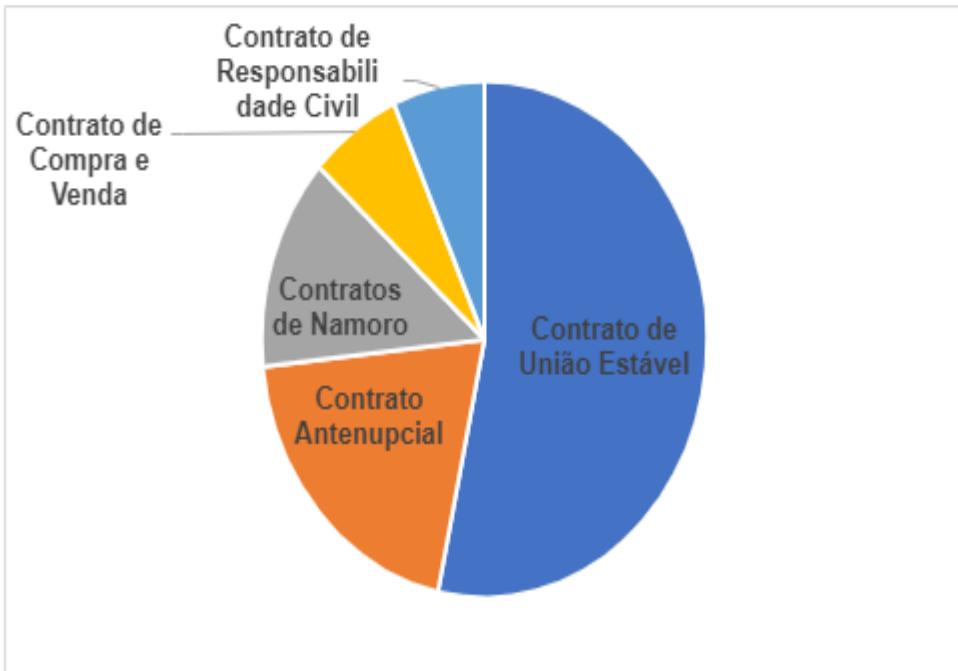
Desta forma, as 4 buscas resultaram em 57 decisões, 20 das quais são pertinentes à pesquisa, mas 1 deles se repetiu em três das quatro consultas e em outros três casos ocorreu julgamento simultâneo de demandas, resultando em números diferentes, mas um só acórdão. Assim, tem-se 15 julgados em que se discutiu contratos celebrados por cônjuges, companheiros e/ou namorados e, portanto, sujeitos a negociabilidade, conforme conceito de Moraes e Teixeira (2021, p. 5).

Conforme gráfico abaixo, em 8 processos discutiu-se contrato de união estável, 3 contratos antenupciais, 2 contratos de namoro, 1 contrato de compra e venda de imóvel com suposta cláusula de obrigação alimentar e 1 contrato de responsabilidade civil com cláusulas estabelecendo regras patrimoniais e existenciais:

Os resultados encontrados podem ser melhor visualizados na planilha abaixo:

nº nº Autos	Órgão Julgador	Data Julgamento	Tipo de Contrato
0000418-197.2020.8.16.0168	Câmara Cível	12 <sup>a</sup> 25/07/2022	Contrato antenupcial
0005226-203.2018.8.16.0044	Câmara Cível	11 <sup>a</sup> 30/08/2021	Contrato antenupcial
0016913-392.2017.8.16.0017	Câmara Cível	11 <sup>a</sup> 16/08/2020	Contrato antenupcial
0027626-441.2021.8.16.0000	Câmara Cível	12 <sup>a</sup> 16/11/2021	Contrato de Compra e Venda
0002492-504.2019.8.16.0187	Câmara	11 <sup>a</sup> 30/11/2022	Contrato de Namoro

		Cível		
		11 <sup>a</sup>		
0000876-	Câmara			
683.2022.8.16.0188	Cível	27/06/2022	Contrato de Namoro	
		12 <sup>a</sup>	Contrato de	
0008697-	Câmara		Responsabilidade	
757.2021.8.16.0000	Cível	09/09/2021	Civil	
		11 <sup>a</sup>		
0000259-	Câmara		Contrato de União	
871.2018.8.16.0186	Cível	27/03/2023	Estável	
		11 <sup>a</sup>		
0027349-	Câmara		Contrato de União	
913.2017.8.16.0017	Cível	01/06/2020	Estável	
		12 <sup>a</sup>		
0001927-	Câmara		Contrato de União	
1002.2019.8.16.0135	Cível	09/05/2022	Estável	
		12 <sup>a</sup>		
0004973-	Câmara		Contrato de União	
1134.2019.8.16.0188	Cível	06/04/2022	Estável	
		11 <sup>a</sup>		
0011196-	Câmara		Contrato de União	
1282.2016.8.16.0131	Cível	03/03/2021	Estável	
		12 <sup>a</sup>		
0055753-	Câmara		Contrato de União	
1320.2016.8.16.0014	Cível	24/09/2020	Estável	
		12 <sup>a</sup>		
0002895-	Câmara		Contrato de União	
1437.2016.8.16.0038	Cível	15/12/2020	Estável	
		12 <sup>a</sup>		
0005533-	Câmara		Contrato de União	
1521.2020.8.16.0000	Cível	23/06/2020	Estável	



A análise jurisprudencial consistirá na apresentação do objeto da discussão e do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná em cada um dos 15 julgados filtrados, numerados e classificados na tabela pela modalidade contratual em debate, com base nas ementas, pois a íntegra do acórdão não está disponível na maioria dos casos, por se tratar de processo com tramitação em segredo de justiça.

No julgado de número 1 tratava-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável em que se discutia a partilha de bens e dívidas no regime de separação convencional, no qual prevaleceu o pacto entre as partes, em observância à livre manifestação da vontade das partes. Na decisão de número 2 pretendia-se a nulidade de pacto antenupcial sob alegação de coação, que não ficou comprovada e, no 3º caso, o contrato antenupcial com cláusula de incomunicabilidade de bens anteriores ao casamento teve sua validade reconhecida para afastar a partilha de um imóvel. Em todos os casos se discutiam cláusulas patrimoniais e prevaleceu a autonomia da vontade.

A decisão de número 4 tinha como objeto um contrato de compra e venda de imóvel em que um dos cônjuges alegava a existência de uma “obrigação pecuniária vitalícia inserida em contrato de compra e venda de imóvel”, com natureza alimentar. Todavia, o Tribunal entendeu que se tratava de cláusula genérica e que inexistiam elementos sugestivos de obrigação alimentícia, absolutamente discrepante do objeto contratual e que tal obrigação, a princípio, não caracterizaria prestação de alimentos.

As duas decisões seguintes discutem contrato de namoro. Na primeira delas (caso 5), o Recurso de Apelação foi provido para validar um contrato de namoro, reformando a sentença que havia reconhecido a união estável no período do contrato. Na ementa destacou-se que o instrumento foi celebrado por partes maiores, capazes e representadas por advogados, sem vício de consentimento e que a situação fática não comprova a convivência pacífica, duradoura e com objetivo de constituir família. No segundo contrato de namoro (caso nº 6) tratou-se de um conflito negativo de competência, em que se pretendia a homologação de termo de acordo de reconhecimento e dissolução de contrato de namoro consensual qualificado, declarando-se a competência do Juízo Cível, diante da ausência de questão afeta à união estável.

O caso de número 7, bastante peculiar, tratou-se de um contrato de responsabilidade civil, firmado por um homem e uma mulher em 23 de abril de 1968, estabelecendo que os signatários concordavam em conviver no mesmo lar por tempo e prazo indeterminado, com seus filhos oriundos de relacionamento anterior, prometendo-lhes carinho e amor e comprometendo-se a contrair matrimônio, bem como declarando que os bens adquiridos a partir daquela data passariam a pertencer aos signatários. Posteriormente, em 2009, as mesmas partes celebraram Escritura Pública de Declaração de União Estável, declarando conviver em união estável há mais de 40 anos. Em sede de inventário dos bens deixados pela cônjuge virago, em que pese a insurgência dos seus herdeiros, alegando a inexistência do instituto da união estável em 1968, manteve-se a decisão de primeiro grau que interpretou a cláusula do primeiro instrumento favorável a meação ao autor dos bens adquiridos na constância de união estável, ressaltando que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Os outros 11 julgados foram proferidos nos processos em que se analisou contrato de união estável. No caso de número 8 tratou-se do reconhecimento e extinção de união estável em que o homem alegava a inexistência da relação, pois estaria em união estável com outra mulher, conforme contrato particular apresentado. Neste caso, em primeiro e segundo grau prevaleceu a união estável sem contrato, diante do conjunto probatório e da impossibilidade de reconhecimento de uniões simultâneas. Destacou-se que o instrumento particular foi firmado sem registro público, sem autenticação e firma reconhecida, ademais, ausente a publicidade da relação alegada pelo homem.

O 9º caso trata de um contrato particular formalizado no curso da união, elegendo o regime da separação total de bens para todo o período da união. O recurso de apelação foi julgado procedente, reformando a sentença de primeiro grau para excluir da partilha os bens imóveis adquiridos exclusivamente em nome da ex companheira, conferindo validade ao contrato, prevalecendo a manifestação de vontade das partes no instrumento. Não foi possível saber, pela leitura da ementa, se houve discussão acerca dos efeitos retroativos ou não ao contrato, todavia, a omissão desta informação leva a crer que essa informação era irrelevante e que os imóveis haviam sido adquiridos depois do contrato que elegeu o regime de bens.

No caso seguinte (nº 10) tem-se uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável em que a apelante pretende a anulação do pacto de convivência celebrado, pleito que foi rejeitado em primeiro e segundo grau diante da inexistência de qualquer prova que demonstre defeito no negócio jurídico, não se constatando qualquer das hipóteses de nulidade previstas no Código Civil.

No julgado número 11 discutiu-se o início da vigência de uma união estável em procedimento declaratório de reconhecimento pós mortem. Os réus apelantes insurgiram-se contra a decisão que reconheceu o termo inicial anterior a assinatura do contrato de união estável, todavia não obtiveram êxito, diante das provas da convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, em data anterior. Com certa similitude, decidiu-se o caso número 12 em que as partes, em processo de divórcio, haviam firmado contrato de união estável em data anterior ao casamento, prevalecendo o período do contrato para fins de partilha, diante da presunção de veracidade das declarações constantes no instrumento, em relação aos signatários.

Os julgados de número 13 e 14 analisaram a mesma questão: possibilidade de se conferir efeitos retroativos ao pacto de convivência para alteração do regime de bens e, em ambos os casos, a decisão foi a mesma, conferindo efeitos ex-nunc ao instrumento, inclusive com a semelhante fundamentação, reportando-se à decisão do STJ que decidiu pela impossibilidade dos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos ao regime de bens na união estável, sob pena de se conferir mais benefícios à união estável que ao casamento.

Por fim, o caso de número 15, em decisão proferida em sede de agravo de instrumento em procedimento de inventário

determinou a destituição da suposta companheira ao encargo de inventariante pois, em que pese contrato de união estável e o nascimento de filho comum entendeu-se que as provas eram insuficientes para reconhecer, nos autos do inventário, a existência da união estável no momento da abertura da sucessão, remetendo o reconhecimento da união estável para as vias ordinárias.

Em que pese o número restrito de julgados disponíveis para análise e da impossibilidade de acesso à íntegra do acórdão, é possível observar que a maioria dos casos se refere a contratos previstos em lei, com uma tendência do Tribunal de Justiça do Paraná pelo reconhecimento de validade dos contratos familiares em se tratando de questões patrimoniais, notadamente os casos 5, em que se conferiu validade ao contrato de namoro para afastar a união estável e 7, que reconheceu união estável e destacou na sua fundamentação um contrato de responsabilidade civil em que a manifestação de vontade dos signatários convergia para a comunhão de bens, muito antes de se admitir o instituto da união estável.

Ainda merece destaque o fato de não ter se encontrado, pelos termos buscados, contratos em que se discutem cláusulas existenciais, o que se pode atribuir à inovação que tais temas representam e que, embora já presentes em contratos familiares, ainda não representam uma demanda significativa nos Tribunais.

## 5. CONCLUSÕES

O direito de família, não é exagero dizer, é o mais privado dos ramos do direito, pois é no seio da família que o indivíduo se desenvolve e se expressa com mais facilidade e, sem romantizar as famílias, também é preciso reconhecer que esses espaços são permeado por muitos conflitos em decorrência da intensidade das relações de afeto envolvidas, talvez, por isso, sofre rápida e constante modificação.

O direito, como uma sombra, está sempre atrás das mudanças sociais e não poderia ser diferente, é impossível e desnecessário ao direito se antecipar e regulamentar um fato social sem que haja uma demanda. No direito de família, o sentimento é de que as mudanças estão ocorrendo em maior velocidade e o Estado, tradicionalmente conservador no intuito de preservar o instituto da família, não acompanha tamanha velocidade. Diante dessa lacuna legislativa, muitas famílias têm criado suas próprias

regras, reivindicando a autonomia, liberdade e reclamando a validação dessas regras.

Deve o Estado reconhecer a autonomia privada das relações com partes em condições de paridade, como ocorre na área dos interesses conjugais, com um rol de possibilidades em que se destacam pactos antenupciais, intramatrimoniais ou no momento do divórcio, com regulamentação que extrapolam a esfera patrimonial, atingindo também questões existenciais.

A necessidade de reconhecimento da autonomia privada nas relações da família, segundo Carvalho (2021, p. 22) fundamenta-se no descompasso entre as situações jurídicas previstas nas normas e a realidade social, fazendo surgir no Brasil e praticamente em todo o ocidente um Direito de Família jurisprudencializado, semelhante ao sistema da Common Law, em que as decisões judiciais têm mais importância que a lei.

Nesse sentido, a análise jurisprudencial com abordagem quantitativa das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná mostrou uma tendência pelo reconhecimento de contratos na seara familiar em se tratando de questões patrimoniais, como por exemplo quando confere validade ao contrato de namoro para afastar a união estável e reconhece os efeitos de um contrato de responsabilidade civil entre companheiros, celebrado muito antes do Direito brasileiro admitir o instituto da união estável.

Em que pese ainda não se observar uma demanda judicial em que se discutem cláusulas existenciais nos contratos familiares no Tribunal de Justiça do Paraná, a discussão das questões extrapatrimoniais pela doutrina, decorrente do crescente interesse da sociedade por tais temas é um passo para a construção da jurisprudência.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMORIM, A. M. A. DE. *A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar*. Civilistica.com, v. 10, n. 2, p. 1-19, 18 set. 2021.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. *Contratos familiares: Cada Família Pode Criar Seu Próprio Direito de Família*. In: *Contratos, família e sucessões: Diálogos Complementares* / Alexandre Miranda Oliveira (et al.) coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renato de Lima Rodrigues. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 19-30.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 9<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

*Jurisprudência do TJ-PR sobre Direito de Família poderá ser acessada*. OAB Paraná. Curitiba, 30 de abril de 2020, disponível em <<https://www.oabpr.org.br/jurisprudencia-do-tj-pr-sobre-direito-de-familia-podera-ser-acessada/>>. Acesso em: 21/04/2023.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de.; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Contratos no ambiente familiar*. In: Contratos, família e sucessões: Diálogos Complementares / Alexandre Miranda Oliveira (et al.) coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renato de Lima Rodrigues. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 1-18.

MULTEDO, Renata Vilela. *A potencialidade dos pactos consensuais no fim da conjugalidade*. In: Contratos, família e sucessões: Diálogos Complementares / Alexandre Miranda Oliveira (et al.) coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renato de Lima Rodrigues. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 237-258.

\_\_\_\_\_. *LIBERDADE E FAMÍLIA. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro, Processo, 2017.

PARANÁ. *Resolução n. 01 de 05 de julho de 2010* (Alterado até Resolução n. 25/2015. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Curitiba, 05/07/2010.

PASSOS, Daniela Veloso Souza e FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *A pesquisa científica e o cuidado metodológico na pesquisa jurisprudencial*. In: IX Congresso Nacional da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi: Resumos Expandidos EBOOK. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017, p. 7-14.

PEREIRA JÚNIOR, A. J. ; BRITO, Anya. L. P. ; LAVOR, Clávia P. ; SOUSA, Lívia P. M. . *Limites e efeitos da contratação de partilha na sucessão hereditária*. Revista de Direito de Família e das Sucessões , v. 6, p. 69-86, 2015.

RODRIGUES, E. E.; ALVARENGA, M. A. DE F. P. *Novos tempos, novas famílias: da legitimidade para a afetividade*. Civilistica.com, v. 10, n. 3, p. 1-23, 7 dez. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In: Contratos, família e sucessões: Diálogos Complementares / Alexandre Miranda Oliveira (et al.) coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renato de Lima Rodrigues. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

TEPEDINO, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 13-15, out./dez. 2022, <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/916/572>.

TJPR. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 de abr. de 2023.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de Namoro: Amor Líquido e Direito de Família Mínimo*. 2 ed. Belo Horizonte, Fórum, 2021.

# [ CAPÍTULO 2 ]

## **DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL E INCENTIVOS FISCAIS**

Diogo Lopes Cavalcante<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Doutor em Direito Público pela Unisinos. Doutor em Desenvolvimento Econômico pela Unioeste. Procurador da Fazenda Nacional. Professor do Curso de Direito da FAG.

## **1. INTRODUÇÃO**

O estudo do desenvolvimento regional, juntamente com uma das suas principais armas que são os incentivos fiscais, é de suma importância no atual contexto brasileiro. Trata-se de uma importante política pública para fomento do engrandecimento de localidades com índices de desenvolvimento em patamares menores. Ademais, a atração de investimentos ou atividades produtivas privadas por meio de incentivos fiscais tanto é importante como precisa ser abordada mais profundamente.

O estudo do desenvolvimento regional parte da constatação de que a atração de investimentos externos é uma dificuldade grande e de que, nesse processo, seria interessante tornar o sujeito (territorial) o protagonista de seu próprio processo de desenvolvimento por meio de incentivos fiscais.

Partindo dessa visão, esse artigo foi subdividido em quatro partes além desta introdução, para fornecer ao leitor uma visão panorâmica do problema. Assim, a primeira é dedicada ao conceito e à definição do desenvolvimento regional; a segunda aborda sobre os incentivos fiscais; a terceira discute sobre a importância dos incentivos para uma visão desenvolvimentista de Estado interventor; e a quarta trata do Plano Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR).

## **2. DEFININDO O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL**

O desenvolvimento regional se traduz como a formulação de políticas regionais específicas de cada localidade para o fomento do desenvolvimento econômico. Um processo em que as próprias sociedades locais se apresentam como protagonistas.

Ora, os estudos envolvendo o desenvolvimento regional evoluíram nos últimos anos a partir, principalmente, de estratégias de fora do país que tiveram êxito em valorizar potencialidades endógenas locais, estabelecendo-se cadeias produtivas específicas e governança participativa. Modelo esse que foca no poder da voz dos indivíduos e da comunidade local e regional.

Compreende-se, portanto, que o desenvolvimento regional é uma temática que foca não apenas em questões econômicas, mas também em fatores sociais e culturais, favorecendo a formação de uma sociedade com melhoria de indicadores de

bem-estar, como saúde, educação e desigualdade (VASCONCELLOS; GARCIA, 1998).

É nesse contexto em que são estudados processos endógenos de desenvolvimento, com estratégia de dentro para fora de transformação com aumento do bem-estar da comunidade, ao lado de estruturas de governança regional com a ação coletiva dos atores públicos e privados em especificidades próprias (TAPIA, 2005). Ademais, Dallabrida (2000, p. 46) alega que a “capacidade de uma sociedade organizada territorialmente, para gerir os assuntos públicos a partir do envolvimento conjunto e cooperativo dos atores sociais, econômicos e institucionais”, por exemplo em fóruns ou conselhos regionais de desenvolvimento, agências ou consórcios de desenvolvimento local ou regional, além de associações.

No histórico brasileiro, vale ressaltar que o desenvolvimento regional tem como ponto de partida a Constituição de 1946 – tida pela doutrina como municipalista – que consagrou o federalismo cooperativo com grande ênfase nas iniciativas de redução de desigualdade regional (BEVILACQUA, 2013), um modelo posto já na década de 50, com as diretrizes da recém-criada Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL. Esse modelo culminou, em 1967, com a implantação da Zona Franca de Manaus.

Cabe relembrar, também, que o conceito de desenvolvimento regional é um desdobramento das teorias do desenvolvimento posteriores ao final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, Furtado (1983) propõe uma diferenciação do crescimento econômico do desenvolvimento econômico, na medida que este segundo está atrelado não apenas ao aumento do PIB, mas também à distribuição de renda. Uma concepção que advoga em prol de mudanças estruturais e qualitativas na economia, com redução de desigualdade social e incremento de variáveis como educação e saúde, bem como se apresentam os estudos de Raúl Presbich, na Comissão de Economia da América Latina e Caribe (CEPAL).

O desenvolvimento regional se apresenta como a formulação de políticas próprias de desenvolvimento territorial para cada localidade determinada, para melhorias do respectivo bem-estar econômico e social (VASCONCELLOS; GARCIA, 1998). Um processo de “mudança social sustentada que tem como finalidade última o progresso permanente da região, da

comunidade regional como um todo e de cada indivíduo residente nela" (BOISIER, 1996, p.33).

Nesse processo, fala-se em estratégias a partir do potencial de desenvolvimento existente em seu território. Processo em que atuariam organizações não governamentais, instituições privadas e o próprio governo com, segundo Bobbio (2005) uma estratégia de governança com acordos e contratos com influência nos arranjos locais. Logo, a governança regional é como "iniciativas ou ações que expressam a capacidade de uma sociedade organizada territorialmente, para gerir os assuntos públicos a partir do envolvimento conjunto e cooperativo dos atores sociais, econômicos e institucionais." (DALLABRIDA, 2000, p. 46).

Eis a importância nas articulações voltadas para um diagnóstico adequado da realidade, para se estabelecer prioridades e planejar ações e aplicação de recursos, além de definir prioridades, planejar ações e determinar como os recursos, inclusive humanos, devem ser aplicados. O confronto necessário a potencialidade e desafios de cada território. Hipótese em que é importante a combinação de mudanças mentais e sociais (PERROUX, 1967).

É nesse momento em que se mostra importante o "aprofundamento democrático e de desenvolvimento como 'expansão das liberdades', mas também pode ser mecanismo de socialização dos custos e privatização dos ganhos do desenvolvimento." (ROVER, 2007, p.114).

Sobre a noção de desenvolvimento endógeno, dentro dessa temática de pressupostos de desenvolvimento, torna-se importante compreender as variáveis importantes na obra de Carlos Alberto Piacenti (2012, p. 63), em que se "reconhece o protagonismo dos atores locais, interagindo em laços de cooperação territorial". Variáveis tais como: capital institucional (organizações públicas e privadas), humano (conhecimento), cívico (práticas democráticas), social (cooperação) e sinérgico (articulação).

### **3. INCENTIVOS FISCAIS: FISCALIDADE OU EXTRAFISCALIDADE?**

Os incentivos fiscais constituem uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, sendo permitidos pela sistemática da Constituição Federal de 1988. Tem-se, nessa linha, formatos de intervenção na economia direta, por participação e por absorção, e indireta, por direção e por indução (GRAU, 2006).

Em suma, a intervenção por participação é uma forma de atuação do Estado na economia por meio das empresas públicas que visam ao lucro. Essas empresas não têm imunidades tributárias, pois não prestam serviços com finalidade pública, mas, sim, empresária. Com fundamento no artigo 173 da Constituição Federal, a intervenção por participação prevê a possibilidade de intervenção do Estado em atividade econômica visando lucro em determinadas situações, desde que ocorra em casos de necessidade aos imperativos de segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme definido em lei, pois, em regra, aquela é reservada a iniciativa privada.

A chamada intervenção por absorção seria a atuação do Estado na economia no regime de monopólio, o exercício exclusivo de dada atividade econômica, o exercício sem concorrência. Nesta abordagem, Eros Roberto Grau (2006) define a modalidade como o Estado assumindo o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca de determinado setor da atividade econômica, *strictu sensu*. Conclui-se, portanto, que o Estado, ao constatar eventual interesse coletivo em determinados setores do mercado, resolveu tomar as rédeas do desenvolvimento econômico, dando origem a um monopólio capaz de assegurar à população a tutela sobre bens reputados essenciais à nação.

Por sua vez, a participação por direção do Estado na economia ocorre por meio da normatização e da fiscalização da atividade econômica, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal. Esse modelo é misto, composto por administração direta e indireta, sendo ministerial e de agências reguladoras, respectivamente. Além disso, no referido modelo concorrem políticas de governo (adstritas aos ministérios) e de mercado (restritas às agências).

Por fim, a intervenção estatal na ordem econômica sob modalidade de indução ocorre por intermédio da qual o Estado atua indiretamente por fomento, na tentativa de localizar comportamentos positivos ou negativos de particulares na economia. Eis a natureza jurídica dos incentivos fiscais: uma forma de intervenção na ordem econômica indireta por indução, ou seja, uma forma de utilização do direito tributário como mecanismo indutor econômico.

O uso das normas tributárias como meio de regulação da economia flui da ideia de constituição programática, opção adotada pelo nosso legislador constitucional. Nesse sentido, Canotilho (2003) define constituição programática como aquela que

apresenta numerosas normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado.

Aliás, a intervenção na ordem econômica está ligada aos objetivos do Estado, como consta do artigo 3º da Constituição, na ideia de sociedade livre, justa e solidária que se relaciona com o conceito de igualdade substancial e de mecanismos tributários de distribuição de renda, como a progressividade e a seletividade fiscal.

Dois exemplos de preceitos tributários interventivos são o IPTU e o ICMS. Os municípios na instituição do IPTU podem, dentre outras providências, prever progressividade em relação ao imposto quando imóvel estiver desocupado. Esta é uma forma de forçar o aproveitamento do solo urbano. Já os estados e o Distrito Federal, em relação ao ICMS, podem trazer tributação diferenciada a itens de primeira necessidade, por exemplo. As unidades da federação podem, ainda, oferecer incentivos em certos setores da economia face a investimentos de longo prazo, como acontece com os setores automobilístico e agroindustrial.

Note-se, nesse processo, que é importante entender o conceito da chamada extrafiscalidade e a sua distinção da chamada fiscalidade. Dessa forma, compreende-se por fiscalidade a atuação do Estado-Fisco com fins voltados a simples arrecadação, sem preocupação acessória. Já a extrafiscalidade comporta a ideia de que além de arrecadar, o Fisco objetiva intervir na sociedade e no domínio econômico. Assim, o Estado, em caráter excepcional, intervém na economia exercitando o seu poder normativo de forma a ampliar a sua função meramente arrecadadora (HARADA, 2016). Além disso, a extrafiscalidade se manifesta como um poderoso instrumento financeiro à disposição do Estado com o intuito de estimular ou inibir condutas, tendo em vista a consecução de finalidades não meramente arrecadatórias, visando, inclusive, corrigir externalidades (SABBAG, 2017).

No Brasil, são considerados tributos extrafiscais o imposto de importação e exportação (II e IE), o imposto sobre operações financeiras (IOF), a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) e o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR).

Além dessa conceituação mais restrita, é possível compreender a extrafiscalidade de uma forma mais ampla, isso é, quando o Estado atua na destinação específica do produto arrecadado pelos tributos, quando são concedidos benefícios

fiscais e em outras formas de parcelamento e leis tributárias.

Disso deriva, pois, a classificação da extrafiscalidade em social (proteção à família, incentivo à cultura, desporto, seguridade social e etc.), econômica (desenvolvimentista, distributiva, estrutural ou conjuntural) e política (relacionada à soberania do Estado, interação com blocos econômicos, etc.). Além dessa classificação, seguindo o critério do aspecto da norma tributária, é possível diferenciar a extrafiscalidade sob outras perspectivas (GOUVÉA, 2006).

No que tange à limitação e aos cuidados relacionados às consequências da extrafiscalidade, considerando a sua importância e o seu poder no domínio econômico, exige-se, por parte do Estado, a manutenção de uma infraestrutura especializada, adaptada às situações conjunturais na órbita interna ou internacional. A atuação do Estado-Fiscal será analítica, detalhada e cuidadosa, fazendo projeções dos seus reflexos a curto, médio e longo prazo (HARADA, 2016).

Além dessa questão, princípios constitucionais podem incidir como agentes limitadores da extrafiscalidade. A título de exemplo, pelo princípio legalidade, somente poderá se instituir tributos ou aumentar os existentes mediante a expedição de lei. Assim, qualquer alteração legislativa efetuada pelo Estado como mecanismo de extrafiscalidade deverá ser respeitada, sob pena de tornar-se um exercício arbitrário. Da mesma forma, o princípio da vedação do tributo com efeito de confisco criará a exigência de observância à legitimidade dos fins extrafiscais, a imprescindibilidade do meio e a razoabilidade e a proporcionalidade, impedindo a atuação extrafiscal com intuito confiscatório.

Além desses princípios, convém ressaltar que a concentração da extrafiscalidade no poderio da União é outra forma de imposição de limites, afinal, trata-se de um *status* do poder central do Estado brasileiro (GOUVÉA, 2006). Seguindo essa linha, destaca-se que:

A concessão de incentivos fiscais pode contribuir para o alcance de margens de lucro muito superiores para os agraciados pelos benefícios. Ademais, isso faz com que, muitas vezes, uma empresa se instale num local onde os custos sejam muito altos, sob a condição de que os incentivos compensem a diferença. Disso decorre uma perda de eficiência, dado que os recursos são consumidos em grau superior ao necessário. (OKSANDRO, 2005, p. 99).

Entretanto, ainda acerca destes incentivos fiscais, segundo Schoueri (2005), é essencial por parte dos Estados e da União terem ciência de que a concessão de incentivos do ICMS no âmbito da guerra fiscal pode caracterizar a concessão de subsídios que podem ser objeto de sanções por parte da Organização Mundial do Comércio (OMC).

#### **4. INCENTIVOS FISCAIS VOLTADOS PARA UMA CONCEPÇÃO DESENVOLVIMENTISTA**

Como visto, os incentivos fiscais nada mais representam do que a intervenção do Estado na ordem econômica por meio de normas tributárias. Mais do que isso, eles representam o exercício da chamada extrafiscalidade que, no presente trabalho, é abordada no sentido econômico e desenvolvimentista:

Incentivo fiscal, ou incentivo tributário, como assim preferimos chamá-lo, consiste no instrumento extrafiscal utilizado pelo Estado em sua atividade de intervenção na economia por indução, como medida de renúncia de receita, através do regime jurídico tributário, concedido pelo próprio constituinte ou pelo legislador ordinário conforme os meios legitimamente permitidos, com a finalidade de estimular determinada conduta do contribuinte com vistas, por conseguinte, à efetividade da política de desenvolvimento econômico-social preestabelecida constitucionalmente (LIMA, 2015, p. 502).

Ora, o Brasil apresentou um crescimento econômico acelerado entre a década de 1940 e 1970, todavia, esse quadro não foi homogêneo, favorecendo a desigualdade social e regional, além de que ele não significou bons índices de bem-estar como relacionados à saúde e à educação, que compõe o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Assim, para combater esses problemas várias ações foram realizadas ao longo dos anos na legislação brasileira, a começar pela Constituição de 1946 que fazia previsão da aplicação específica de recursos em regiões com baixo desenvolvimento.

Cita-se, ainda, a lei n.º 541/1948 que instituiu a Comissão do Vale do São Francisco e o Decreto n.º 45.445/1959 que criou o Conselho do Desenvolvimento do Nordeste ligado à SUDENE (Lei

n.º 3.692/58) voltado para estudar o desenvolvimento do Nordeste, coordenar ações de desenvolvimento e executar projetos.

Note-se que a SUDENE ilustra a concessão de incentivos fiscais para empreendimentos localizados na região nordestina declarados prioritários. As empresas localizadas no Nordeste teriam isenção de qualquer imposto ou taxa para a importação de equipamentos e redução de 50% (cinquenta por cento) do imposto de renda até 1968. As empresas localizadas fora da região Nordeste e de capital 100% nacional poderiam efetuar a dedução de até 50% nas declarações do imposto de renda, em importâncias destinadas ao reinvestimento ou à aplicação na indústria consideradas pela SUDENE de interesse para o desenvolvimento nordestino (Lei nº 4239/63).

A Lei nº 4.216/63 e o Decreto nº 52.149/63 estenderam à Região Amazônica os incentivos fiscais já concedidos àqueles que aplicassem capitais no Nordeste e a Lei nº 5.174/66, por sua vez, criou a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM). Nesse contexto, foram concedidos incentivos fiscais desenvolvimentistas como isenção do imposto de renda em 50% para os empreendimentos que se encontravam instalados na data da publicação da lei e 100% para outros os empreendimentos. Ainda, houve a possibilidade de dedução de imposto de renda de até 75% do valor das obrigações para o desenvolvimento da Amazônia, sem contar com os incentivos para a Zona Franca de Manaus, concedidos em relação ao imposto de importação. Nesse sentido, destaca-se que:

O Governo Federal, através das superintendências de desenvolvimento regional, jurisdicionadas ao Ministério do Interior (MINTER), tinha a expectativa de incrementar os investimentos no setor agrícola e industrial, por meio da concessão de incentivos financeiros e fiscais, que compreendiam desde a isenção de impostos até uma política de crédito com juros subsidiados. (BEVILACQUA, 2013, p. 37).

Atualmente, os incentivos fiscais “são instrumentos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) que visam estimular a formação do capital fixo e social nas Regiões da Amazônia e Nordeste, com o objetivo de gerar emprego e renda e estimular o desenvolvimento econômico e social” (BRASIL, 2019). Sendo que:

Atualmente, existem cinco modalidades de incentivos fiscais, cada uma delas relaciona-se a finalidades específicas. São elas: redução de até 75% do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) para novos empreendimentos, redução de 12,5% do IRPJ para empreendimentos existentes, reinvestimentos do IRPJ, isenção do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) e depreciação acelerada. (BRASIL, 2019).

Por fim, cabe reconhecer que os incentivos fiscais para o desenvolvimento regional têm previsão expressa no inciso I do artigo 151 da Constituição Federal de 1988:

Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação ao Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País.

Nesse processo, é importante compreender que são três os fatores essenciais para o processo de desenvolvimento (desenvolvimentista): acumulação de capital, evolução tecnológica e existência de um mercado consumidor. Destaca-se a título de exemplificação o projeto que permitiu a expansão econômico agroindustrial do Centro-oeste nas últimas décadas.

#### **4. CRITÉRIOS PARA LIMITAÇÃO DE INCENTIVOS FISCAIS**

Para se buscar fixar critérios para a instituição de benefícios fiscais é essencial fazer uma leitura do artigo 43 da própria Constituição Federal, o qual apresenta que:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 1º Lei complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais,

integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

§ 3º Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

Ora, os incentivos fiscais só podem ser concedidos se visarem equilibrar o desenvolvimento das regiões. Sendo assim, não podem criar uma situação muito favorável para determinada região em detrimento das demais.

Note-se que, certamente, o motivo do insucesso de várias políticas de desenvolvimento regional por meio de incentivos fiscais decorre da falta de planejamento e coordenação. O que diferencia de uma política de intervenção conjuntural de uma casuística, pois:

O processo de desenvolvimento reside em decisões políticas articuladas em um amplo planejamento, devendo todas as políticas públicas encontrar-se integradas, o que demanda uma estrutura eficiente do Estado. Todas as atividades do Estado devem ser coordenadas para o desenvolvimento econômico e social. Tal coordenação realização por meio do planejamento, que não se restringe a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os modos para a realização desses objetivos. (BEVILACQUA, 2013, p. 53).

Para André Folloni (2014), os incentivos fiscais têm que observar o princípio da proporcionalidade, a considerar que devem ser necessários como opção que menos restringe o direito fundamental. Além disso deve-se considerar que sejam adequados para que, desta forma, promova a finalidade constitucional de

fundamento, além de serem proporcionais em sentido estrito, confrontando vantagens e desvantagens postas.

Esse mesmo entendimento é de Luís Eduardo Schouri (2005, p. 294), o qual leciona que:

Pela proporcionalidade em sentido estrito, a norma tributária indutora submete-se ao princípio da proibição do exagero, que implica a norma tributária indutora dever revelar-se necessária, que o mesmo resultado não poderia ser atingido de modo tão eficiente, por meio de uma medida que afetasse menos os cidadãos. [...] Neste sentido, sugere-se a comparação da situação que se teria o Estado tivesse tomado uma medida intervenciva direta e individual. É desta comparação que se extrairá se a norma tributária indutora, nas circunstâncias concretas: i) é compatível a finalidade; ii) ainda é a medida mais neutra (razoabilidade quantitativa), tendo em vista, ainda, o objetivo de influir o menos possível na concorrência.

Ainda, os incentivos fiscais nas regiões pouco desenvolvidas não devem apenas focar no fator renda, como na transferência de polos industriais que vão elevar o PIB (e o PIB *per capita*) destas localidades, mas também incrementar as condições de vida da população de dado território.

Nesse ponto, fala-se de desenvolvimento econômico medido pelo IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), criado por Amartya Sen e proposto pela ONU, de modo que um incentivo fiscal só deve ser reconhecido como constitucional se trouxer melhorias nos indicadores sociais. Ademais, seriam reconhecidos como inconstitucionais os incentivos concedidos apenas a um determinado setor, tendo atenção ao princípio da igualdade.

Na prática, contudo, muitas empresas procuraram se beneficiar do sistema apenas direcionando sua produção para aquela região ou estado privilegiado sem a devida contraprestação desenvolvimentista. Ou seja, apenas criando uma vantagem competitiva artificial para os produtores beneficiados.

O incentivo fiscal para o desenvolvimento regional deve também ser temporário, como reconhecido por Roberto Ferraz (2016, n.p.):

A temporariedade é requisito inafastável da Lei que institua incentivo porque está sempre haverá de identificar um objetivo determinado que se pretende alcançar através do incentivo. Uma vez alcançado o objetivo, deixará de existir motivo a justificar o incentivo, evidenciando-se

portanto a sua necessária temporariedade, combinada com a obrigatoriedade de avaliações periódicas quanto ao possível esgotamento da função do incentivo.

O incentivo fiscal deve perdurar apenas até que se alcance o objetivo de equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico da região beneficiada, não podendo ser eterno já que se criaria um privilégio que seria contrário à isonomia. Além disso, estaria sendo prejudicada a livre concorrência, criando uma vantagem competitiva perene para os beneficiados, algo que o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode vir a reconhecer. Além do mais, destaca-se que: “um dos requisitos para o exercício da livre concorrência é que os tributos sejam economicamente neutros para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas dentro de um mesmo mercado relevante” (SCAFF, 2014, p. 78).

Convém ressaltar, ainda, que os incentivos fiscais apresentem condicionantes para se atingir o resultado esperado para o desenvolvimento regional, como a criação e a manutenção de empregos por um determinado tempo. Algo que dificilmente é apresentado:

O que se observa na imensa maioria dos incentivos fiscais é que estes não especificam as metas que pretendem alcançar, não dispõem de uma exposição de motivos e não explicam os fundamentos científicos e estatísticos que respaldam a sua elaboração. Isso compromete severamente a idoneidade dos mesmos, que acabam por ser caracterizam como meros “palpites” e “achismos”, o que contribui para ampliar a confusão e a assistematicidade que imperam nesse domínio. (PINTO, 2015, p. 577).

Outra crítica recorrente é que os incentivos fiscais substanciais geralmente estão atrelados a grandes empresas, esquecendo das micro, pequenas e médias. Isso sem falar que muitos incentivos fiscais existentes criaram situações artificiais de desenvolvimento, com dependência da região como no caso da Zona Franca de Manaus – local que não atingiu um desenvolvimento a ponto de justificar a manutenção das atividades lá desenvolvidas sem incentivos. Diante disso, aponta-se que:

*Qualquer proposta de revisão dos incentivos fiscais que pressupõe, necessariamente, identificação de seus gargalos (justiça fiscal, equilíbrio orçamentário e federativo, livre concorrência, segurança jurídica etc.), requer, antes, uma análise percutiente do fundamento constitucional da intervenção do Estado na ordem econômica e suas modalidades, bem como das atribuições envoltas, de acordo com o quadro constitucional de repartição de competências: legislativas, administrativas e tributárias. (BEVILACQUA, 2013, p. 43).*

Compreende-se, portanto, as razões pelas quais os incentivos fiscais devem apresentar uma limitação importante atrelada à vocação regional da região, podendo ser questionado, ainda, a instalação de muitas indústrias no Norte e no Nordeste sem um mercado respectivo de massa, ao contrário de mercado voltado para o turismo.

Ainda, é relevante verificar que os incentivos fiscais devem sofrer limitação até porque não são os únicos incentivos que podem ser concedidos pelos entes federativos. Pode-se citar, também, os incentivos financeiros como aquisição de ativos fixos, formação ou recomposição de capital de trabalho, financiamento para pesquisa e desenvolvimento, isso sem mencionar os incentivos de infraestrutura entre outros, como a concessão de uso de bens públicos, a execução de obras públicas, a simplificação de registros empresariais, a assistência técnica e a capacitação profissional (BEVILACQUA, 2013).

Cabe diferenciar, também, que os chamados incentivos financeiros não sofrem as restrições da Constituição Federal no que diz respeito ao consenso entre os estados por meio do CONFAZ. Para Ives Gandra da Silva Martins (2005) esses incentivos financeiros poderiam ser concedidos pelos estados dentro do seu âmbito de autonomia para que ocorra, assim, a atração de investimentos. Todavia, essa tese foi afastada pelo STF no julgamento da ADI nº 2549 pelo voto do Ministro-Relator Ricardo Lewandowski, que afirmou ser constitucional o disposto da Lei complementar 24/75 que exige consenso quanto a incentivos financeiros. Portanto, para o STF a atuação do CONFAZ deveria ocorrer em situações diversas como: diferimento do ICMS, financiamento do ICMS, redução do ICMS, crédito presumido do ICMS, redução da base de cálculo do ICMS, financiamento de imóveis e participação acionária do Estado.

Sobre os incentivos fiscais, por fim, vale destacar a crítica por parte de Cooter e Schaffer (2017, p. 59-60) de que os incentivos

fiscais na forma de isenções não ficam transparentes para os contribuintes tal como ficam os chamados subsídios nos orçamentos:

As isenções de impostos lembram os subsídios em suas causas e efeitos. [...] Os críticos chamam estes regimes especiais de tributos de 'brechas' enquanto os seus admiradores os chamam de 'incentivos' para o alcance de objetivos nacionais como a exploração do petróleo, o desenvolvimento de energias renováveis, a autossuficiência em comida, a segurança nacional, o desenvolvimento de pequenos negócios, a produção agrícola sustentável e a casa própria. Os subsídios aparecem nos orçamentos, onde contribuintes podem facilmente enxergá-los. Já as isenções de impostos reduzem a visibilidade de transferências para grupos favorecidos. Para reduzir ainda mais a sua visibilidade, os políticos utilizam as leis para restringir a competitividade.

#### 4.1 PLANO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL COMO CRITÉRIO PARA CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS A REGIÕES POUCO DESENVOLVIDAS

O Plano Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) constitui uma estratégia governamental, datada de 2003, para mapear regiões menos e mais desenvolvidas no país e, dessa forma, elaborar ações para redução de desigualdades, na forma do artigo terceiro da Constituição Federal.

As ideias postas, portanto, seriam: i) reverter a trajetória de reversão das desigualdade inter e intra regionais valorizando os recursos endógenos e as especificidades culturais, sociais, econômicas e ambientais e ii) criar condições de acesso mais justo e equilibrado aos bens e serviços públicos no território brasileiro, reduzindo as desigualdades de oportunidades vinculadas ao local (PNDR, 2010). A PNDR pode ser dividida em duas fases: de 2003 a 2011 e a partir de 2012, que também podem ser chamadas, respectivamente, de PNDR I e II.

Inicialmente, a PNDR teve dois objetivos principais: i) reduzir as desigualdades regionais e ii) ativar as potencialidades de desenvolvimento das regiões brasileiras, atuando nos territórios que interessam menos aos agentes do mercado, valorizando, assim, as diversidades locais. Cada território, por sua vez, possui

sua história e sua biodiversidade, por isso ocorre a potencialização de suas particularidades (FERRERA DE LIMA, 2011).

O arranjo de articulação institucional, criado em 2003 para a implementação da PNDR, propôs três escalas de coordenação em níveis federal, macrorregional e sub-regional. Após, com a PNDR II de 2012, foram traçados novos objetivos, que seriam:

1) Governança, participação social e diálogo federativo: visa o debate dos amplos setores da sociedade na promoção de ações de governança na coordenação, na execução, na capacidade e nas competências para o combate às desigualdades regionais. Para tanto, demanda o estabelecimento de instrumentos democráticos de participação social, de modelos de gestão e de arranjos institucionais de coordenação vertical e horizontal. 2) Financiamento do desenvolvimento regional: com a nova PNDR, a questão do financiamento deve ser essencial para o sucesso da política e para o financiamento de ações regionais. Atualmente, os instrumentos mais importantes são os fundos de financiamento discutidos na seção 4. 3) Desigualdades regionais e critérios de elegibilidade: no desenvolvimento regional, os critérios de elegibilidade permitem relacionar e priorizar os espaços territoriais-alvo da nova PNDR, em suas variadas escalas geográficas. Também buscam estabelecer os fundamentos do diálogo com entes federados e agentes sociais visando à execução dos programas e das ações. Neste eixo a proposta seria enumerar os indicadores que deveriam ser utilizados para classificar as regiões prioritárias para se destinarem recursos em apoio a programas de desenvolvimento regionais. 4) Vetores de desenvolvimento regional sustentável: são relacionados à necessidade de ações transversais nas diversas vertentes da nova PNDR, em consonância com o federalismo cooperativo. Estes vetores serão guiados por seis vertentes de ação: i) estrutura produtiva; ii) educação; iii) ciência, tecnologia e inovação (C,T&I); iv) infraestrutura; v) rede de cidades; e vi) sustentabilidade ambiental. (PNDR, 2012).

Nesse contexto, a PNDR II classificou três regiões prioritárias: semiárido brasileiro, faixa de fronteira e região de entorno do Distrito Federal.

Como se destaca para o presente trabalho, a PNDR classificou as 557 microrregiões no que tange o dinamismo regional da seguinte forma:

1. Sub-Regiões de Alta Renda – caracterizada como a situação mais favorável possível dentro do quadro analisado, reúne o quartil superior das MRG com maior rendimento por habitante no país, totalizando 139 unidades territoriais (25%).
2. Sub-Regiões de Baixa Renda – situa-se no outro extremo da condição anterior, sendo a situação menos favorável, tratam-se das MRG com o menor patamar de rendimento nominal por habitante e com menores taxas de crescimento do PIB per capita (médio ou baixo crescimento). 120 unidades territoriais fazem parte desse grupo.
3. Sub-Regiões Dinâmicas – uma das duas situações intermediárias apresentadas. Trata-se do grupo de MRG com as maiores taxas de crescimento do PIB *per capita* e que NÃO figuram no grupo de Alta Renda, totalizando 110 MRG.
4. Sub-Regiões Estagnadas – dispõe de valores intermediários de rendimento médio por habitante, mas que apresentam taxas médias ou baixas de dinamismo econômico, medidas pelo crescimento do PIB per capita. 188 MRG foram classificadas nesse grupo. (PNDR, 2012).

Essa classificação posta poderia, em tese, permitir o redirecionamento de incentivos fiscais de forma adequada, na forma do artigo 43 da Constituição Federal. Poderia, inclusive, ser imaginado o redirecionamento de incentivos para regiões de baixa renda ou regiões estagnadas.

Contudo, essa ideia de concessão de incentivos fiscais apenas por regiões estagnadas ou de baixa renda poderia ocasionar a propagação de problemas antigos, ligados ao aumento da concentração de renda, como bem observado na obra de Francisco de Oliveira (1980) sobre a economia brasileira e a formação da sociedade burguesa.

Destaca-se que Chico de Oliveira, já na década de 1970, realizou uma leitura marxista da história do Brasil moderno, observando que “a expansão do capitalismo no Brasil se dá introduzindo relações novas no arcaico e reproduzindo relações arcaicas no novo” (OLIVEIRA, 1980, p. 36). Dessa forma, é possível observar que a raiz do atraso capitalista brasileiro residiria da sua evolução desde a década de 1930, com a criação das leis trabalhistas, a transferência de excedentes da atividade agroexportadora para a indústria, a expansão da infraestrutura e das empresas estatais e a expansão das empresas privadas nacionais.

O autor destaca também a consolidação das leis trabalhistas como essencial para formação de exército industrial de reserva e contesta a tese da chamada “substituição de importações” da CEPAL pela necessidade de consumo interno. Além disso, ele defende que o desenvolvimento brasileiro não ocorreu pela substituição de importações, mas pela possibilidade de acumulação mediante os seguintes elementos: a) a regulação das leis de relação entre trabalho e capital; b) intervenção do Estado na economia; c) papel da agricultura; d) formação do setor industrial; e e) inchaço do setor terciário como modo de acumulação do espaço urbano.

Entende-se, portanto, que o intervencionismo proposto voltado para redução de desigualdades regionais por meio de incentivos fiscais pode ser perigoso à luz desse mesmo cenário. Por outro lado, como defendido por Bevilcqua (2013), seria justamente a ausência de uma efetiva Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR) uma das variadas causas da competição tributária desmedida entre os entes federativos.

## 5. CONCLUSÕES

Os chamados incentivos fiscais se apresentam como indutores importantes do desenvolvimento econômico regional, não se apresentando como únicos tipos de incentivos, conforme exposto acima.

Tais incentivos fiscais, que se apresentam como indutores do desenvolvimento econômico, são necessários em casos que envolvem regiões com atraso profundo de desenvolvimento e que não apresentam atrativos locacionais, como proximidade do mercado consumidor ou proximidade com os fatores de produção, tais como matéria-prima e mão-de-obra.

Entretanto, como já visto, é extremamente complicado permitir o uso de incentivos fiscais de forma irrestrita pelas localidades, sendo necessários certos critérios de concessão. Acerca desse ponto, com referência a trabalhos consolidados na literatura que classificam regiões por grau e tendência de desenvolvimento, vale apontar o fato de que regiões de baixa renda ou estagnadas são vistas apenas como as regiões aptas a realizar tais incentivos e não regiões de alta renda ou dinâmicas. Critério esse que, certamente, poderia permitir competitividade mais saudável entre localidades.

Ou seja, como visto, o PNUD confrontado com os dados de IDH se apresenta como um critério objetivo e defensável para separar aqueles estados e municípios aptos a conceder incentivos fiscais unilaterais, pelo reconhecido atraso nos índices de desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERTI, Flávio Azambuja. **Federalismo fiscal e defesa de direitos do contribuinte:** efetividade ou retórica?. Campinas: Bookseller, 2005.
- BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BOBBIO, Luigi. Governance multilivello e democrazia. **Rivista delle Politiche Sociali**, Roma, v.2, n. 2, p. 51-62, 2005.
- BOCAYUVA, Pedro Cláudio Cunca. **A desconstrução de um mito chamado Brasil. Revista Proposta**, Rio de Janeiro, n. 80, mar./maio, 1999.
- BOISIER, Sergio. Em busca do esquivo desenvolvimento regional: entre a caixa-preta e o projeto político. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 13, p. 111-147, 1996.
- \_\_\_\_\_. Post-scriptum sobre desenvolvimento regional: modelos reais e modelos mentais. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 9, p. 307-343, 1999.
- BRASIL. **Incentivos fiscais:** apresentação. 2019. Disponível em <<http://mi.gov.br/apresen-tacao-incentivos-fiscais>>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- BUARQUE, Sérgio C. **Construindo o desenvolvimento local sustentável:** metodologia de planejamento. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica New Series**, UK, v. 4, n. 16, p. 286-405, 1937.
- \_\_\_\_\_. The Problem of the Social Costs. **Journal of Law and Economics**, Chicago, October, 1960.
- CONCEIÇÃO, O A C. A relação entre o processo de crescimento econômico, mudança e instituições na abordagem institucionalista. **Ensaios FEE**, Porto Alegre, v. 23, p. 603-620, 2002.
- COOTER, Robert; SCHAFER, Hans-bernd. **O Nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações.** Curitiba: Crv, 2017.
- DALLABRIDA, Valdir R. **O desenvolvimento regional: a necessidade de novos paradigmas.** Ijuí: Editora Unijuí, 2000.
- \_\_\_\_\_; BECKER, Dinizar F. Governança territorial: um primeiro passo na construção de uma proposta teórico-metodológica. **Desenvolvimento em Questão**, Ijuí, v. 1, n. 2, p. 73-98, jul./dez., 2003.
- DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. **A relação entre direito e desenvolvimento:** otimistas versus céticos. São Paulo: DireitoGV, 2009.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel. **A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da redução das Desigualdades Regionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERRAZ, Roberto. **Incentivos Fiscais: um enfoque constitucional**. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 28, nov./dez., 2002.

FERRERA DE LIMA, Jandir. Notas sobre os territórios na análise geoeconômica. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, Ponta Grossa, v. 19, n. 1, p. 47-51. 2011.

FIANI, R. Crescimento econômico e liberdades: a economia política de Douglas North. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 11, n. 1, p. 45-62. 2002

FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, jan./jun., 2014.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Impactos socioeconômicos da suspensão dos incentivos fiscais**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 8. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1983.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAMEIRO, Adriano Moreira; MÖLLER, Ana Karina Ticianelli. Os incentivos Fiscais e as Desigualdades Regionais e Sociais. **Revista do Direito Brasileiro**, Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/250907.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GASSEN, Valcir. **Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

GIL, A. C. **Técnicas de pesquisa em economia e elaboração de monografias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GOURLARTI, Juliano Giassi. **Desenvolvimento desigual**: incentivos fiscais e acumulação em Santa Catarina. Florianópolis: Insular, 2014.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no Direito Tributário e suas classificações**. 2006. Desenvolvida por Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9151>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Incentivos Fiscais, Princípios da Igualdade e da Legalidade e Efeitos no Âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 13, n. 53, p. 133-168, jul./set., 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HIRSCHAMANN, Albert. **Estratégia do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

LIMA, Rogério. Incentivo tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Regime jurídico dos incentivos fiscais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ICMS e o regime de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT nº 36/04, de São Paulo: distinção entre incentivos financeiros e fiscais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 112, p. 37, jan., 2005.

MARTINS, Sérgio. R. O. Desenvolvimento local: questões conceituais e metodológicas. **Revista Internacional de Desenvolvimento Local**, Campo Grande, v. 3, n. 5, p. 51-59, set., 2002.

MEINERS, Wilhelm Eduard M de Azevedo. Impactos regionais dos investimentos automobilísticos no Paraná. **Revista paranaense de desenvolvimento**, Curitiba, n. 94, p. 29-48, maio/dez., 1998.

MONTGOMERY, Douglas. **Estatística Aplicada e Probabilidade para Engenheiros**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 2003.

OLIVEIRA, Francisco de. **A economia da dependência imperfeita**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

OLIVEIRA, Gilson B. de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. **Revista FAE**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 37- 48, maio/ago., 2002.

PAGANO, Marcello. **Princípios de Bioestatística**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004

PELTZMAN, Sam. The Effects of Automobile Safety Regulation. **Journal of political Economy**, Chicago, v. 83, n. 4, p. 677-726, ago., 1975.

PERROUX, Fransc. **A economia do século XX**. Porto: Herder, 1967.

PIACENTI, Carlos Alberto. Indicadores de desenvolvimento endógeno. In: LIMA, Jandir Ferreira de; PIACENTI, Carlos Alberto. **Análise Regional**: metodologias e indicadores. Curitiba: Camões, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. **Os incentivos fiscais enquanto instrumento para a promoção da igualdade material entre os contribuintes**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Regime jurídico dos incentivos fiscais. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 537-590.

PIRES, Márcio de S.. **Construção do modelo endógeno, sistêmico e distintivo de desenvolvimento regional e a sua validação através da elaboração e da aplicação de uma metodologia ao caso do Mercosul**. 2001. Tese (Doutorado) - Curso de Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

REIS, Elizabeth. **Estatística descritiva**. 4. ed. Lisboa: Silabo, 1998.

ROVER, Oscar J. **Redes de poder e governança local: análise da gestão político-administrativa em três fóruns de desenvolvimento com atuação na região Oeste de Santa Catarina/Brasil**. 2007. Tese (Doutorado) - Curso de Desenvolvimento Rural, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

\_\_\_\_\_ ; HENRIQUES, Maria A.. A gestão democrática em debate: o Programa Leader e a sua relação com a sociedade civil local. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 75, p. 117-137, out., 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal e súmula vinculante: entre o formalismo e o realismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2014.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento**: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: DireitoGV, 2010.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERRANO, Rafael Eduardo. Interpretação jurídica da lei tributária e a análise econômica do Direito ("Law and Economics"). **Revista Direito Tributário Atual**. Vol 41, 2019.

TAPIA, Jorge. R. B. Desenvolvimento local, concentração social e governança: a experiência dos pactos territoriais na Itália. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 132-139, jan./mar., 2005.

TAVARES NETO, José Querino (Coord.). **Estado, Empresa e Desenvolvimento Econômico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

VÁZQUEZ BARQUERO, Antônio. **Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 2001.

XAVIER, Thiago R. **Regionalização e desenvolvimento: um estudo de caso de um consórcio intermunicipal**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2012.

# [ CAPÍTULO 3 ]

## **A CARONA DE CORTESIA EM ACIDENTE**

### **AUTOMOBILÍSTICO: POSSÍVEL AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CÍVEL DO MOTORISTA E DO PAGAMENTO À INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA**

Eduardo Hoffmann<sup>3</sup>  
Thais Forlin<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Eduardo Hoffmann. Doutorando em direito. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense e Doutorando em Direito pela Unisinos. Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz. Advogado. Procurador Jurídico Legislativo da Câmara Municipal de Toledo, Paraná. E-mail: ehoffmann.adv@gmail.com

<sup>4</sup> Thaís Forlin. Bacharela em Administração pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Assis Gurgacz. Especialista em Gestão Tributária pela União Educacional de Cascavel. Advogada. E-mail: thaisforlin@hotmail.com.

## **INTRODUÇÃO**

É tênue a linha que permeia a fixação de pagamento de indenização na responsabilidade civil; diversos os requisitos, parâmetros e opiniões. Diante da divergência, não existe segurança jurídica ou valores pré-fixados.

Com o intuito de proteger a vítima, muitas vezes os juízes dispensam uma análise minuciosa da culpa e do nexo de causalidade; a responsabilidade civil requer um tratamento mais solidário frente às condutas que geram responsabilização. É cristalino que, na fixação do valor da indenização, o juiz deveria levar em conta a conduta do prejudicado da mesma forma que mensura a do “causador” do dano.

Não se pode tratar da mesma maneira aquele que não teve escolha ao sofrer um dano ocasionado por uma lesão a um dever jurídico, daquele que, possuindo discernimento para tanto, ciência da conduta e do possível resultado, assentiu, conscientemente, com a situação que colocou a si mesmo em perigo.

Não é razoável considerar que aquele que tinha pleno conhecimento da circunstância, discernimento para poder concordar ou discordar de participar de uma situação em que se autocolocasse em perigo, o fez, da mesma forma daquele que não teve opção quando sofreu o dano.

## **1 HETEROLOCADAÇÃO VERSUS INDENIZAÇÃO**

### **1.1. PILARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Os pilares de sustentação da responsabilidade civil são: culpa, dano e nexo causal. Dessa forma, para que haja um efetivo dano a ser reparado, além do prejuízo sofrido, a vítima deve provar a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano experimentado (SCHREIBER, 2012, p. 26).

A culpa é medida pelo comportamento do “homem médio”, ou seja, considera-se culpado aquele que agiu com imprudência, negligência ou imperícia, fugindo do que se considera o comportamento padrão. Entende-se como imprudência a falta de cautela por uma ação; por negligência, a falta de cuidado por uma omissão, e, por imperícia, a falta de habilidade para o desenvolvimento de uma atividade técnica (SCHREIBER, 2012, p. 27).

Caso haja duas ou mais origens do evento danoso, caracteriza-se a culpa concorrente. Nas palavras de Rizzato (2011, p. 09) “a indenização reparte-se quando há concorrência de culpas”. Quando os envolvidos afluem no evento danoso para seu acontecimento há a culpa concorrente, dessa forma, a responsabilidade será dividida entre eles, na medida de sua proporção.

O nexo causal é o elo entre a causa e a consequência, a conduta e o dano. Em um primeiro momento, o nexo causal é identificado como consequência lógica de uma conduta que acaba por gerar aquele esperado resultado. Porém, ele não pode ser analisado apenas sob este aspecto natural, ele deve ser analisado por meio da concepção jurídica (CAVALIERI, 2014, p. 62).

E é por esse motivo que várias teorias foram desenvolvidas buscando uma análise minuciosa desse pilar que é decisivo na fixação de indenização de qualquer caso que requeira a reparação civil. Ressalta-se que as teorias são apenas caminhos percorridos pelo julgador, buscando obter o resultado justo para cada caso e, por isso, não são determinantes, mas se adequam ao caso concreto, no qual provas serão analisadas e todos os aspectos determinantes serão estudados (CAVALIERI, 2014, p. 63/64).

A teoria da equivalência dos antecedentes, também conhecida como *condictio sine qua non*, nas palavras de Rizzato (2011, p. 70) “estabelece como causa do dano todas as condições sem as quais o mesmo não aconteceria”, ou seja, todas as ações que concorreram para aquele resultado deveriam ser consideradas causas do dano para fins de reparação. A crítica que paira sobre esta teoria é que haveria uma regressão infinita, não apresentando diferenciação na valoração das condutas que, efetivamente, contribuíram para o resultado.

A teoria da causalidade adequada considera, causa, para ela, como “o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, somente aquela que for a mais adequada à produção do evento” (CAVALIERI, 2014, p.65). O problema reside em como distinguir qual causa foi a mais adequada, pois o critério é subjetivo.

A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade direta e imediata, sendo positivada em seu artigo 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por

efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual" (BRASIL, 2002).

Na definição de Schreiber (2012, p. 60) "considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva". Sua vantagem em relação às demais é que utiliza um critério objetivo, no entanto, sua fragilidade se apresenta quando os danos não atingem diretamente ao lesado, ou seja, quando podem atingir um terceiro ela não alberga os danos reflexos ou por ricochete.

Não há que se falar em responsabilidade civil sem a identificação de um dano, que nada mais é do que um comportamento contrário ao ordenamento jurídico, sendo assim, a antijuridicidade o define.

Contudo, nem sempre um dano é gerado por um ato antijurídico, Rizzato (2011, p. 14) explica: "a lesão determinada por uma conduta impelida pelo estado de necessidade não isenta da indenização. No inadimplemento de um contrato, a lei não prevê uma condenação por conduta antijurídica, mas a obrigação de ressarcir é uma consequência lógica".

A espécie de dano nasce conforme o interesse protegido. Em caso de dano patrimonial, vê-se o interesse econômico em jogo, quando não houver uma valoração econômica, mas sim pessoal, a ser reparada, verifica-se o dano moral. Há também o dano contratual, que é o que se consuma com o seu descumprimento; já o extracontratual se dá com o desrespeito legal (RIZZARDO, 2011, p. 14/15).

Portanto, para que haja responsabilização de uma conduta, o juiz deve analisar a culpa do agente, se ele agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Havendo concorrência de culpas, que cada um responda pelo prejuízo de forma proporcional ao injusto causado, a extensão do dano, mesmo que esse não tenha sido gerado por uma conduta considerada ilícita e, por último, o nexo de causalidade, identificando se há efetiva conexão entre a causa e a consequência da ação.

## 1.2. DA LIBERDADE DE ESCOLHA

Partindo de um pressuposto subjetivo, observa-se que o homem médio possui o livre-arbítrio, ou seja, tem o discernimento para saber que, em cada escolha, cabe uma renúncia, ou para que, em cada bônus percebido, arque-se com o ônus. Essa análise

aplica-se na vida como um todo, mas o que nos interessa é a análise jurídica de cada escolha humana.

Nas palavras de Jakobs (2014, p. 27): "já não se confia em quem, de modo evidente, encontra-se em estado de embriaguez ou, dentro de um grupo, no colega que se encontra imerso em situação de erro". Dessa forma, a vítima que assume uma postura arriscada, deve aceitar como consequência de suas atitudes, os frutos previsíveis.

Trazendo para o estudo em tela, no caso de a pessoa optar por se colocar em uma situação que tem a consciência que oferece certo risco, deve ela arcar com o ônus de responder, pelo menos, solidariamente com a parte que lhe cabe, levando em conta sua conduta. Na inteligência da definição de Jakobs (2014, p. 22/23):

Entre autor, vítima e terceiros, segundo os papéis que desempenhem, deve determinar-se a quem compete, por si só ou junto com outros, o acontecer relevante, é dizer, quem por ter violado seu papel, administrando-o de modo deficiente, responde juridicamente – ou, se foi a vítima quem violou seu papel, deve assumir o dano por si mesma. Se todos se comportam conforme o papel só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente.

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil em seu inciso II prega que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988). Portanto, fora o que está previsto em lei, pode o homem decidir quais ações tomar.

Teoria essa que se aplica no gênero direito, sendo que, em cada segmento, cada um responde por suas atitudes. Sabendo que as pessoas podem contratar, comprar, vender, trocar, dispor de seus bens da forma que melhor lhes aprovou, no entanto, também devem arcar com o ônus de cada negócio jurídico a que se dispôs.

Em um contrato de compra e venda, em que um paga e outro entrega o produto, em um contrato de locação, um paga e outro fornece o espaço, quando alguém causa dano a outrem, tem o dever de repará-lo, e assim por diante.

Logo, tal atitude também interfere na hora da responsabilização. Cada pessoa deve arcar com o resultado que sua conduta ocasionou, seja por uma ação ou por uma omissão. Nas palavras de Matiolo (2000, p. 138):

Em determinadas circunstâncias, seria de todo injusto e antijurídico imputar a apenas uma das partes o peso condenatório por força da ocorrência danosa, vez que mais de uma conduta interferiu no desfecho indesejado, de tal modo que ambos os envolvidos arcarão com parcela correspondente à sua responsabilidade no episódio.

O principal objetivo da responsabilidade civil é a adequada reparação dos danos. Desta forma, não parece justo condenar, nas palavras de Schreiber (2012, p. 235): “alguém que pode ter agido com máxima diligência e que pode não ter dado causa, juridicamente, à lesão sofrida pela vítima”.

Ademais, não se pode impor de modo unilateral arbitrário, um comportamento que é realizado de forma conjunta. Assim sendo, pode ser que a própria conduta da vítima seja determinante para que se lhe impute a consequência lesiva (JAKOBS, 2014, p. 17).

Nas palavras de Jakobs (2014, p. 25): “não faz parte do papel de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão de outro. Existe um risco permitido”. O costume atribui ao direito certos riscos permitidos, e o direito não pode se desvincular da evolução da sociedade.

Dito isso, percebe-se que muitas vezes não se consegue a verdadeira justiça, posto que, normalmente, as pessoas só enxergam o que lhe é de direito, no entanto, na hora de oferecer sua contraprestação, elas ferem o que foi anteriormente acordado. Por conseguinte, os juízes devem analisar de uma forma mais profunda a ação de cada pessoa e como ela contribuiu direta ou indiretamente ao resultado danoso.

### 1.3. DA HETEROLOCOCALAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

A heterocolocação em perigo consentida, um instituto ainda pouco explorado, ocorre não quando uma pessoa se autocoloca em perigo (autocolocação em perigo), mas sim quando ela permite que outra a coloquem em perigo, tendo ciência dos riscos. Para que se caracterize referido instituto, o prejudicado deve conhecer o risco na mesma proporção que a pessoa que ocasionou o dano (ROXIN, 2002, p. 364).

A autonomia do lesado por seu comportamento é algo conhecido, sendo o consentimento sua forma mais explícita. Aqui se trata das hipóteses em que a vítima, com seu próprio

comportamento, dá azo para que a consequência lesiva lhe seja imputada (JAKOBS, 2014, p. 29).

Jakobs (2014, p. 30) esclarece: “hipóteses em que, a modalidade de explicação não é a fatalidade, mas a lesão de um dever de autoproteção ou inclusive a própria vontade; as infrações dos deveres de autoproteção e a vontade se agrupam aqui sob o rótulo de ação a próprio risco”.

Claus Roxin (2013, p. 04), afirma que o caso mais frequente de heterocolocação em perigo consentida que ocorre na prática, se verifica, por exemplo, quando uma pessoa que está em uma festa noturna, aceita carona de outra, tendo conhecimento do consumo de álcool pelo último e, consequentemente, a falta de condições em conduzi-lo de forma segura.

No direito penal questiona-se, se o motorista, por ter consumido álcool, responde por homicídio caso haja um acidente mortal frente ao caroneiro; já no direito civil a questão é se caberia pagamento de indenização para a família do falecido.

O estudioso apresenta outros casos que caracterizam tal situação, como no episódio de um barqueiro, tendo sido orientado pela empresa na qual presta serviços de que, devido ao mau tempo, não deveria atravessar o rio. Os passageiros, cientes de tal situação, insistem para que o barqueiro realize a viagem, como consequência, o barco afunda, resultando na morte dos passageiros. Nesse caso, questiona-se se alguém deve ser responsabilizado? (ROXIN, 2002, p. 368).

Outro exemplo, especialmente atual, é de uma mulher que mantém relações sexuais com um homem, sabendo que ele está com AIDS, e, mesmo assim, não adota nenhuma medida de proteção, vindo a ser contaminada. Ele será responsabilizado? Esta situação acaba sendo comumente comparada ao caso de uma pessoa que permite que outra lhe injete substâncias entorpecentes ou ilícitas (ROXIN, 2013, p. 05).

Todos os casos são muito complexos e ilustram a variedade de situações que demonstram como a heterocolocação em perigo consentida é um instituto frequente, cujo tratamento jurídico, por esse motivo, mostra-se importante, tendo em vista que a jurisprudência não tem um entendimento consolidado.

## 1.4. RESPONSABILIDADE NOS CASOS DE HETEROLOCOCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Caso a vítima, tendo consciência da situação de perigo da mesma forma que o causador, e, apesar disso, anuir em estar nesta condição, considera-se que ela terá assumido o risco. De forma que, quando alguém assume o risco, ela viola um dever de cuidado, e a violação desse dever pode ser verificada sempre que essa assunção de risco estiver ligada a uma violação de norma expressa (ROXIN, 2013, p. 17).

Roxin (2002, p. 370) explica: “O dano deve ser consequência do risco corrido, e não de outros erros adicionais, e a vítima deve ter a mesma responsabilidade pelo fato comum que o autor”.

No direito penal, a imputação será excluída nos quatro casos tratados no tópico anterior. No primeiro caso, o caroneiro conhecia o risco por completo, tendo agido conscientemente e sabendo que o comportamento do condutor era contrário a lei (dirigir alcoolizado).

Diferente se o motorista convencesse o passageiro que, por bons motivos, permanecia hesitante, ocultando-lhe os riscos, fazendo-os parecer menores ou se o acidente decorresse de erros na condução independentes do risco corrido (ROXIN, 2002, p. 369). No entanto, é certo que, nesse exemplo, ocorrendo lesão ou morte de terceiro, a imputação recairá no autor.

Günther Jakobs (2014, p. 31) neste mesmo exemplo, considera que alguém que confia em terceiro sabidamente alcoolizado a uma atividade como a condução de um automóvel: “deve atribuir-se, ao menos em parte, as consequências negativas resultantes”.

No terceiro caso, no qual existe um contato sexual entre uma pessoa infectada com AIDS e uma não infectada, trata-se, também, de uma situação impunível, pois ambos os parceiros estão conscientes da referida circunstância e foram responsáveis em conjunto pela ação. O que não ocorreria caso o não infectado não tivesse ciência da condição ou se o mesmo forçasse o outro a manter relações sexuais consigo (ROXIN, 2002, p. 370).

Parece lógico imaginar que se no direito penal a conduta não seria responsabilizada, também no direito civil não deveria ser cabível pagamento por indenização, no entanto, como ambos estão desvinculados, e tendo em vista a insegurança jurídica percebida no direito brasileiro, ainda não se tem entendimento pacificado nem em uma e nem em outra situação.

## 1.5. DA RESPONSABILIDADE SECURITÁRIA

Um caso que ganhou grande repercussão nacional ocorreu em 1995, quando o conhecido jogador Edmundo, saindo de uma casa noturna embriagado, provocou a morte de três pessoas; uma que estava no carro no qual ele era o motorista (no automóvel havia mais quatro pessoas) e outras duas estavam no outro carro envolvido no acidente (RÍMOLI, 2018, p. 01).

Edmundo ficou um dia preso e o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal em 2011, onde ficou reconhecida a extinção de sua punibilidade, pelo crime estar prescrito. Em entrevista, disse o jogador Edmundo (2011, *apud* RÍMOLI, 2018, p. 01) “Paguei indenizações absurdamente altas, e esse dinheiro nunca me fez falta”. Conforme ficou verificado, no âmbito penal o jogador teve sua punibilidade extinta, mas no âmbito cível, foi condenado a pagar indenizações pelo ocorrido. Neste caso, em específico, as vítimas que se encontravam dentro do veículo de Edmundo, tinham pleno conhecimento de sua condição; aliás, participavam com ele da mesma festa.

Contudo, a jurisprudência gradualmente evolui; no Recurso Especial nº 1.659.108-SP, publicado em 02/08/2018, que tinha o propósito de aferir se a seguradora deveria responsabilizar o recorrente pelo óbito de sua esposa que dirigia veículo de um terceiro, tendo de caroneiro o pai do segurado, entendeu da seguinte forma a Relatora (Superior Tribunal de Justiça, 3<sup>a</sup> Turma, Recurso Especial N° 1.659.108 – SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 26 de junho de 2018, p. 11):

Os elementos fáticos acostados aos autos apontam que, em verdade, o acidente foi causado pela própria vítima, Sra. Nanci, que conduzia o veículo em grave estado de embriaguez e com excesso de velocidade, propiciando que o automóvel se chocasse contra um poste de iluminação pública, sem a interferência de outras causas externas. Dessa maneira, ausente prova da culpa do segurado pelo acidente, que foi provocado exclusivamente pela atuação da vítima, esposa do autor-recorrente, é de fato inviável a condenação da seguradora-recorrida ao pagamento da indenização securitária.

Ficou evidente no voto que tendo ocorrido o acidente por ato único e exclusivo da vítima, que embriagada e em alta velocidade ocasionou um dano a si própria e a outrem no mesmo veículo, não

caberia o pagamento de indenização pela seguradora do veículo. De forma que se verifica que a jurisprudência tem caminhado para uma maior solidariedade nos casos que envolvem a heterocolocação em perigo consentida.

A seguradora somente fica obrigada ao ressarcimento nos casos de responsabilidade civil facultativa, frente ao segurado que ocasiona um dano a terceiro. No entanto, para que se configure tal situação, deve restar caracterizada a culpa do segurado pelo evento danoso, não cabendo a simples ocorrência do sinistro (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

No relatório do referido recurso, o STJ assim pontuou: “A exclusão da cobertura do seguro por embriaguez dá-se tão somente quando o segurado contribuiu diretamente para o agravamento do risco previsto no contrato”. Tal fato não ocorreu no caso em tela, considerando que, no momento do acidente, era a esposa do recorrente que dirigia o veículo e levava o pai do segurado de carona, ocasionando o óbito de ambos.

Além disso, constou no laudo pericial que as vítimas estavam alcoolizadas no momento do acidente. De forma que o Ministério Público, em pedido de arquivamento do inquérito policial, alegou culpa exclusiva da condutora, considerando-se que não houve envolvimento de outro veículo e pela extensão dos ferimentos (com resultado morte) ficou evidente o excesso de velocidade da motorista (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Era evidente que o recorrente buscava indenização frente à morte da esposa pelo fato de haver contrato de seguro entre o veículo que ela conduzia e a seguradora recorrida (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Ocorre que o veículo era de propriedade de Reggis Administradora de Bens SC LTDA, sendo o contrato de seguro firmado com Guido Reggiani Neto, filho do caroneiro, conforme demonstrado pelo STJ: “Ora, conclui-se que o proprietário do automóvel o emprestou a seu pai, que, além do estado de ebriedade que ostentava quando da ocorrência do sinistro, passou a sua direção a terceiro sabidamente alcoolizado, o que culminou no óbito dos dois últimos”.

Em voto minoritário, identificou-se culpa concorrente no referido caso, tendo em vista que o proprietário, responsável pela guarda da coisa, autorizou que uma terceira, sabidamente alcoolizada, dirigisse seu veículo automotor; por consequência, tanto o dono do veículo, quanto seu pai, que estava na guarda da coisa, responderiam solidariamente com a condutora do veículo

(Superior Tribunal de Justiça, 2018). Voto este que restou vencido, no entanto, percebe-se que, ao menos, seria considerada a culpa concorrente no caso em concreto.

Como pontua o STJ (2018, p. 27) “terceiro é a pessoa não ocupante do automóvel segurado”. Por sua vez, a cobertura de Acidentes Pessoais de Passageiros (APP), cobre o pagamento ao segurado e/ou aos seus passageiros, considerando passageiros aqueles que estiverem dentro do veículo na hora do acidente, incluindo-se o condutor. Todavia, trata-se de uma cobertura adicional e cabe ao contratante optar por ela ou não na hora de firmar o contrato securitário.

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao referido recurso, com fundamento na ausência de comprovação da culpa do segurado no evento danoso, haja vista que não se pode provar relação direta entre a entrega da chave do carro ao pai e o acidente fatal e o arcabouço fático-probatório que aponta para a culpa exclusiva da vítima, considerando que sua embriaguez foi comprovada e que restou evidente o excesso de velocidade da condutora.

Com isso, verifica-se que a análise de cada caso concreto deve ser rigorosa e que não se pode pressupor; a jurisprudência caminha para um exame mais minucioso da conduta do causador do dano, da vítima e de terceiros, e, de acordo com cada uma delas, medindo a proporção de sua contribuição para com o resultado, de forma que o entendimento frente aos casos de heterocolocação em perigo consentida vem caminhando para uma maior solidariedade na análise da culpa.

## 1.6. NOVOS PARADIGMAS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Sabe-se que na esfera criminal, havendo dúvida sobre a autoria de um crime, o juiz deverá absolver o acusado. A julgar pelo fato de que não há lugar para suposição, paira o princípio do *in dubio pro reo*; é a consolidação de garantias constitucionais como a presunção da inocência. Entretanto, no âmbito cível, bastam indícios e/ou presunções, para que se impute a alguém a responsabilidade pelo dano causado e o condene ao pagamento de indenização (RIZZARDO, 2011, p. 20).

Na era do dano moral, na dúvida, a vítima é beneficiada. Observa-se no direito contemporâneo uma enxurrada de novos danos resarcíveis, de maneira nada criteriosa, sendo muitas vezes prejudicial ao sistema jurídico, pois determinados juízes, para não

deixarem as vítimas desamparadas, abdicaram de uma análise criteriosa dos pilares da responsabilidade civil: isto é, da culpa, dano e nexo causal (SCHEREIBER, 2012, p. 82).

Consequentemente, como explica Schereiber (2012, p. 84): “aponta-se, em muitas partes, o aumento do número de ações de ressarcimento e não faltam estatísticas alertando para o vertiginoso crescimento dos pedidos de indenização por dano moral”. No Brasil, entre outros motivos, isso se revela pela facilidade de acesso ao judiciário que hoje se tem por meio dos Juizados Especiais.

No que tange aos casos de heterocolocação em perigo consentida, trazendo para o exemplo que Claus Roxin (2018, p. 04) considerou como o mais típico, tem-se a situação em que uma pessoa pega carona com outra, ambas alcoolizadas, e acabam por se envolver em um acidente no qual somente o caroneiro falece, passa-se, então, a analisar a possível fixação de indenização caso a família do falecido venha a pleitear frente ao motorista.

A primeira questão que deve ser analisada abarca as hipóteses previstas na Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

“Súmula 145 - No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave (STJ, 1995)”.

De acordo com entendimento já consolidado pelo STJ, em se tratando de transporte benévolo, por amizade, faz necessária a prova do dolo ou culpa grave do condutor do veículo, para que este possa ser responsabilizado pelos danos causados ao transportado.

O que significa dizer que, no caso hipotético descrito, o motorista só seria responsabilizado civilmente caso restasse comprovado dolo ou culpa grave. Como se trata de um acidente, não há que se falar em dolo, portanto passa-se à análise do que caracterizaria a culpa grave.

Aqui não se trata da simples culpa, aquela decorrente da imprudência, negligência e imperícia, já tão cotidiana. Na definição de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 53):

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual no Direito Penal. Em ambos há previsão ou

representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

É nesta vertente que deve ser analisada a conduta do motorista, sendo que, consequentemente, da ausência de tal *culpa grave* emerge a não responsabilidade do condutor pelos eventos danosos causados ao passageiro. Dessa forma, para que a responsabilidade civil seja imputada ao motorista, deve-se verificar o elemento essencial, ou seja, a culpa grave, tal como previsto na Súmula 145 do STJ. Esse tem sido o entendimento também dos Tribunais:

(TJPR - 10<sup>a</sup> C.Cível - AC - 1038515-8 - União da Vitória - Rel.: Fernando Antonio Prazeres - Unânime - - J. 18.12.2014): APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INICIAL - APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA, IN CASU, DE CULPA GRAVE, HAVENDO, PORTANTO, DEVER DE INDENIZAR - IMPOSSIBILIDADE - TRANSPORTE DE CORTESIA - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIAM A OCORRÊNCIA DE CULPA, MAS NÃO EM SUA MODALIDADE GRAVE - SÚMULA 145 DO STJ - CULPA GRAVE NÃO CONFIGURADA - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE - REDISTRIBUIÇÃO DOS ÓNUS SUCUMBENCIAIS - IMPOSSIBILIDADE - SUCUMBÊNCIA EXCLUSIVA DOS APELANTES, QUE SÃO, CONTUDO, BENEFICIÁRIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO.

Assim, para que o motorista seja responsabilizado, será necessário que a condição de embriaguez tenha sido determinante para a ocorrência do sinistro. Caso não se verifique o efetivo nexo causal, não há que se falar em indenização. Visto que, conforme definição de Cavalieri (2014, p. 53), o agente deve atuar com grosseira falta de cautela, o que deverá restar comprovado no processo.

Ademais, vários fatores externos podem contribuir para o acidente, de forma que a mera constatação de ingestão de álcool não pode ser determinante para fixação de proveitos econômicos frente à família do prejudicado, deve-se analisar minuciosamente

o caso em concreto. Em reiteradas decisões, no que tange a seguro, o STJ entende:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AUMENTO DO RISCO. EXCLUDENTE DE COBERTURA NÃO CONFIGURADA. CC, ART. 1454. Para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no art. 1454 da lei substantiva civil, exige-se que o segurado tenha diretamente agido de forma a aumentar o risco, o que não ocorre meramente pelo fato de ter sido constatado haver ingerido dose etílica superior à admitida pela legislação do trânsito, sem que tenha a ré, cuja atividade se direciona exatamente para a cobertura de eventos incertos, demonstrado, concretamente, que sem o estado mórbido o sinistro incorreria (STJ, 4<sup>a</sup> Turma, REsp: 341372 MG 2001/0104894-1, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 06/02/2003).

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. ACIDENTE PESSOAL. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. FALECIMENTO DO SEGURADO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE DE ELISÃO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO-COMPROVADO. PROVA DO TEOR ALCOÓLICO E SINISTRO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. CLÁUSULA LIBERATÓRIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 1.454 E 1.456 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato (STJ, 4<sup>a</sup> Turma, REsp: 780757 SP 2005/0146348-8, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 01/12/2009).

Conforme se verifica nos julgados, a mera constatação de ingestão de álcool, não basta para que se configure culpa grave, devendo ser analisados outros fatores para que possa se falar em pagamento de indenização. Assim, caso não seja constatada a culpa grave, não há que se falar em responsabilidade do condutor.

Da mesma forma a análise frente à seguradora, se o motorista não seria responsabilizado pelo ocorrido ao caroneiro, tampouco a seguradora. A seguradora será responsabilizada, dentro dos limites da apólice, aos danos materiais e a terceiros, e

caso não seja constatada a culpa grave ou que por estar sob efeito de álcool o motorista causar o acidente.

Por conseguinte, a seguradora não é responsável pela indenização frente ao caroneiro, posto que seu contrato e responsabilidade se restringem ao segurado, que normalmente em um caso como o ora debatido, seria apenas para com o motorista, a menos que a apólice tivesse previsão de cobertura de Acidentes Pessoais de Passageiros (APP), considerando passageiros aqueles que estiverem dentro do veículo na hora do acidente, incluindo-se o condutor.

Assim, entende-se que nos casos que envolvem a heterocolocação em perigo consentida, o juízo deve avaliar toda a situação que reveste o caso e, não somente um ato em específico; com base na boa-fé, na maior solidariedade que hoje se percebe na fixação de indenização na responsabilidade civil e nos princípios que regem o Código de Processo Civil e o Código Civil, entende-se que, no exemplo em tela, a fixação de indenização não deveria ser concedida e, caso fosse, no mínimo deveria ser dividida entre os passageiros, na proporção de sua culpabilidade/participação, restando configurada a culpa concorrente, situação patentemente possível, na forma do artigo 945 do Código Civil.

## 1.7. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE DE CORTESIA

Como já discutido anteriormente, aquele que fornece transporte gratuito a outrem, só responde civilmente pelos danos causados ao transportado, quando incorrer em dolo ou culpa grave, sendo que tal ação está prevista no artigo 736 do Código Civil Brasileiro, a ver:

Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas (BRASIL, 2002).

Sendo assim, percebe-se que já há previsão legal, súmula e julgado no sentido da responsabilização frente ao motorista no referido caso em debate.

O que se discute no presente estudo é se haveria alguma forma de responsabilização para o caroneiro no referido evento,

posto que assentiu em se portar nesta situação, e mesmo que não se possa considerar como sendo uma ação, o mesmo poderia ser responsabilizado por sua omissão.

No que tange à indenização nos casos em que a vítima tenha concorrido culposamente para o evento danoso, o Código Civil dispõe em seu artigo 945 da seguinte forma:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (BRASIL, 2002).

Isto posto, é evidente a culpa concorrente da vítima, de modo que a fixação da indenização se dará em função da gravidade de sua culpa em comparação com a do autor do dano.

Acontece que o Código Civil Brasileiro não possui uma tipificação legal para os casos de omissão, o que permitiria uma aplicação análoga ao Código Penal, que em seu artigo 13, §2º, “c”, prevê:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (BRASIL, 1940).

Desta forma, responde pela omissão aquele que com seu comportamento anterior criou o risco. Consequentemente, o comportamento de entrar no veículo do condutor, tendo ciência da condição de embriaguez do motorista, por exemplo, que acabou por gerar um risco para si mesmo, ocasionando um resultado gravoso, é uma conduta tipificada no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, em uma situação conforme a disposta, se o caroneiro não estivesse concordado em entrar no referido veículo, ele não teria morrido ou sofrido lesões gravosas. Caso o caroneiro sofra danos gravosos, este deverá responder por sua omissão no referido caso, nos termos do artigo 13, §2º, “c”, do Código Penal Brasileiro.

Sendo assim, verifica-se que, no caso em tela, além do condutor não responder pelo resultado caso não seja configurado

dolo ou culpa grave, o caroneiro além de responder concorrentemente, poderia ser responsabilizado por sua conduta omissiva. De modo que, a seguradora também não poderia nestes casos, vir a ser obrigada ao pagamento da indenização securitária.

## **2 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo quanto exposto, levando-se em conta o caso hipotético em que dois amigos saíam para beber juntos, voltem para casa no mesmo carro, de comum acordo, porém, um acidente ocorra, no qual, o caroneiro falece e o motorista sofre lesões leves e que, posteriormente, a família do caroneiro demande judicialmente por indenização pelo ocorrido frente ao motorista, foram explanadas as possíveis hipóteses de indenização.

Primeiramente, deve-se considerar que a pessoa agiu por vontade própria, sabendo que corria um risco por um fato antijurídico do amigo (dirigir após ingerir bebida alcóolica) e que ele concordou em se portar nessa situação, sendo assim, não há que se falar em desconhecimento da situação.

Em segundo lugar, trata-se de um transporte gratuito, desinteressado, portanto, de acordo com a Súmula 145 do STJ, o condutor só responderia pelo referido dano se fosse constatado que agiu com dolo ou culpa grave, como se trata de um acidente não há que se falar em dolo, portanto deveria ser constatada uma culpa grave.

Ademais, para que o condutor pudesse ser responsabilizado, a ingestão de álcool deveria ter sido determinante para o acidente, ou seja, que restasse comprovado que o acidente se deu única e exclusivamente pelo fato de o motorista estar sob o efeito de álcool.

Como não há previsão no Código Civil Brasileiro que trate dos casos de omissão, o caroneiro em caso de ter sobrevivido ao acidente, poderia responder inclusive por sua conduta omissiva em uma aplicação análoga ao artigo 13, §2º, “c”, do Código Penal Brasileiro.

E caso restasse configurada a culpa concorrente no caso em tela, a indenização da vítima seria medida na proporção de sua culpabilidade para com o resultado danoso, em confronto com a do causador do dano, nos termos do artigo 945 do Código Civil.

Posto isso, percebe-se que, para que houvesse a referida indenização, o condutor deveria ter uma culpa grave, cumulada com o motivo do acidente, em que seria determinante a ingestão de

bebida alcoólica e ainda, o caroneiro, se não respondesse concorrentemente, poderia até responder por sua conduta omissa.

Da mesma forma a obrigação da seguradora, que não seria responsabilizada em nenhuma das hipóteses, posto que se o condutor apresentasse culpa grave ou se a ingestão de bebida alcoólica fosse determinante para a ocorrência do acidente, a apólice não acobertaria tal acidente e se não restassem caracterizadas referidas agravantes, o caroneiro não seria responsabilidade da seguradora, a menos que constasse na apólice a cobertura de Acidentes Pessoais de Passageiros (APP), considerando passageiros aqueles que estiverem dentro do veículo na hora do acidente, incluindo-se o condutor.

Sendo assim, percebe-se que o caso deve ser analisado de forma minuciosa, o juiz precisa identificar a culpa, o dano e o nexo causal e analisar o comportamento de cada envolvido no caso, seja autor, vítima e/ou terceiro, para que cada um responda na medida de sua participação.

O direito tem caminhado para uma nova era, trazendo uma maior equidade para com as relações jurídicas, buscando manter a balança sempre alinhada, afinal, esse é o motivo de ser do direito, encontrar a justiça.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- CAVALIERI, S.F. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.
- JAKOBS, G. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade Civil em Acidentes de Trânsito*. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 2000.
- RÍMOLI, C. Apontado como grande exemplo de impunidade, Edmundo se cala. *R7 Esportes*. 05 de abril de 2018. Disponível em: <<https://esportes.r7.com/prisma/cosme-rimoli/apontado-como-grande-exemplo-de-impunidade-edmundo-se-cala-05042018>>. Acesso em: 30 set. 2018.
- RIZZARDO, A. *Responsabilidade Civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- ROXIN, C. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_, C. *La polémica en torno a la heteropuesta em peligro consentida*. InDret Revista para el análisis del derecho. Barcelona: Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.
- SCHREIBER, A. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

# [ CAPÍTULO 4 ]

## **FLUXOS MIGRATÓRIOS: UM ESTUDO SOBRE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES**

Rafael José dos Santos<sup>5</sup>  
Gustavo dos Santos Prado<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Rafael José dos Santos. E-mail: [rjsantos5@minha.faq.edu.br](mailto:rjsantos5@minha.faq.edu.br). Integrante do grupo de estudos “Fronteiras do Pensamento Brasil – Mundo”: Jurisdição, mercado, fluxos financeiros e direitos humanos.

<sup>6</sup> Graduado em História pela Universidade Estadual Paulista. Especialista em Ensino de Geografia pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre e Doutor em História Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É autor dos livros: **A verdadeira Legião Urbana são vocês**: Renato Russo, rock e juventude (2017) e **O nascimento do morto**: punzkinés, Cólera e Música Popular Brasileira (2019), ambos publicados na editora E-manuscrito. Possui uma terceira obra publicada pela Editora Dialética: **O Brasil sem máscara**: uma interpretação da Nova República às vésperas do bicentenário da independência. (2010-2021). É professor no Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG) na cidade de Cascavel, Paraná e lidera o grupo de estudos “Fronteiras do Pensamento Brasil – Mundo”: Jurisdição, mercado, fluxos financeiros e direitos humanos” E-mail: gspgustavo.historia@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A denominada Lei N° 13.445/2017, reconhecida como *Lei de Migração*, representou um avanço positivo do Brasil no que concerne ao tratamento de migrantes, refugiados e apátridas chegados ao País em situação de grande vulnerabilidade social, proporcionando que sejam concretizados os objetivos previstos não só pela Constituição de 1988, mas, sobretudo, o contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em vista disso, deve-se haver um avanço também em políticas públicas que deem ênfase ao avanço legislativo em termos de efetivação desses direitos, matéria a qual o Estado do Paraná demonstrou relativo desempenho, a exemplo da instituição do Conselho Estadual dos Direitos dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná (CERMA) que, por sua vez, concentra em seus esforços diretivos, pessoas ligadas ao poder público e cidadãos da sociedade civil organizada, demonstrando um esforço democrático na elaboração de projetos, bem como aferição de instrumentos de implementação de políticas públicas, fiscalização e acompanhamento de medidas aptas a encaparem os fundamentos e objetivos constitucionais da República em matéria de efetivação, proteção e promoção dos Direitos Humanos.

Assim, é possível compreender no presente trabalho, neste esforço conjunto resultante na CERMA e entre os eixos que compõe o Plano Estadual de Políticas Públicas para Promoção e Defesa dos Direitos de Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná, um dos objetivos, que é justamente o de buscar parceiras com instituições de ensino, médio e superior, objetivando a realização de seminários e palestras com a temática da migração, refúgio, e da pessoa na condição de apátrida.

Nesse sentido, e com base na legislação contemporânea, tanto em nível federal como estadual, observa-se que o campo intelectual se encontra, se não totalmente adequado, com certeza bem amadurecido para o enfrentamento e debate destes temas com as peculiaridades e seriedade que merece.

Ressalta-se que, parte desse amadurecimento é o tratamento cada vez mais claro e objetivo que torne translúcido o tratamento da matéria, que por sua vez pode ser abordado da seguinte forma: qual é a competência da União e das Unidades Federais na elaboração de leis que tratem das migrações? Quais são os órgãos competentes para elaboração, promoção e defesa de políticas públicas na União e Unidades Federais que se atenham ao

assunto? No âmbito municipal, qual é a abordagem realizada pelo poder público no sentido de efetivação dos direitos dos migrantes, refugiados e apátridas?

Estas são questões que, embora simples em sua elaboração, podem causar alguns transtornos, caso não estejam claras as devidas competências de cada esfera do poder público e suas responsabilidades quanto da atuação neste campo.

Nesse sentido, partindo de revisões bibliográficas, é possível verificar a produção legislativa em nível estadual e municipal, bem como a adoção de políticas, transcendendo à pesquisa e aferição de dados objetivos que revelem a recepção de massas migratórias e as abordagens a que são submetidas, já em território brasileiro.

Ao final, poder-se-á detectar certas particularidades dos imigrantes recepcionados em termos não só de nacionalidade, mas também de estado civil e faixa etária. Estes dados poderão servir como referências para instrumentos de aferição sobre a existência ou não, e ainda a efetividade de políticas públicas que garantam, promovam e protejam os direitos humanos dos imigrantes.

## **2 OS IMIGRANTES, REFUGIADOS E A LEI BRASILEIRA**

### **2.1 UM ESTUDO DA COMPETÊNCIA EM LEGISLAÇÃO DE IMIGRANTES E REFUGIADOS**

Um ponto importante e insuscetível de passar sem tratamento adequado é no que toca as competências legislativas, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quanto à produção normativa adequada a qualquer assunto que aborde o tratamento de imigrantes chegados ao Brasil, sobretudo àqueles nas condições de refúgio, portanto, em alto grau de vulnerabilidade social.

Sob esse aspecto, não é forma alguma um exagero lembrar que a Constituição Federal, promulgada em 1988, em seu art. 1º, inciso III, adotou como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, decorrendo desse contexto, a obrigação de todos os entes federados proporcionarem adequações legais e financeiras que venham a refletir a promoção social e as garantias mínimas de existência digna àqueles que adentram as fronteiras nacionais em condições praticamente subumanas.

Porquanto, este princípio fundamental deve atingir qualquer ser humano por essa tão simples condição, haja vista que exista uma gama de garantias de subsistência digna e que evitem o deslinde em

condições degradantes ao sujeito na condição de imigrante “[...] além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET *apud* CUNHA JUNIOR, 2018, p. 483).

Nessa esteira, com respeito às restrições inerentes aos direitos políticos naquilo que comprehende as distinções Constitucionais entre brasileiros natos, naturalizados e o estrangeiro, os poderes devem desenvolver algumas tecnologias jurídicas, com o fim de prestar a devida assistência ao imigrante em condição de vulnerabilidade, proporcionando-lhe opções de desenvolvimento, assim como amparo, por exemplo, frente aos riscos sociais.

Convém Salientar que, o Supremo Tribunal Federal, através do Informativo Nº 861, expôs sobre a situação de concessão de benefícios assistenciais ao estrangeiro. O tema foi tratado em sede de Recurso Especial 587970/SP. Sob relatoria do Eminente Ministro Marco Aurélio, fixou a tese de que “Os estrangeiros residentes no País, são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”.

Para tanto, considerou-se o princípio da dignidade da pessoa humana em seus elementos mais expressivos. Citando o Ministro Luís Roberto Barroso, para quem há três elementos a se decompor o referido princípio: a) valor intrínseco – o homem é, no entendimento do imperativo categórico kantiano, um bem em si mesmo; b) autonomia – diz respeito a realidade radical do indivíduo, sua vida mesma e a suas tomadas de decisões, permitindo-lhe a concretização de seus objetivos e c) valor comunitário – por essa perspectiva, o imigrante torna-se parte no espírito público e social em nível nacional, contribuindo para a consecução dos objetivos do país desde os seus fundamentos.

Indubitavelmente, o voto em si mesmo é uma verdadeira obra jurídica no campo dos direitos humanos e pode plenamente direcionar os futuros estudos neste campo. Especificamente, ele trata de eliminar qualquer diferença entre brasileiros natos, naturalizados e imigrantes frente ao texto do artigo 203, da Constituição Federal, a qual determina:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

V - A garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que

comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

Determinando assim que, o texto legal tão somente prestava distinção quanto ao portador de necessidades especiais e ao idoso, naquilo que concerne na formulação de requisitos básicos para a concessão do benefício. O importante no voto analisado é que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao dispositivo no sentido de que o constituinte, quando da formulação do texto, incumbiu-se de prestar já naquele momento as distinções fundamentais, não cabendo ao legislador ordinário regulamentar outras diferenciações, sobretudo, ao imigrante necessitado.

Ademais, à União compete legislar privativamente sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. Portanto, para que os Estados possam legislar sobre estas questões específicas, dependerá primeiro de Lei Complementar da União que os autorizem para tanto.

Desse modo, na ACO 3113/AC, a unidade federada buscou obter da União um pretenso resarcimento de, em tese, despesas com as quais arcou em virtude de alto número de imigrantes que chegaram ao Estado entre os anos de 2010 e 2016. Entendeu-se que, embora seja competente privativamente a União legislar sobre a situação dos imigrantes a Lei de Imigração, por adoção de princípios diretores da legislação que se destinam ao tratamento dessas situações, não afastou dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a exceção de responsabilidade financeira sobre as políticas públicas aptas a atenderem essas demandas. Logo, para o Eminente Ministro Alexandre de Moraes comprehende-se:

Deste cenário constata-se a fragilidade dos fundamentos trazidos pelo autor. Com efeito, não se visualiza seja da União, no âmbito de sua competência constitucional administrativa, a atribuição exclusiva para custear as despesas com imigrantes que entram no país, ainda que fruto de calamidade vivenciada no país de origem. Em nível constitucional o que se tem de concreto é a competência exclusiva da União para legislar sobre “emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros” (artigo 22, inciso XV). Já no rol de sua competência administrativa, não se lhe atribui o custeio ou a manutenção deste tipo de despesa, o que, aliás, ocorre em relação a outras despesas e serviços (ACO 847 AGR- segundo-ED, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES,

Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 30-10-2019 PUBLIC 04-11-2019) [grifo nosso].

Assim sendo, embora caiba à União legislar privativamente sobre migrações, entradas, extradições e expulsões de estrangeiros, todas as unidades federadas devem arcar com o custeio de políticas públicas no que compreende a assistência, de forma especial, as de refugiados chegados ao Brasil.

## 2.2 DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS DOS MIGRANTES E REFUGIADOS

A segunda metade do século XX, buscando-se recuperar dos traumas da Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), objetivou-se positivar em uma carta um piso mínimo comum a todo homem que traduzisse sua condição enquanto tal, ao que podemos identificar como princípio da dignidade da pessoa humana. (MAZZUOLI, 2019).

De lá para cá, este estatuto mínimo que reconhece a todo homem a condição humana, independentemente de qualquer fato deveria transcender as diversas fronteiras, físicas, políticas e psicológicas, avançando sobre os objetivos puramente patrimonialistas das mais diversas legislações, prestando-se como remédio ao desvirtuamento de objetivos que não fossem os de concretização desses direitos, sempre que estivessem à mercê de grupos poderosos, com metas que transitasse, ora em função do puro poder, ora em função do dinheiro.

Nesse sentido, os governos deveriam aparelhar-se para a concretização desses direitos, com as devidas adaptações em seus sistemas regulamentares. Em parte, houve grande avanço, sobretudo, no Brasil, quanto à elaboração de legislação pertinente, especialmente aquela que trate de migrantes e refugiados, pessoas mais expostas a perigos e violações e que, portanto, devem compor um fator de maior atenção em todas as esferas da República, ou seja, em nível de União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em suma, como já afirmado anteriormente, destaca-se:

Sem embargo das dificuldades em termos de adoção e tratamento de políticas migratórias pelos governos brasileiros, a legislação pátria caminhou razoavelmente bem quanto ao tratamento legal do tema. Ressalta-se que há legislação pertinente à matéria, no entanto, a literatura

aponta certo abandono quanto à adoção de medidas que garantam eficácia na execução das leis. (SANTOS; PRADO, p. 03, 2021).

Embora a legislação, genericamente, tenha avançado, as políticas públicas descentralizadas parecem não ter se desenvolvido tanto em nível estatal. Isso não impediu que a sociedade civil organizada criasse mecanismos de enfrentamento desses problemas.

## 2.3 A ATUAÇÃO DA CÁRITAS E DA OIM

No Estado do Paraná, a atuação da Cáritas Brasileira, quanto ao tratamento de migrantes, em especial, os venezuelanos, é evidente. A Cáritas Brasileira Regional Paraná, em termos legais, constitui-se de pessoa jurídica, na modalidade de associação privada e presta-se aos serviços de assistência social e atividades em defesa de direitos sociais.

As ações da entidade compreendem desde o oferecimento de abrigo, a regularização de documentos, a adaptação à língua portuguesa e o diálogo com o poder público, visando à integração dos imigrantes, claramente, em estado de vulnerabilidade, expostos aos mais diversos riscos sociais.

O próprio desenvolvimento de projetos, sobretudo pós 2018, que dessem prosseguimento ao processo de interiorização previsto pelo Governo Federal, são desenvolvidos pela entidade em diálogo com o equipamento público estadual, é atribuído ao Centro Estadual de Informação para Migrantes (CEIM), vinculado à Secretaria da Justiça, Família e Trabalho do Estado do Paraná. (SEJU/PR).

Nesse ínterim, a Lei nº 18.465, de 14 de abril de 2015, instituiu no Paraná o Conselho Estadual dos Direitos dos Migrantes Refugiados, e Apátridas do Paraná (CERMA), órgão de caráter consultivo e deliberativo, vinculado à SEJU. O CERMA é composto em seu quadro diretor por 50% de representantes do poder público e 50% de representantes da sociedade civil organizada.

A iniciativa, perceptivelmente, concentra em seu âmago fortes valores democráticos, trazendo ao meio civil os encargos na elaboração das políticas públicas de promoção dos direitos de migrantes, refugiados e apátridas. Além do que, o estatuto legal em comento demonstra uma mudança clara na abordagem legal de

migrantes e refugiados, promovida pelo legislativo estadual, anterior, inclusive, à *Lei de Migrações*, à qual podem-se atribuir importantes aspectos de mudanças no tratamento do tema, direcionada a proteção e promoção dos Direitos Humanos, um avanço importante quando comparada ao velho tratamento de migrantes e refugiados como centro de problemas, estritamente no campo da segurança nacional.

O CERMA desenvolveu um Plano Estadual de Políticas Públicas para Promoção e Defesa dos Direitos de Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná, sustentado em seis eixos temáticos: a) eixo educação; b) eixo família e desenvolvimento social; c) eixo saúde; d) eixo justiça, cidadania e direitos humanos; e) eixo trabalho. O objetivo geral do referido plano é o de “Proporcionar meios para a construção e implementação de Políticas Públicas voltadas à proteção e promoção dos direitos da população de Migrantes, Refugiados e Apátridas no Estado do Paraná” (PARANÁ, 2014), enquanto especificamente, em relação às pessoas nessas condições, objetiva promover e efetivar seus direitos fundamentais individuais, fomentando a cooperação entre órgãos do poder público estadual, além de proporcionar e adequar os instrumentos de efetivação, avaliação e fiscalização do plano estadual em comento.

Cada um dos eixos identificados sustenta, por sua vez, um rol de ações, metas, indicadores, parcerias, prazos e orçamentos.

Ainda em termos de legislação estadual paranaense, a Lei nº 19.135, de 27 de setembro de 2017, instituiu o Plano Estadual de Cultura do Paraná, o qual, genericamente, tratou como meta o incentivo de ações quanto à ampliação de programas que viessem a proteger e promover as mais diversas culturas populares e de povos tradicionais no Estado, inclusive, pautando a valorização dos imigrantes e aqueles povos historicamente discriminados, veja-se o teor do dispositivo, o qual pressupõe:

**Art. 7º** São metas e respectivas ações do PEC/PR:

[...]

**XI** - apoiar e incentivar as manifestações da diversidade cultural, ampliando a oferta de programas que promovam e protejam as culturas populares e de povos tradicionais, em todos os municípios do Paraná, nos seguintes termos:  
[...]

**f)** valorizar os grupos de culturas populares, imigrantes e aqueles historicamente discriminados, como a população negra, povos de terreiro, ciganos, indígenas, quilombolas, faxinalenses, LGBT, movimentos de rua e terceira idade,

com a promoção de ações que fortaleçam a cultura destes grupos e que resultem na inserção destes nas políticas públicas de cultura de criação, produção, difusão e fruição cultural". (PARANÁ, 2017).

Assim, o estatuto legal em comento guarda grande relevância quanto à promoção e proteção cultural dos migrantes e pode fomentar ações específicas no campo de educação e cultura, no entanto, como já apontado, o tratamento foi genérico, devendo tanto em âmbito estadual como o municipal, ações complementares que visem a concretização desses objetivos.

## 2.4 UM EXEMPLO: O EIXO EDUCAÇÃO

As ações do eixo de educação, em resumo, constituem-se em articulação para a inserção temática no que toca migrantes, refugiados e apátridas em/no campo de formação e educação. Assim sendo, a meta é incluir o assunto das grades curriculares de escolas estaduais e municipais, a parceria com universidades e centros universitários que se atendam ao estudo do tema bem como a realização de seminários palestras e cursos que abordem o tema.

Outro campo de ação previsto neste eixo é tanto a disponibilização de programas de cursos para o ensino do curso de língua portuguesa aos migrantes, refugiados e apátridas, bem como estimular o aprendizado de línguas estrangeiras aos agentes públicos que atendam comunidades de pessoas nessas condições. A meta é de construir parcerias com entidades que se prestem ao ensino de línguas estrangeiras.

Por fim, garantir o pleno acesso à educação aos migrantes, refugiados e apátridas em todos os níveis de modalidade de ensino. Dessa forma, devem-se realizar análises nos currículos de forma que possam absorver e reinserir as pessoas nessas condições, tanto em nível de educação básica como em nível de educação superior.

Ademais, considera-se que os instrumentos de aferição sejam aptos a identificar políticas públicas necessárias, ou ainda, que identifiquem o alcance das políticas efetivamente aplicadas e que lhes iluminem os resultados, principalmente, em relação às migrações, que são instrumentos indispensáveis.

Esses instrumentos, basicamente, tratarão de estatísticas e transparência pública. Em relação ao conteúdo submetido à

análise, pode-se observar que há instrumentos de aferição em relação aos objetivos apresentados nos seis eixos sobre os quais se fundamentam o “Plano estadual para políticas públicas para promoção e defesa de refugiados, migrantes e apátridas do Paraná 2014 – 2016”, no entanto, a eficácia do instrumento não é clara quanto aos resultados.

O referido plano estadual, quanto ao eixo educação, planejava desenvolver em espaços educativos e de formação a temática dos migrantes, refugiados e apátridas; desenvolver o ensino da língua portuguesa aos migrantes, refugiados e apátridas; estimular ensino de línguas estrangeiras aos agentes públicos; garantir amplo acesso ao ensino aos migrantes, refugiados e apátridas.

O relatório apresentado pela CERMA em 2018, em resumo, as duas primeiras metas não puderam ser executadas dentro do prazo estipulado em cronograma, quais sejam, os de “1. Articular a inserção da temática da Migração, Refúgio e Apátridas em espaços educativos e de formação; 2. Desenvolver programas de Ensino de Língua Portuguesa para Migrantes, Refugiados e Apátridas” (PARANÁ, 2018). Enquanto outras duas metas tiveram seus indicadores identificados; o ensino de línguas estrangeiras é ofertado pelo CELEM – Centro de Línguas Estrangeiras Modernas, enquanto o pleno acesso à educação deveria cumprir com a deliberação nº 09/01 do CEE/PR, identificada a possibilidade de aproveitamento de ensino, classificação, a equivalência e a reavaliação de estudos incompletos e matrícula compatível com a idade na rede de ensino.

O plano quando parametrizado com a legislação nacional vigente, competente ao tema e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, é avançado quanto ao potencial de concretização de direitos fundamentais de migrantes, refugiados e apátridas, no entanto, a carga de concretização, ao que parece, teria ficado sobre a CERMA.

Em consonância com Lima Alves (2019), quando da análise da Lei nº 9474/97, já havia identificado o problema de generalização do referido estatuto legal. Não há delimitações de políticas públicas e em consequência, não há desenvolvimento de estratégias para a realização de integração.

Como visto, no Paraná, houve sinergia entre o poder público e a sociedade civil organizada, conjugando a integração de valores sociais e democráticos na consecução de políticas públicas que viesse a dar guarida à promoção e proteção de direitos de migrantes, refugiados e apátridas.

Por conseguinte, o fluxo de esforços que emergem a partir do conteúdo analisado, tornando-se transparente como objeto da presente pesquisa, pode ser agora identificado. Como bem observou Valim (2009), a Igreja Católica desenvolve um importante trabalho na área de migrações, sobretudo, desde a Campanha da Fraternidade do ano de 1980, com o tema das migrações; a iniciativa da igreja conta com a participação de intelectuais e estudiosos, os quais abordam os fenômenos migratórios no interior do Brasil, dados pela concentração de terras e consequentes expulsões dos pequenos agricultores, até as imigrações internacionais; em 1985 a Conferência Nacional dos Bispos no Brasil, a CNBB, cria o Serviço Pastoral dos Migrantes que conta com a participação de religiosos e se liga ao Centro de Estudos Migratórios (CEM) em São Paulo; em 2005 há o Fórum Social das Migrações com a aprovação, em 2006, da Carta dos Migrantes.

Da série exposta com base no trabalho realizado por Valim, é possível identificar a importância do cimento civilizacional operado pela igreja ainda em nossos dias, podendo-se atribuir, logicamente, com a cooperação de outros setores, a mudança de paradigmas no tratamento legal aos migrantes e refugiados pelo poder público.

## 2.5 UM BREVE QUADRO TEÓRICO DE ENQUADRAMENTO DOS MIGRANTES E REFUGIADOS

O caso dos imigrantes e refugiados venezuelanos que tomou maiores proporções em 2015, com agravamento acentuado por conta da pandemia do novo Coronavírus, no início do ano de 2020, aumentou a atenção quantos aos problemas e possíveis soluções que permeiam toda essa problemática.

Em especial, quanto à condição de refugiados, o aumento da exposição de grandes massas migratórias a condições de extrema vulnerabilidade social é também enfrentado na Europa. Esse aumento de taxas de migração é um fenômeno mundial e não constitui surpresa para os estudos especializados, sobretudo na sociologia que já vinha apontado para as tendências de nossa época, especialmente, no que concerne a estas proposições:

- “*Aceleração* – a migração para além das fronteiras está a ocorrer em números nunca vistos.
- *Diversificação* – a maioria dos países recebe atualmente[sic] imigrantes de tipos muito distintos, em contraste com épocas passadas em que formas

particulares de imigração, como a imigração de trabalhadores ou de refugiados, era predominante.

- *Globalização* – a migração adquiriu uma natureza mais global, envolvendo um maior número de países, simultaneamente como remetentes e destinatários.

- *Feminização* – um número crescente de migrantes são mulheres, tornando a migração contemporânea muito menos dominada por homens do que anteriormente. O aumento de mulheres migrantes está intimamente relacionado com mudanças no mercado global de trabalho, incluindo a procura crescente de empregadas domésticas, a expansão do ‘turismo do sexo’ e do ‘tráfico de mulheres’ e o fenômeno das ‘noivas por encomenda”. (GIDDENS, 2008, p. 262) [grifo do autor].

Essas tendências são atualmente bem perceptíveis em nível nacional e constituem um verdadeiro desafio quanto à garantia e promoção de direitos humanos dos migrantes e refugiados, além do que, se levados em consideração os fatores de “*pull*”, verdadeiros vetores que tendem a “empurrar” as pessoas para fora de seus países, em virtude de guerras, catástrofes naturais e crises humanitárias e políticas, assim como descreve Giddens (2008), a legislação nacional não pode se distanciar desses problemas e não deve tomar rumo contrário, já que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 4º, inciso II, tratou de reger as relações internacionais do Brasil pela prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentido, Sassen (2016) tratou de identificar problemas causados justamente por constantes desregulamentações de mercado, que não obstante, são acompanhadas de grandes complexidades do comércio. Para a autora, atualmente vão se formando verdadeiras formações predatórias caracterizadas pela combinação de elites e capacidades sistêmicas aptas a tornarem os mercados cada vez mais complexos, promovendo ainda maior concentração de renda no topo. Não só isso, mas também a degradação das terras e das águas, em nível mundial, acabam por somar os vetores de expulsão, agravando ainda mais as crises migratórias.

## 2.6 UM EXAME SOBRE A LEGISLAÇÃO

Um ponto inflexível no tratamento deste objeto é que a legislação brasileira deve manter o foco quanto à promoção de direitos humanos. Quer-se com isso dizer que, não basta a proteção e à garantia, mas sim a elaboração de leis capazes e

políticas públicas que tenham o condão de promover. Isto é, deve-se sair de uma posição de conforto, na qual apenas se admite ou aceite e destinem migrantes e refugiados no território nacional, demonstrando certa passividade do poder público no tratamento do assunto, mas antes adotar uma posição de ação.

A Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, mostrou um grande avanço no que toca as migrações, demonstrando que o Brasil parece ter finalmente se alinhado a Declaração dos Direitos Humanos.

Embora o tema tenha seu norte bem fundamentado, Lima Alves (2019) aponta que a legislação federal acabou pode deixar as políticas públicas demasiado soltas. Quer dizer que, houve atenção quanto às delimitações do tema, ou seja, de forma geral, a moldura teórica e legal utilizada pela referida lei, em termos de direitos humanos, é um avanço, contudo, no que toca a delimitação de políticas públicas que tratem recortes específicos, a lei é genérica.

Em outras palavras, em se tratando de recortes de problemas especificamente na seara das migrações venezuelanas, não houve maior tratamento pela lei tanto em nível nacional, quanto ao nível de Estado do Paraná.

Assim sendo, é possível detectar uma lacuna legal que tende a deixar de promover melhores condições dos migrantes e refugiados no Brasil.

## 2.7 MIGRANTES E REFUGIADOS NO OESTE DO PARANÁ

O sul do Brasil é a segunda região do país a concentrar o maior número de estrangeiros que flutua entre 10 e 20% dos estrangeiros no Brasil, perdendo apenas para São Paulo, que concentrou mais de 70% da população estrangeira em um século (1872-1980); além do que, o Estado do Paraná não figurava como principal estado sulista em concentração de imigrantes; a concentração aumenta por volta de 1970, motivada pela fronteira agrícola do norte do Estado; não obstante, nos quatro últimos censos, o Estado demonstra um decréscimo no número absoluto e relativo de estrangeiros, sendo que o censo de 2010 trouxe o número de 0,5% da população. (BALTAR; BAENINGER; BALTAR, 2021).

Reforçando os dados tratados por Valim (2009), São Paulo continua sendo o principal destino dos imigrantes, sendo que o Paraná é terceiro destino de residência dos imigrantes, concentrando uma média de 6% dos registros.

Ainda segundo as autoras Baltar, Baeninger e Baltar (2021) comprehende-se:

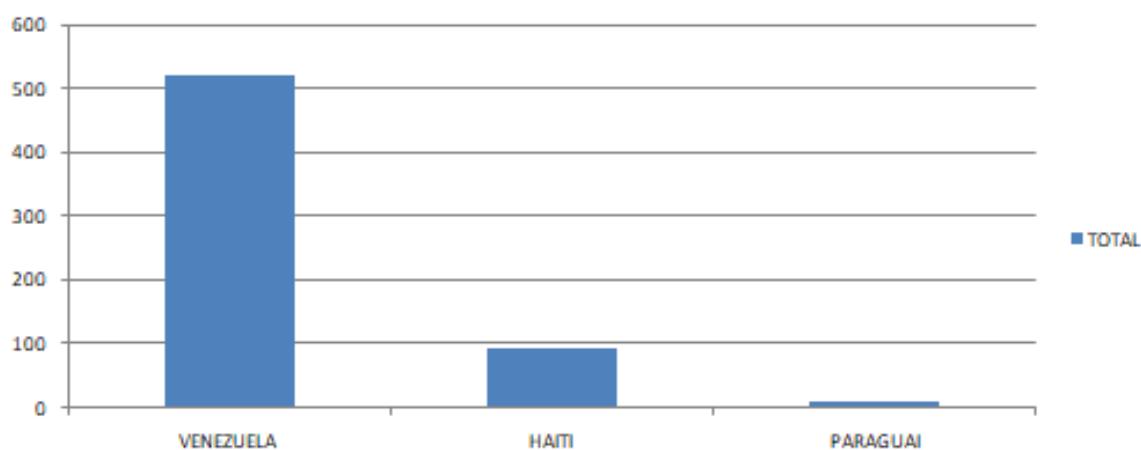
“Um segundo período de emergência das entradas no estado compreende os anos de 2011 a 2016, tendo este último compreendido mais de 11 mil registros. Neste momento, o estado assiste ao aumento da presença de imigrantes de diferentes origens, entre os quais destacamos haitianos, sírios, angolanos, congoleses e bengaleses. Por sua vez, nos anos de 2018 e 2019, a Venezuela figura entre os países de maior crescimento entre os registros”. (BALTAR; BAENINGER; BALTAR, 2021, p. 318).

Com base nos dados do SISMIGRA (Sistema de Registro Nacional Migratório), do Departamento de Polícia Federal do Brasil, levando em consideração os dados obtidos de janeiro a abril do corrente ano de 2022, é possível identificar o número total de 623 pedidos de residência, sendo que o município atual de residência é Cascavel, no Estado do Paraná.

Nessa perspectiva, o número de venezuelanos que fizeram pedidos de residência é claramente muito superior aos das outras duas nacionalidades. Em suma, estes números evidenciam o colapso social venezuelano que originou as grandes massas migratórias.

Gráfico 1 – Pedidos realizados à Polícia Federal no período Jan/Fev 2022.

**TOTAL DE PEDIDOS - JANEIRO/ABRIL 2022**



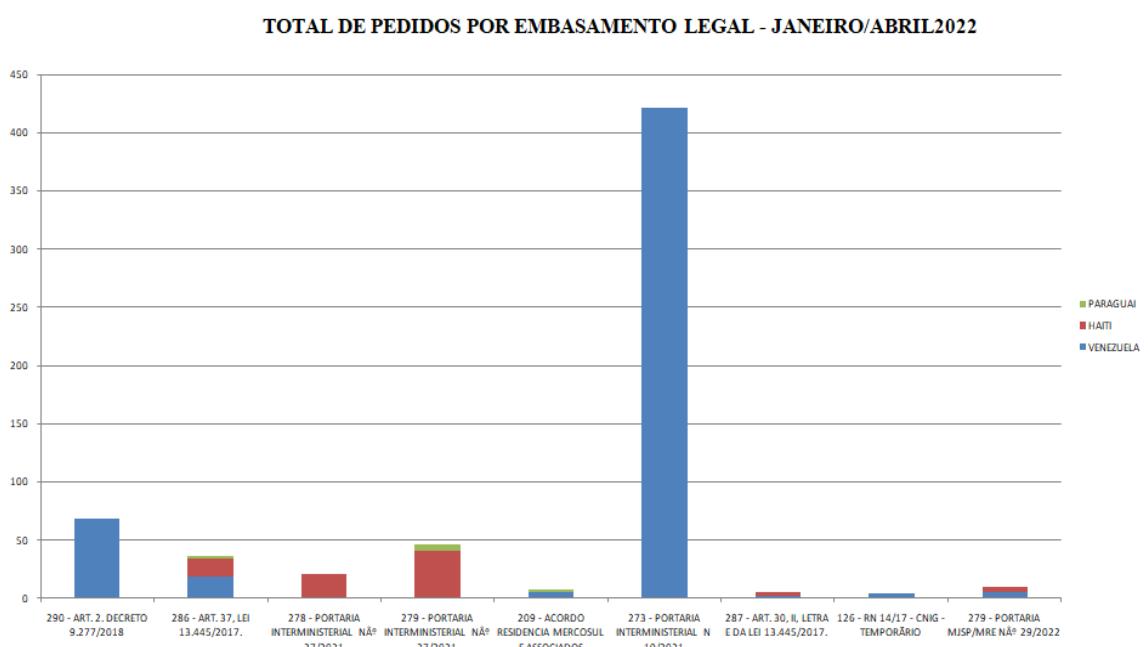
Fonte: Polícia Federal – Sistema de Registro Nacional Migratório.

Nota: Contém dados referentes aos Estrangeiros registrados no Brasil.

\*<https://servicos.dpf.gov.br/dadosabertos/SISMIGRA/>

É possível, portanto, estipular o número de pedidos e seu embasamento legal e aferir a eficiência dos estatutos legais quanto aos pedidos de fixação de residência. Para tanto, levou-se em consideração a nacionalidade dos requerentes, concluindo que quatro meses abrangidos pelos dados, exclusivamente, três nacionalidades abrangem o quadro, sendo 83,3% dos pedidos referentes a venezuelanos, 14,9% haitianos e 1,8% paraguaios.

Gráfico 2 – Pedidos para o embasamento legal – Jan/Fev 2022.



Fonte: Polícia Federal – Sistema de Registro Nacional Migratório.

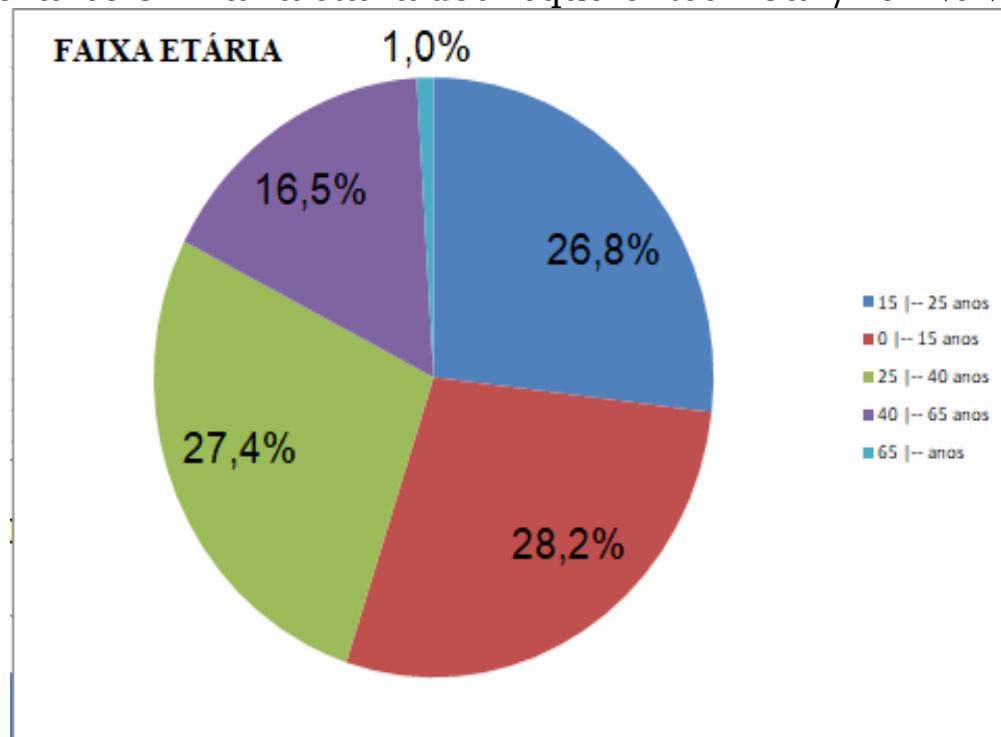
Nota: Contém dados referentes aos Estrangeiros registrados no Brasil.

\*<https://servicos.dpf.gov.br/dadosabertos/SISMIGRA/>

Outro dado que pode ser levado em consideração é a faixa etária que compreendida pelos requerentes venezuelanos. 28,2% dos pedidos referem-se a crianças e adolescentes, portanto, em evidente idade escolar. 27,4% são de pessoas que compreendem a faixa de 25 até 40 anos de idade, ou seja, em idade produtiva. 26,8% dos pedidos são de pessoas em idade escolar ou que estão a iniciar uma fase produtiva, já que compreender a faixa etária dos 15 aos 25 anos de idade. 16,5% dos requerentes estão em idade produtiva e se encaminhando para uma fase de previdência social, já que abrangem a faixa que vai até os 65 anos de idade, enquanto

cerca de 1% dos pedidos são de pessoas na faixa dos 65 anos de idade ou acima disso.

Gráfico 3 – Faixa etária dos requerentes – Jan/Fev 2022.



Fonte: Polícia Federal – Sistema de Registro Nacional Migratório.

Nota: Contém dados referentes aos Estrangeiros registrados no Brasil.

\*<https://servicos.dpf.gov.br/dadosabertos/SISMIGRA/>

## 2.8 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS EMBASAMENTOS DE PEDIDOS

om base no embasamento legal, verifica-se que mais de 400 pedidos tiveram como embasamento a Portaria Ministerial do Ministério da Justiça e Segurança Pública nº19, de 23 de março de 2021. “Esta portaria dispõe sobre a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e Países Associados”. (BRASIL, 2021).

A referida portaria autoriza a residência ao imigrante pelo período de até 2 anos e pode ser requerida diretamente em uma unidade da Polícia Federal, conforme o art. 2º, §1º, do referido documento.

Embora a exigência de documentos com vistas a formalização do pedido, a exemplo de requerimento no formato disponível no

sítio eletrônico da Polícia Federal na Internet, devidamente preenchido; cédula de identidade ou passaporte, ainda que a data de validade esteja expirada; certidão de nascimento ou casamento ou certidão consular, desde que não conste a filiação no documento mencionado no inciso II; declaração do imigrante, sob as penas da lei, de que não possui antecedentes criminais no Brasil e no exterior, nos últimos cinco anos anteriores à data de requerimento de autorização de residência e comprovante de pagamento de taxas, quando cabível, a depender de cada caso, tal documentação poderá ser dispensada com fundamento no § 2º, do art. 68 do Decreto nº 9.199, de 2017.

A portaria, ao que parece, observou, sobretudo, a condição do refugiado que é obrigado a abandonar seu país de origem em condições desumanas, tendo que em grande maioria das vezes fazer seu deslocamento a pé, por distâncias demasiado longas, sem qualquer tipo de bagagem ou documento.

Outro dispositivo importante é o art. 5º da Portaria Interministerial Nº 19/21. Tal dispositivo disciplina que noventa dias antes de expirar o prazo de dois anos previsto pelo art. 2º, §1º, o requerente poderá requerer autorização para residência com prazo indeterminado, exigindo-lhe para tanto que não apresente registros criminais do Brasil e que comprove meios de subsistência.

Ora, tem-se que, com fiel observância dos tratados dos quais o Brasil faz parte e tendo por escopo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especialmente o que preconiza o Artigo 23, do direito que comprehende todo ser humano ao trabalho e a proteção ao desemprego, e também ao Art. 1º da Constituição Federal que apresenta como fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, haja vista que é primordial a existência de políticas públicas que possibilitem ao migrante ou refugiado a se fixarem em seu atual país de residência com a segurança que lhe é devida.

O segundo embasamento legal mais utilizado pelos venezuelanos foi o Decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a identificação do solicitante e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório.

Com base nos números analisados houve 68 pedidos de emissão do Documento Provisório de Registro Nacional Migratório.

Em terceiro lugar, com 19 pedidos, aparecem as solicitações com fundamento na Reunião Familiar, uma vez que o art. 37, da Lei nº 13.445/17, dispõe sobre o visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar, que será concedido ao

imigrante nas condições de cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma; filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência; ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência ou que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho prestou-se a verificar como acontece a abordagem quanto aos imigrantes e refugiados no Estado do Paraná. Sob esse aspecto, constatou-se que, embora haja legislação estadual atinente aos migrantes, não há dispositivos legais que observem em particular o problema dos venezuelanos.

Não obstante, no campo das políticas públicas, observa-se um esforço por parte da CERMA na elaboração de estudos e trabalhos que visem não somente a promoção social, mas, sobretudo, proteção e promoção de direitos humanos dos migrantes. Contudo, não se verifica uma política pública em específico que aborde a problemática dos migrantes e refugiados venezuelanos no Paraná. Por outro lado, leva-se em consideração que as políticas públicas não podem incorrer em graves distinções entre os refugiados, devendo a acolhida e proteção a todos independentemente de nacionalidade, já que o escopo dessas políticas deve manter o foco na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse ínterim, diagnosticou-se que, no Estado do Paraná, há desenvolvimento de trabalho humanitário importantíssimo disponibilizado pela Cáritas, bem como a participação de seus componentes em diretorias da CERMA, o que evidência abertura à iniciativa de integração de diversos setores da sociedade civil organizada na resolução dos problemas que surgem, especialmente, com as massas de migrantes e refugiados.

Entretanto, observa-se que a atuação governamental, no caso paranaense, ainda é excessivamente passiva, frente aos problemas abrangidos por migrações e refúgios, recaindo sobre as organizações civis os trabalhos de enfrentamento direto ao problema.

Essa espécie de abordagem em nível de poder público, ao tempo em que cria condições de chegada e permanência, mas que não efetiva as condições de promoção social podem ser

severamente agravadas pelas constantes desregulamentações, em especial, as de mercado, que atualmente vêm colocando maior peso sobre as contribuições individuais em detrimento das corporativas.

Em síntese, o aparelhamento estatal e em especial o de competência legislativa, sem embargo, do que cabe à sociedade civil organizada a exemplo da Cáritas paranaense, com base nos dados analisados, internalizaram os princípios que emanam da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, o campo de políticas públicas, no que se refere à competência executiva apresenta ainda muitos vácuos.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALVES, Thiago Augusto Lima. **Imigrantes venezuelanos:** o Brasil e sua política de proteção aos direitos dos refugiados. 2019. Artigo científico (Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Integração Latino Americana – UNILA). Foz do Iguaçu, Paraná, 25 a 27 set. 2019. Disponível em [https://www.congresso2019.fomerco.com.br/resources/anais/9/fomerco2019/1570149578\\_ARQUIVO\\_bcd1b2db2cbbec3a39e5aefab6f1efc4.pdf](https://www.congresso2019.fomerco.com.br/resources/anais/9/fomerco2019/1570149578_ARQUIVO_bcd1b2db2cbbec3a39e5aefab6f1efc4.pdf). Acesso em 06/10/2021.
- BALTAR, C. S; BAENINGER, R; BALTAR, R. Imigrantes **internacionais e refugiados no estado do Paraná:** uma análise do período recente. Artigo científico. Disponível em <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/ebook/article/view/3652/3501>. Acesso março de 2022.
- BAUMAN, Z. **Estranhos à nossa porta.** 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial**, Brasília, 21 ago. 1980. Seção1.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.474/97**, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm)>. Acesso em: novembro de 2021.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017.** Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.
- \_\_\_\_\_. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. **Lei de Imigração.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm)>. Acesso em: novembro de 2021.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018.** Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9277.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9277.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Cível Originária 3113 Acre.: AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. FLUXO MIGRATÓRIO. HAITIANOS. LEGISLAÇÃO SOBRE EMIGRAÇÃO E IMIGRAÇÃO, ENTRADA, EXTRADICIÓN E EXPULSÃO DE ESTRANGEIROS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. EDIÇÃO DA LEI 13.445/2017. GARANTIA AOS REFUGIADOS DOS MESMOS DIREITOS E DEVERES DO ESTRANGEIRO NO BRASIL. ART. 5º DA LEI 9.474/1997. CUSTEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. REPARTIÇÃO ENTRE OS ESTADOS. ESCOLHA DO CONSTITUINTE. TRATAMENTO DIFERENCIADO A**

IMIGRANTES. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA IMPROCEDENTE. (ACO 3113, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-293 DIVULG 15-12-2020 PUBLIC 16-12-2020).

\_\_\_\_\_. **PORTARIA INTERMINISTERIAL MJSP/MRE Nº 19**, de 23 de março de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mjsp/mre-n-19-de-23-de-marco-de-2021-310351485>. Acesso em 22/05/2022.

GAGLIARDI, M. P. Políticas migratórias no século XXI: o fim da criminalização e o combate à discriminação a partir da análise da lei 13.445/17. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 109/2018, p. 119 – 140, Set – Out, 2018 DTR\2018\1987.

GIDDENS, A. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2008.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MINAS GERAIS. **Migração, trabalho e gênero**: textos selecionados. Belo Horizonte: Associação Brasileira de Estudos Populacionais – ABEP, 2021. ISBN 978-65-991483-2-3 versões online. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/ebook/issue/viewIssue/47/9>. Acesso em: 02/05/2022.

PARANÁ. **Lei nº 18.465, de 24 de abril de 2015**. Criação do Conselho Estadual dos Direitos dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná. Paraná: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, [2015]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=139784&indice=1&totalRegistros=1&dt=5.5.2022.19.34.29.687>. Acesso em 05 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Acnur. **Plano estadual de políticas públicas para promoção e defesa dos direitos de refugiados, migrantes e apátridas do Paraná/2014 – 2016**. Paraná: 2014. Disponível em: <https://mid.curitiba.pr.gov.br/2015/00163862.pdf>. Acesso e novembro de 2021.

\_\_\_\_\_. Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Acnur. **Relatório de monitoramento das ações previstas no plano estadual 2014-2016**. Paraná: 2018. Disponível em: [https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/documento/2022-02/relatoriocerma\\_1.pdf](https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-02/relatoriocerma_1.pdf) Acesso em novembro de 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 19.131, de 25 de setembro de 2017**. Acresce, altera e revoga dispositivos da Lei nº 13.666, de 5 de julho de 2002, que instituiu o Quadro Próprio do Poder Executivo. Paraná: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, [2017]. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=182274&codItemAto=1133615#:~:text=Lei%2019131%20%2D%2025%20de%20Setembro%20de%202017&text=Enta%3A%20Acrece%2C%20altera%20e%20revoga,Quadro%20Pr%C3%B3prio%20do%20Poder%20E> xecutivo. Acesso em: 05 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. **Deliberação CEE/PR nº 09/2021**. Aprovada em 29/11/21. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Ensino do Paraná. Disponível em: <https://www.cee.pr.gov.br/Pagina/2021-Deliberacoes#:~:text=DELIBERA%C3%87%C3%83O%20CEE%2FPR%20N%C2%BA%2009, equival%C3%A1ncia%20de%20estudos%20feitos%20no>. Acesso em novembro de 2021.

PRADO, G. dos S.; SANTOS; R. J. **A imigração venezuelana para o Brasil**: um debate histórico, econômico e jurídico. XIX ECCI – Encontro científico cultural interinstitucional, Centro Universitário FAG, Cascavel, 2021. Disponível em: [https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/ecci\\_2021/11-10-2021--13-16-51.pdf](https://www2.fag.edu.br/coopex/inscricao/arquivos/ecci_2021/11-10-2021--13-16-51.pdf) Acesso em novembro de 2021.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2021.

SASSEN, S. Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

VALIM, A. **Migrações – da perda da terra à exclusão social**. 11. ed. São Paulo: Atual, 2009.

# [ CAPÍTULO 5 ]

## **POLÍTICA AMBIENTAL DIGITAL E NECESSIDADE DE RESPONSABILIDADE PLURAL ARENDTIANA PELO MUNDO COMUM**

Giovanna Back Franco<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente do Centro Universitário Assis Gurgacz – Cascavel, Coordenadora da Linha de Pesquisa Revolução Tecnológica, Administração Pública e Sustentabilidade. giovanna\_back@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Os problemas ambientais se expressaram mais intensamente no último século, momento de maior movimentação social, política e jurídica sobre o tema. A aceleração do processo de produção, dada pela industrialização, complementa-se com a ascensão da sociedade e da massificação do consumo. Esses elementos entram em embate com os discursos de sustentabilidade e de políticas públicas ambientais.

A tecnologia, enquanto instrumento de facilitação da vida humana, mas que não condiciona a sua essência, pode ser considerada como aporte para o exercício da democracia participativa e na efetivação do dever de proteção do meio ambiente pela coletividade. Assim, serão avaliados, pelo método dialético, os efeitos e as potencialidades da internet no combate à violação ambiental.

Vislumbra-se, portanto, amparado pelo aporte teórico da obra “A condição humana” de Hannah Arendt, compreender os elementos relacionados ao indivíduo, na construção do mundo artificial, a partir dos elementos naturais, e suas implicações na estrutura conhecida por “modernidade” ou “sociedade de risco”.

Buscar-se-á, também, avaliar os efeitos da alienação do ser humano do mundo comum, diante do consumo enquanto aspecto integrante da identificação dos indivíduos nas relações intersubjetivas, assentadas na busca do suprimento das necessidades individuais e da felicidade privada. Para tanto, será considerada a inversão dos elementos da vida activa e do entrelaçamento entre os domínios público e privado, com a ascensão de um novo espaço de interação: o virtual.

A partir das concepções de política de Hannah Arendt, serão averiguadas as políticas públicas ambientais institucionalizadas, sob a ótica da sustentabilidade, e as soluções políticas voltadas à felicidade pública e a liberdade, tendo como conteúdo imprescindível a responsabilidade pelo mundo em comum e a potencialidade da ação e do discurso, diante da característica da pluralidade.

### 1. A AÇÃO ANTRÓPICA, IMPACTO AO MEIO AMBIENTE E DIREITO AMBIENTAL

O ser humano detém a capacidade de produção e reprodução

dentro da estrutura biológica e natural, mas também na estruturação de um espaço artificial denominado “mundo”. O homem age no mundo para construção e conservação da mundanidade, desde os tempos primórdios.

Com a ascensão da estrutura social, pautada no capital e no mercado, contudo, o ser humano passou a fazer maior ingerência no elemento natural, de forma violenta, para extraír o substrato de sua produção, seja por intermédio do trabalho ou da obra, não havendo mais significativa distinção entre uso e consumo na era moderna (ARENDT, 2018a, p. 155), dando ensejo à chamada “sociedade de risco”.

A sociedade moderna, inaugurada pelas Grandes Navegações, impactou no senso comum da sociedade europeia e na expansão da exploração do ser humano sobre os recursos naturais, com a aceleração do processo de produção, que passou a ser instrumentalizado e sem valor intrínseco. Porém, a produtividade natural, inata ao domínio social, engendra riscos desconhecidos e incontroláveis (ARRUDA, et.al., 2020, p. 02-03).

Riscos estes relacionados ao colapso do sistema de produção e do próprio mundo. Verifica-se que o ritmo acelerado de produção não consegue ser suportado dentro das condições naturais, causando um déficit na capacidade de resiliência da Terra, demonstrando a insustentabilidade do processo produtivo moderno (MARCUSSI, 2018, p. 48). É o que se conhece por “pegada ecológica”, termo cunhado por Mathis Wackernagel e William Rees, na década de 1990.

O ser humano deu prioridade ao crescimento econômico e ao bem-estar populacional, com o uso desmedido dos avanços tecnológicos, sem considerar os efeitos ambientais. As mudanças climáticas e a perda da biodiversidade são reflexos, pois, da atuação antrópica desmedida, no período conhecido como Antropoceno, e foram sentidas com mais intensidade no século XX, dando origem a movimentos sociais e políticos nesse período os quais questionavam a respeito da assunção e da distribuição dos riscos.

O Estado de Direito de orientação liberal institucionaliza os direitos fundamentais, impondo limites à atuação estatal e do cidadão, vinculado a este Estado. Como reflexo das construções teóricas, a partir de meados do século XX, o Estado passou a albergar direitos considerados difusos e transindividuais, como o meio ambiente, dando uma perspectiva moral ao “superdiscurso social ambiental” (DAMACENA; CARVALHO, 2013, p. 477).

Para além das questões técnicas, portanto, a Constituição Federal, no art. 225, prevê pressupostos éticos de responsabilidade, visto que o meio ambiente é requisito jurídico de direitos e garantias fundamentais. Destaca-se o paradigma da sustentabilidade como vetor axiológico de transformação do direito e da política para o enfrentamento dos desastres ambientais. Nele estão calcadas, pois, as normas ambientais, legitimadoras de um Estado Democrático de Direito.

## **2. POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

Na busca da integração homem-natureza e na concretização dos direitos fundamentais, em especial o que se refere ao equilíbrio ecológico, vislumbra-se a proliferação de políticas públicas ambientais nas últimas décadas, levando em consideração o momento de surgimento dos instrumentos jurídicos ambientais.

No caso ambiental, o Estado tem obrigação constitucional de proteção e efetivação do equilíbrio ecológico, com lastro no caput do art. 225, por ser, conforme as teorias do Estado moderno, o guardião dos direitos fundamentais. Ao lado do Estado, encontra-se, também, a coletividade, enquanto responsável jurídica pela proteção do direito fundamental ao meio ambiente, para guarnecê-lo às presentes e futuras gerações.

Isso é proposto também nos aspectos de governança e sustentabilidade tratados em órbita internacional e pactuados por instrumentos, como a Agenda 2030, perante a Organização das Nações Unidas. Assim, os compromissos internacionais devem ser traduzidos em políticas públicas, destinadas à definição do planejamento e do procedimento que deve ser cumprido pelos agentes públicos e privados.

Há necessidade, pois, de articulação dos atores sociais, levando em consideração os interesses das minorias, diante de um ideal substantivo de democracia. Exige-se espaço adequado para o exercício do direito de participação da coletividade, com o desenvolvimento de práticas sociais horizontais e tomadas de decisão por consenso. Nesse sentido, vislumbra-se o espaço virtual como potencial para o exercício da cidadania, na medida em que garante maior acesso à informação e possibilita a efetividade dos instrumentos institucionais de participação popular (CORRALO, 2017).

O espaço virtual seria, pois, instrumento facilitador das

relações entre Estado e coletividade, na realização das políticas ambientais e no exercício da participação popular, em razão do vertiginoso crescimento da quantidade de usuários organizados no ciberativismo (PEREIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 146).

Exemplos de governança digital estão na comercialização de ativos ambientais digitais, como o pagamento de serviços ambientais via criptomoedas sociais. Isso ocorre na comercialização de créditos de carbono, ainda de incipiente regulamentação nacional (com PL 528/2021), ou na contraprestação pela gestão do lixo no Projeto Moeda Verde – Cidade Limpa, em Santa Cruz da Esperança - SP (Lei Municipal 434/2017).

Ainda, para aplicação do ideal de sustentabilidade, para redução de produção e consumo, com a desvinculação da propriedade, desenvolveram-se mecanismos denominados de “economia compartilhada”, em que são compartilhados recursos ou realizadas atividades colaborativas. São os casos das empresas

Uber e Airbnb, nos quais se possibilita capitalização de meios de transporte particular e imóveis, respectivamente, por meio de aplicativos digitais.

O lucro é a mola propulsora dos processos de produção, mesmo quando este está na iminência de colapsar a humanidade. As respostas pragmáticas à crise estão na intervenção governamental, na cooperação ou na busca da confiança no mercado, que camufla a real crise estrutural do sistema, a qual invade todos os domínios e as condições da vida humana (MÉSZAROS, p. 19). Impõem-se padrões de comportamentos sustentáveis sem frear em realidade as práticas consumistas, nem combater a sociedade consumista e atomizada.

Os supostos benefícios ao meio ambiente, diante da crença na economia verde, tornam-se elementos de marketing ao desconsiderarem os maiores causadores da poluição e os efeitos aos direitos dos que estão envolvidos, além de racionalizarem as patologias do sistema político e econômico, na aparência de opções conscientes de estilo de vida (JÚNIOR; ROCHA, 2019, p. 83-84), sendo que, na realidade fundamentam-se na moral suprema da sociedade de consumidores: o consumo.

Nessas situações apresentadas, objetiva-se o alcance da sustentabilidade, por intermédio da esfera virtual de relacionamentos, garantindo rentabilidade a partir da “tendência ecológica”. Logo, o exercício da função ambiental encontra-se sob

o poder jurídico, mas também mercadológico, sendo que pode desconsiderar os fatores de alienação e perda do mundo comum e alijar o indivíduo na (re)construção da realidade que o envolve.

Isso porque, embora Estado e coletividade sejam responsáveis solidários pela retificação da relação homem-natureza, os processos de tomada de decisão são massivamente realizados verticalmente, sendo que as prioridades e os conceitos são desenvolvidos de forma tecnocrática e com suposta neutralidade. Embora haja formas legais de participação direta, como a audiência pública, esta ocorre tardiamente, não passando, pois, de mera formalidade legal (SIQUEIRA, 2008, p. 426).

A governança global se fortalece nas estruturas de institucionalização, sem combater a comodificação das relações humanas e os processos de violação da natureza, ao mesmo tempo em que desresponsabilizam o Estado por meio de narrativas e dispositivos a respeito da sustentabilidade como única via (NASCIMENTO, 2021, p. 320-321).

Na sociedade consumeirista, em que as relações entre os indivíduos e destes com o meio que os cercam estão pautadas no querer alienado e na perda do mundo comum, os indivíduos isolam-se no paradigma da desconfiança e os empreendimentos coletivos tornam-se utopias (BAUMAN, 2022, p.67).

Ao haver o afastamento do amor ao mundo, enquanto local em comum, e a massificação do ser humano alienado (ARENKT, 2018a, p. 318), o problema ambiental é percebido como externo e, portanto, não há interesse na participação dos processos políticos. Aliás, pela ética individualista do homem moderno, a preocupação com o tema surge tão somente quanto impacta diretamente o indivíduo, seja por questões de saúde, seja por questões financeiras (SIQUEIRA, 2008, p. 429).

Há, pois, indiferença ética do ser humano atomizado com o que extrapola seu individualismo e os instrumentos públicos são impostos verticalmente via institucionalização da política instrumentalizada. A participação do indivíduo torna-se, pois, mera formalidade, sem efetividade política e sem responsabilidade.

### **3. ALIENAÇÃO DO HOMEM FRENTE À NATUREZA E A PERDA DO MUNDO COMUM**

A emergência das questões ambientais foi, portanto,

assumida pelo Direito, como instrumento coercitivo de uma conduta de responsabilidade do Estado e da sociedade, em vista do ideal de sustentabilidade. Tal concepção, inclusive, foi cooptada pela ótica capitalista, na criação de novos mercados: “mercados verdes”.

Segundo Hannah Arendt (2018a), o desenvolvimento da modernidade, a partir do modo de produção e consumo capitalista está intrinsecamente relacionado à perda da humanidade, na medida em que desvirtua as condições humanas da *vida activa* e aliena o ser humano da sua relação com o mundo, não só natural, mas também o fabricado por suas próprias mãos.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar as condições humanas propostas por Hannah Arendt, pertencentes à *vida activa* e os impactos da modernidade nas questões de mundanidade.

### 3.1 “A CONDIÇÃO HUMANA”: TRABALHO, OBRA E AÇÃO ARENDTIANOS

Na obra “A condição humana”, Hannah Arendt (2018a) estrutura as condições que constituem a vida activa e que estão relacionados à humanidade, na medida em que são atividades humanas fundamentais. Para a autora, três são as principais condições: trabalho, obra e ação. Não condicionam nem explicam o ser humano, mas auxiliam na compreensão das capacidades humanas.

O trabalho é a própria vida, visto estar atrelado às necessidades vitais e ao metabolismo biológico, encerrado no ciclo natural. É consumido e degradado para subsistência do *animal laborans*. Hannah Arendt o coloca como oposto à liberdade, pois condiciona o ser humano e o ausenta do mundo comum, por ser realizado no isolamento e na privatividade do domínio privado (HAYDEN, p.54).

A obra produz o mundo, com permanência e durabilidade, sendo intermediário entre a natureza e o ser humano, transformando aquela por meio da violência. Cria, portanto, as condições de existência que garantem a renovação do mundo em contraposição ao perpétuo perecimento do ciclo biológico (JÚNIOR, 2021).

Pelo artifício humano do *homo faber*, então, são criados os objetos destinados ao uso, através de reificação verdadeira, em tempo linear, que aniquila o processo vital. Nessa condição

humana, forma-se a solidez do mundo e evidencia-se a autoconfiança do homem que age em solidão, sem condicionamento da necessidade, nem da companhia dos seus semelhantes, por ser senhor de si mesmo (ARENDT, 2018a, p.178). O que lhe move são os meios e fins do processo de fabricação.

Contudo, o que distingue o ser humano, desvelando o “quem”, através de autoexposição pública, é a condição da ação, expressa mediante atos e palavras. Em consonância com o pensamento helênico do *bios politikós*, é a ação que possibilita a imortalidade, ao inserir algo original e inesperado no mundo, pelo que Arendt chama de “natalidade”. Ao mesmo tempo em que expõe a fragilidade dos negócios humanos, transcende às limitações do “eu” e dá sentido à vida (HAYDEN, p. 67).

A ação, que deve ser livre de motivos e de fins intencionados, viabiliza a verdadeira política e, consequentemente, a liberdade, pois esta é a razão de ser daquela e seu domínio de experiência é a ação (ARENDT, 2011). Esta não se confunde com livre arbítrio, estando relacionada ao direito político de participar dos assuntos públicos (ARENDT, 2022, p. 25), desde que em razão do mundo comum e realizada na pluralidade (em oposição à sociedade massificada), além de exigir espaço público comum.

Essas condições, entretanto, sofrem modificações e inversões com o desenvolvimento da chamada “sociedade moderna”, pela diluição das fronteiras entre o público e o privado, que tornou indistinto trabalho e fabricação, alienou o ser humano da sua realidade em prol do consumismo e levou ao ocaso da política ao lado do iminente colapso da natureza e do próprio mundo fabricado.

### 3.2 INVERSÃO DA VIDA ACTIVA E ALIENAÇÃO

A era moderna, marcada pela descoberta da América, pela Reforma protestante e pela invenção do telescópio, altera o modo de agir no mundo, com o esvaziamento da *vida activa*. Isso impacta no “apequenamento do globo” (ARENDT, 2018a, p.309), na alienação do ser humano, com a quebra da estabilidade do mundo. A vitória temporária do *homo faber*, que levou à violência do processo produtivo, deu espaço ao *animal laborans*, com a vida e a política submersas na realização do processo vital.

A modernidade, portanto, possibilitou profundas alterações

nas condições humanas propostas por Hannah Arendt. Alterações estas que foram viabilizadas pelo “embaçamento” das fronteiras entre o público e o privado, com a ascensão do domínio social, que repercutiram na manutenção do equilíbrio ecológico.

### **3.2.1 Domínios público, privado e social**

Até a era moderna, havia a nítida divisão entre os domínios público e privado, sendo que este (o público) era o espaço interposto entre os indivíduos, que ao mesmo tempo em que separa, relaciona, abrigando apenas o relevante, visto que exige permanência e transcendência. Em contrapartida, o domínio privado existia na privação de algo – essencialmente da liberdade.

Enquanto o domínio privado vinculava-se à manutenção e à sobrevivência (ARENDT, 2018a, p. 60-78), atrelado à vida íntima, na estrutura familiar, o domínio público era o plano de realização da política, local em que é possível ser visto e ouvido, para realização da liberdade. Com o advento da modernidade, a autora demonstra o entrelaçamento de ambos os domínios, com a ascensão do chamado domínio social. Na sociedade, as questões da vida privada tornam-se públicas, de modo que o “bem comum” é a vida, não do indivíduo, mas da espécie.

Esse fenômeno moderno híbrido, leva à administração doméstica coletiva, na medida em que a política se torna meio para proteção da sociedade e a violência, instrumento de monopólio do governo (ARENDT, 2018a).

Há expansão da vida privada no domínio público e a normalização dos comportamentos dos indivíduos, tendentes à massificação e ao consumo de símbolos para construção de sua identidade homogênea e comodificada (BAUMAN, 2022). Na era moderna, fundamentada na tradição liberal clássica, houve a exaltação do valor do trabalho e a ascensão da sociedade de produtores, em que a fertilidade da força de trabalho, dividido em prol da produtividade, produz excedente e possibilita a apropriação, com potencialidade de acumulação infinita.

O que eclode na era moderna, portanto, é a esfera social, nem privada, nem pública, mas um misto de assuntos domésticos tratados na esfera pública, de modo que pouco se diferencia social de político, pois este está a serviço da proteção do bem-estar dos indivíduos e do suprimento das suas necessidades homogeneizadas dos indivíduos normalizados (ARENDT, 2018a).

Não há libertação, mas sim a transformação de tudo em trabalho em prol da acumulação e da felicidade individual, através do consumo. As necessidades passam a ser o principal interesse, inclusive público, e a migração da sociedade de produtores para a de consumidores, na era líquido-moderna, em que a felicidade é a satisfação dos desejos ilimitados, com rápida substituição (BAUMAN, 2022, p. 44). Com a alteração da temporalidade, que impede lacunas de transição entre as esferas, e com a monetização inclusive das sensações, há o “desenrredamento” dos indivíduos, pois as relações não importam mais e mina-se a possibilidade de ação (JÚNIOR, 2021).

Inverte-se as condições da vida activa e a ação política, que tem fim em si mesma e dá sentido à vida, torna-se instrumento da sociedade de consumo (HAYDEN, p. 60). O pensar, enquanto prática realizada consigo mesmo, e o discursar, praticado na coletividade, passam a servos da fabricação, em forma de processos, pautados na utilidade e no esvaziamento de sentidos. O homo faber age de forma imprevisível, irreversível e com indiferença moral, colocando a tecnologia à frente da política (JÚNIOR, 2021, p. 85).

A substituição do pertencimento familiar para o social e a retroalimentação do processo independentemente de finalidade encerram a alienação dos indivíduos, na medida em que os distancia e reduz o envolvimento com o ambiente imediato.

### **3.2.1.1 Alienação e perda do mundo comum**

Conforme interpreta João Batista Farias Júnior (2021, p. 40-42), a perda do mundo comum e o desenraizamento do ser humano decorre das condições aventureiras pela modernidade, quais sejam: as revoluções científico-tecnológicas, na medida em que intensificam os processos de produção para consumo, independentemente de finalidade, o esfacelamento da política enquanto esfera de liberdade, pela produtividade do trabalho em todas as esferas do ser humano, e pelo niilismo, decorrente da completa negação de valores duráveis, como outrora.

O rompimento da teia de sentidos decorre do fato de que a “vitória do *animal laborans*” levou à transvaloração das atividades humanas inerentes à vida activa. Quando o trabalho assumiu preponderância em razão da reprodução indefinida do processo vital, houve redução dos sentidos e valores de todas as atividades em um denominador comum: produtividade

(HAYDEN, 2014, p. 176-177).

A propriedade, enquanto parte do mundo comum e condição política, é fator de mundanidade. Na era moderna, as expropriações destroem a propriedade no processo de apropriação, pois as coisas são intensamente devoradas no processo de produção e reprodução, em razão da produtividade (ARENKT, 2018a, p. 312). Isso leva à quebra da estabilidade do mundo e à proliferação da economia de desperdícios, acessível apenas a algumas camadas da população.

Em uma realidade em que a liberdade se confunde com a liberdade de escolha do consumo, aqueles que não conseguem exercitar a soberania de suas escolhas são apátridas desse mundo comum e, portanto, descartáveis (BAUMAN, 2022, p. 84-85).

Além disso, a alienação do mundo é reforçada com a sobreposição da abstração sobre os sentidos, com o uso da linguagem matemática no desenvolvimento das ciências modernas, que não está acessível a todos também. Apenas aqueles com apego à racionalidade (não os trabalhadores em seu movimento cíclico de manutenção do processo de produção) exercer plenamente a vontade de poder sobre as coisas, alterando a temporalidade da Terra, sem bússola ética para a orientação de sua práxis.

Afinal de contas, o desenvolvimento tecnológico está isento de valor e o cientista abdica de sua capacidade de pensar, pois o pensamento necessita de linguagem mundana (não matemática) para o diálogo e das experiências do mundo pela pluralidade das relações humanas (não uma explicação unilateral e definitiva sobre os fenômenos) (JÚNIOR, 2021).

A alienação, portanto, leva à perda do mundo comum, na medida em que os indivíduos remanescem preocupados de forma individualizada consigo mesmos. A crise da verdade e da durabilidade intensificou a relação do indivíduo com a realidade que o cerca, seja do mundo natural (Terra), seja o mundo artificial (mundo), pois ambos dirigem-se tão somente à tarefa de produção, em um simples cálculo matemático de consequências. Não há, pois, mundo comum mais (ARENKT, 2018, p. 351-357).

O que se tem são instrumentos para atuação violenta do homo faber na fabricação das coisas, não mais caracterizadas pela durabilidade, mas que integram o veloz processo de produção para consumo, sem finalidade e sem ética. Dentre estes estão os dispositivos de realidade virtual, na sociedade moderna tecnológica. Resultado disso é a iminência do colapso da Terra e

do mundo e a consequente destruição do ser humano, o que impõe a premente necessidade de buscar soluções às questões ambientais.

#### **4. POLÍTICAS AMBIENTAIS VIRTUAIS E RESPONSABILIDADE PELO MUNDO COMUM**

O sistema, em resposta aos defeitos que lhe são inerentes, traz alternativas às crises, criando novas formas de reprodução do processo. Nesse sentido, o mercado, que depende da produtividade e da fertilidade do trabalho humano, para apropriação e expropriação e que, para tanto, violenta diariamente o mundo comum, explorando todos os recursos e potencialidades, prevê alternativas que mitigam os impactos e postergam o colapso: “mercados verdes”.

O discurso neoliberal da sustentabilidade, esvaziado de significado e de ética, dispersa conceitos no âmbito social, sem considerar que as questões ambientais são primariamente políticas e que dependem de ampla discussão pública. São impostos, portanto, de forma verticalizada, padrões de comportamento sustentáveis ao lado da continuidade das práticas consumistas.

Inicialmente, as mobilizações sociais contraculturais eram esparsas, sem institucionalização, mas com uma preocupação de base civilizacional, imbricada à desigualdade social e à pobreza correlatas ao período em que foram gestadas e desenvolvidas. Esses movimentos tratavam como indissociáveis os elementos sociais e os processos ecológicos, na preservação do ser humano. Posteriormente, tais discursos foram internalizados no desenvolvimento institucional de políticas ambientais (RIBEIRO, 2012, p. 214).

No que concerne à proteção jurídica do meio ambiente, o dever de responsabilidade ética foi determinado no art. 225 da Constituição Federal, enquanto condição para proteção de valores como a vida e a dignidade, inter-relacionados. A responsabilidade não é um obstáculo do agir humano, mas um limite para proteção da atuação dos atores sociais sobre o meio ambiente.

Em consonância com a teoria do dever de proteção alemã, pautada na concepção de ética de responsabilidade de Hans Jonas, o ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da APPF n.101, assentou o entendimento de que o desenvolvimento sustentável concretiza-se no exercício do dever

de proteção que extrapola a concepção técnica para atingir os aspectos éticos do agir humano. A questão é pensar em questões éticas nos espaços virtuais e sobre questões ambientais.

#### 4.1 RESPONSABILIDADE COM O MUNDO COMUM E OS ESPAÇOS VIRTUAIS

As ações humanas, dado seu poder, impactam não só no mundo artificial, mas também os elementos naturais que cercam o indivíduo. O mundo e a Terra são duas faces do mesmo elemento, embora a concepção moderna perceba a última como matéria disponível para uso e consumo. Por meio dos elementos em comum, é possível a manutenção da vida em sua complexidade e, embora os demais seres não tenham condições de se responsabilizar por seus atos, padecem da (ir)responsabilidade do ser humano.

Para Arendt, a responsabilidade está atrelada à participação na comunidade. Não se confunde com culpa, na medida em que é coletiva e vinculada à vida pública, dependendo do diálogo com os demais além do diálogo consigo próprio, traduzido na capacidade de pensar. A responsabilização pressupõe a capacidade de ação e o poder político, além da ética para com o que é comum, tendo em vista que é produto do vínculo comunal. (JÚNIOR, 2021, p. 129).

A ação exigida na política, portanto, não visa à liberação das pessoas do comprometimento com o espaço público, porém, as democracias liberais e representativas do século XX reduziram a participação do indivíduo, visto que este ocupa-se com a reprodução do processo vital e com a felicidade privada promovida pela economia de desperdícios. A política instrumentalizada burocratiza os problemas sociais, reduzidos à representatividade dos partidos, e incentiva a apatia pela política. O espaço público é desfeito pela felicidade do consumo enquanto as soluções neoliberais para a crise ambiental voltam-se às questões econômicas (JÚNIOR, 2021, p. 149-154).

Não se trata, todavia, de apregoar uma culpa coletiva, pois nesta não há necessária responsabilização, mas antes questão ética umbilicalmente colacionada à política, através da liberdade, da pluralidade e da natalidade. Sua ética não é normativa ou prescritiva e sim a manifestação da capacidade de pensar, por meio da ação e do discurso, evitando-se a prática do mal banal (SCHIO, 2010, p. 166). A responsabilidade está, dessa forma, na

relação entre a ação e o bem comum.

A responsabilidade de permanência do mundo é, assim, ética e não moral, ou seja, não se restringe aos hábitos e costumes de uma sociedade. Ela se estende para o domínio público, que é o espaço de aparição dos seres humanos, entre seus pares, em igualdade e pluralidade. Na teia de relações humanas, os recém-chegados devem receber adequadamente o mundo e devem garantir sua continuação para as gerações vindouras, pois ele é o que conecta os indivíduos, por ser o “espaço entre”, onde se exerce a dignidade.

Essa responsabilidade ganha novos contornos com a ascensão de um novo espaço de relacionamento: o espaço virtual. As questões ambientais, de cunho eminentemente político, passam a contar com a internet, enquanto instrumento, para sua realização pelos atores sociais.

#### **4.1.1 Ascensão da esfera virtual**

O desenvolvimento tecnológico, assentado na concepção de progresso, dá azo à criação de novo espaço, produzido pela atuação humana, em que se pretende garantir a teia de relações humanas e o exercício da democracia, para além das fronteiras dos Estados Nacionais: a esfera virtual ou ciberespaço.

Na busca da aplicabilidade da política deliberativa e associativa, em convergência dos interesses individuais e coletivos, defende-se que o ciberespaço possibilita a consecução da democracia participativa, com tomadas de decisão por consenso em práticas horizontais sociais, além de aprimorar os ditames de governança, emergentes a partir das últimas décadas (CORRALO, 2017).

Contudo, sob a perspectiva arendtiana, é importante compreender a estrutura dessa esfera das atividades humanas e sua real correlação com a ação e o discurso, em prol da construção política, visto que, de modo contrário, seria mero instrumento manipulador de indivíduos atomizados e massificados. Hannah Arendt não tratou da esfera virtual em suas obras, tendo em vista que sua ascensão foi posterior ao falecimento da autora. Contudo, é possível, a partir de seus ensinamentos, buscar a compreensão desse fenômeno, avaliando suas potencialidades e seus efeitos na política, especialmente ambiental.

Há que se considerar que se encontram empecilhos à política deliberativa virtual, visto que a suposta democratização

tecnológica, com imbricações nas necessidades e ações nas esferas pública e privada, enquanto condição articuladora comunicativa, não alcança todos os indivíduos que partilham do mundo biológico comum, seja pela impossibilidade de acesso (questões socioeconômicas) ou pela impossibilidade de ser e aparecer nesse ambiente.

Outro ponto aventado pela concepção política arendtiana é que ao mesmo tempo em que esse ambiente interativo, criado pela desmaterialização do mundo natural e pela definição de dados binários, permite a geração de fatos concretos, possibilitando a aproximação com a Administração Pública, “não confere a práxis necessária para afirmar com veracidade e fundamentação que se tem conhecimento real sobre determinado local ou fato” (CANDIDO, 2021, p.175). Em estudos empíricos sobre a aplicabilidade digital da governança, os resultados negativos foram justamente quando houve maior demanda de interação com os cidadãos (GIOVANINI, 2020, p. 1231)

Dessa forma, quando reduzido ao contexto privado de exposição e difusão de imagem, reduz o espaço de ação e subordina a ação aos movimentos de massa, na medida em que reduz o ser humano a usuário, impõe a felicidade privada enquanto telos central e mina a pluralidade das relações homogeneizadas pela disseminação de desinformação (JÚNIOR; ROCHA, 2019, p. 74).

A participação política, portanto, pode ser confundida com interação social virtual, diante do afastamento da liberdade, enquanto razão de ser da política (ARENKT, 2018b, p. 25). Isso, porque, para Arendt há interdependência entre a política e a liberdade, na medida em que ambas relacionam-se à manutenção da durabilidade do mundo. Liberdade é participação, estando atrelada à felicidade pública (não privada) e a responsabilidade do agir no mundo (JÚNIOR, 2021, p. 172).

Durabilidade essa que não existe na transformação contínua de significados no ciberespaço e que impacta na formação do senso comum, determinado na verdadeira teia de relações formada pelas ações e pelo discurso dos indivíduos. Assim se constroem as opiniões, na articulação e na empatia imparcial, a partir do exercício da faculdade de julgar (exercitada na solidão interna do julgamento) e na obtenção de perspectivas plurais. O problema do espaço virtual surge com a manutenção dos significados primários, sem transcendência de sentidos, dentro de “bolhas” de relações homogêneas. O aparecer se sobrepõe ao

ser e evidencia-se na necessidade de exposição da autoimagem (CANDIDO, 2021, p. 177-183).

Com a ascensão do domínio virtual, há a verdadeira eliminação das fronteiras entre as atividades humanas, assentadas na moral consumista, em que os indivíduos tornam-se usuários, mesmo quando não consomem, ou, indo além, verdadeiras mercadorias, autônomas e livres de responsabilidade (BAUMAN, 2022, p. 81). Sob o legado do projeto iluminista de progresso como percurso natural, a esfera virtual entorpece os indivíduos e os integra totalmente, não restando espaço de trânsito entre as demais esferas. Há, portanto, alteração da temporalidade e da espacialidade, além de ter uma finalidade primordial: a felicidade privada e a afiliação social (JÚNIOR; ROCHA, 2019, p. 77-79).

Dessa forma, mesmo que houvesse o desejo do desvelamento do ser na esfera virtual, que implica transparência de pensamentos e juízos, existem constrangimentos sociais que minam a possibilidade de reconhecimento do indivíduo. Logo, a ausência do aparecimento autêntico no espaço virtual não implica necessariamente e ausência de pensamento e da capacidade de julgar, mas a compreensão da complexidade das reações às ações no ambiente digital (CANDIDO, 2021, p. 187-190).

O sujeito reifica-se a si próprio, em obediência aos ditames de consumo e aos interesses privados, impactando sobre as ideias e valores, além das relações pessoais, comodificadas. Afinal, se não demonstrar competência no investimento de si próprio para ser visto e reconhecido (pelo “que” e não pelo “quem”), ele é descartado (BAUMAN, 2022, p. 80-85).

No espaço virtual do aparecer (independentemente do ser), é dificultado o debate de opiniões políticas, pois não se tem certeza sobre a veracidade, e o discurso se esvazia em contraposição ao remodelamento dos fatos e das relações, em definição de absoluto – o que não é possível em âmbito de política, segundo Hannah Arendt.

Limita-se, nesse sentido, o espaço da pluralidade (por consequência, a dignidade no aparecimento) pelo esfacelamento do senso comum e do espaço entre, diante da homogeneização dos discursos absolutos e tecnocráticos, impostos como soluções únicas para as crises do próprio sistema.

“As redes sociais democratizam as questões políticas, mas não oportunizam a prática política por meio do discurso e da ação”, pois o que se tem são “(...)manifestações das atividades

espirituais por meio do discurso entre iguais” (JÚNIOR; ROCHA, 2019, p. 88). O espaço virtual segregá e não une, de modo que a pluralidade se perde na ausência da escuta do divergente.

Além disso, os riscos sobre a continuidade do mundo comum, derivados do avanço tecnológico, são tratados matematicamente e supostamente fáceis de administrar (JÚNIOR; ROCHA, 2019, p. 81), como ocorre nas questões de governança ambiental relacionadas aos ativos ambientais digitais. Aparentam como liberdade de escolha, porém permanecem como prevalência dos interesses individuais, sob o suposto atendimento ao dever ético de responsabilidade com o meio ambiente, a exemplo dos ganhos patrimoniais das empresas Uber e Airbnb.

No modelo político atual, não há avanço nas questões ambientais, pois não se percebe política como participação, mas sim papel do Estado para liberação dos indivíduos para que possam suprir suas necessidades consumistas, sendo que esta liberdade distancia-se visivelmente da política (JÚNIOR, 2021, p. 157-158).

Se a ação é a única característica, segundo Arendt, que conduz o indivíduo à assunção da responsabilidade pelo mundo, imprescindível a garantia do espaço para o novo, reconciliando os aspectos de igualdade e autoridade.

Contudo, o exercício da ação prescinde de pluralidade, a fim de que seja possível a expressão da distinção, por meio de palavras e feitos. Por intermédio desta, os indivíduos aparecem uns aos outros, desvelando seu “quem” e são inseridos no mundo em comum.

A ação, portanto, está no início do próprio ser humano, enquanto princípio de liberdade de nascimento não biológico, mas político, isto é, para o mundo entre os indivíduos. Ela decorre da condição inerente ao ser humano: a natalidade, que significa o novo, o milagre, exercido nos assuntos de domínio público, formando a teia de relacionamentos e a história da humanidade (ARENDT, 2018a, p. 218).

Exige-se na política, portanto, a ação envolvida com a responsabilidade com o espaço público, promovida na participação pública em vista do exercício do novo. No caso ambiental, deve-se conjugar a liberdade de ação com responsabilidade para a continuidade do mundo no futuro, em ambiente necessariamente plural, com a efetiva possibilidade de diálogo. O espaço virtual, enquanto instrumento, tem essa potencialidade, desde que manejado criticamente pelos usuários,

sem que estes percam sua individualidade.

## **CONCLUSÕES**

Considerando a obra arendtiana, em especial “A condição humana”, objetivou-se compreender os elementos inerentes à condição do ser humano, que suscitam a vida humana, podendo ser modificados, mas que não mudam nem determinam a natureza humana, isto é, sua essência.

Nessa análise, constatou-se que a modernidade modificou as condições “trabalho, obra e ação”, na medida em que inverteu a ordem os elementos da chamada “vida activa”. Assim, os modos de agir no mundo impactaram, nos últimos séculos, na durabilidade dos elementos naturais e artificiais que envolvem a vida humana e natural, de modo a afetar a capacidade de resiliência da Terra e evidenciar a insustentabilidade do processo produtivo da sociedade consumista.

A ascensão da esfera social, enquanto o entrelaçamento dos domínios público e privado, atrelada aos elementos tecnológicos, submergiu a vida e a política no processo vital de, calcado na produtividade do trabalho, em prol da acumulação e da felicidade pessoal dos desejos ilimitados e descartáveis. A economia do desperdício “desenrreda” os indivíduos e os aliena em sua individualidade, de modo a eclodir o mundo comum, ou seja, o espaço de entre os indivíduos, que ao mesmo tempo em que os separa, os conecta.

Diante desse diagnóstico da sociedade moderna e dos seus impactos ao meio ambiente, objetivou-se perscrutar os métodos jurídicos e políticos para a intervenção, em especial as políticas ambientais institucionalizadas. Estas, definidas a partir da obrigatoriedade constitucional do Estado, não combatem a comodificação das relações humanas nem os processos de violação da natureza, visto serem impostas de forma tecnocrática e com suposta neutralidade. Tornam-se formalidades que desresponsabilizam o Estado, a partir do discurso de sustentabilidade, esvaziado de ética.

Enfatizou-se a proliferação de práticas ambientais digitais, realizadas pela iniciativa pública ou privada, em que se almeja a aplicação da sustentabilidade enquanto limitador das práticas produtivas e de consumo, a exemplo dos ativos digitais ambientais, comercializados via criptomoedas, ou dos instrumentos de economia compartilhada, como Uber ou Airbnb.

Outros instrumentos institucionalizados ou não ganham espaço nas discussões via plataformas digitais e se potencializam como espaço de participação política.

No entanto, constataram-se críticas à essa realização do espaço virtual como espaço público, em razão da avatarização do indivíduo, a finalidade sobre a felicidade pessoal de afiliação social e as limitações quanto à pluralidade em espaços homogeneizados e discursos superficiais, que desconsideram a alteridade.

A esperança arendtiana, nesse sentido, estaria voltada ao agir livre e responsável dos indivíduos nas decisões públicas e políticas sobre o meio ambiente. Imprescindível se faz, portanto, o desenvolvimento do aspecto ético, manifesto na capacidade de diálogo consigo, o pensar, e com os seus “iguais”, na manifestação de feitos e discursos. A responsabilidade está, pois, na relação entre o agir livre e a consumação do bem comum, a partir do querer a durabilidade e a persistência do espaço entre os indivíduos. Espaço este que os aproxima em sua mundanidade e os desvela em suas individualidades, caracterizadas pela distinção e não pela massificação.

Não existe verdade pronta, pois o espaço público está em eterna construção, por meio da argumentação enquanto processo contínuo, desde que em condições de igualdade, pluralidade e responsabilidade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*.13.ed. ver. Rio de Janeiro: Forense universitária,2018a.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade para ser livre*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2018b.
- \_\_\_\_\_. *Que é liberdade?* In: Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 192-225.
- ARRUDA, Danilo Barbosa de.; CUNHA, Belinda Pereira da; MILIOLI, Geraldo. *Crise ambiental e sociedade de risco: o paradigma das alterações climáticas diante do direito ambiental e da sustentabilidade*. Pesquisa e Ensino em Ciências Exatas e da Natureza, v. 4, p.1-18, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.
- CANDIDO, Cristiane Roberta Xavier. *A formação dos juízos éticos nos ciberespaços das relações humanas sob o viés da compreensão política de Hannah Arendt*. Dissertação (Mestrado em Filosofia – Universidade Estadual do Oeste do Paraná). Toledo, 2021.
- CORRALO, Giovanni; HAMEL, Marcio Renan. *Democracia e governança digital: um novopotencial para a cidadania*. In: BUDÓ, Marília Nardin; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. *Direito, democracia e sustentabilidade: temas fundamentais*. Erechim: Editora Deviant, 2017.

GIOVANINI, Adilson. Economia compartilhada e governança pública. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 2020.

HAYDEN, Patrick (Org.). *Hannah Arendt: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2014.

JÚNIOR, João Batista Farias. *A responsabilidade política pelo mundo comum: diálogos com Hans Jonas e Hannah Arendt*. Curitiba: CRV, 2021.

JÚNIOR, João Batista Farias; ROCHA, Alexandrina Paiva da. Espaços políticos virtualizados: uma crítica a partir de Hannah Arendt. *Revista de Filosofia Kalagatos*, v. 16, n.2, 2019, p. 72-91.

MARCUSSI, Juliana Coelho. *Transdisciplinaridade, biocentrismo e seus efeitos na sociedade de risco*. Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, v. 1, n.2, p.45-58,jul./dez., 2018.

MÉSZAROS, István. *A crise em desdobramento e a relevância de Marx*. In: A crise estrutural do capital. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 17-30.

NASCIMENTO, Alexandre Sabino do. *A urbanização planetária neoliberal e o discurso da resiliência e da urbanização sustentável: uma reflexão crítica em torno da “nova agenda urbana global”*. Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía, vol. 30, n. 2, jul./dez. 2021, p.318-335.

PEREIRA, Marília do Nascimento; NASCIMENTO, Valéria Ribas. O direito à inclusão digital: o papel da cidadania online em matéria ambiental para a construção de uma democracia direta. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 2, p. 130-154.

RIBEIRO, Fernando Pinto. *O paradigma ambiental na globalização neoliberal: da condição crítico ao protagonismo do mercado*. Sociedade e Natureza. Uberlândia, ano 24, n. 2, p. 211-226, mai./ago., 2012.

SCHIO, Sônia Maria. A ética da responsabilidade em Arendt e Jonas. *Dissertatio UFPel*, v.32, p. 157-174, 2010.

SIQUEIRA, Leandro de Castro. *Política ambiental para quem? Ambiente e sociedade*. Campinas, v. XI, n.2, p.425-437, jul./dez., 2008.

# [ CAPÍTULO 6 ]

## **O ABANDONO DE PLENÁRIO NO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL E COOPERATIVO**

Guilherme Carneiro Rezende<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Professor. Doutorando e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Promotor de Justiça.

## INTRODUÇÃO

O abandono do plenário no tribunal do júri é conduta que tem se tornado assaz frequente na prática forense, o que se conclui a partir da constante divulgação de *clipping* de notícias e informativos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Imperioso que se faça uma análise da legitimidade dessa conduta e de suas implicações à luz do processo penal convencional e cooperativo. A leitura dos institutos e categorias de direito domésticos há de ser feita a partir das fontes de direito internacional de direitos humanos, no que se convencionou chamar de controle de convencionalidade, e, igualmente, da Constituição Federal, o que propicia a identificação de um denominador capaz de densificar o conceito processo penal devido ou eficiente.

Essa análise há de ser feita também sob uma perspectiva do processo cooperativo e da boa-fé objetiva, princípios que orientam e conformam o processo penal brasileiro, por força de um diálogo entre o processo penal e o processo civil.

O trabalho busca, assim, analisar o abandono do plenário pelas partes (Ministério Público e advogado) nessa perspectiva convencional e cooperativa do processo penal, indicando as implicações advindas da conduta, partindo de uma revisão bibliográfica e do estudo de alguns julgados da Corte IDH, sobretudo o Caso Márcia Barbosa vs Brasil, e da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros.

Num primeiro momento, apresentamos a justificativa para a escolha do Caso Marcia Barbosa como paradigma ao referencial do processo penal devido e efetivo, já que nele a Corte IDH reafirma importantes diretrizes sobre as obrigações processuais positivas, em situação cujo julgamento desafiou a adoção do procedimento do júri, revestido de várias formalidades. A partir da identificação das diretrizes, buscamos estabelecer as bases de um processo penal convencional, é dizer, alinhado com a proposta da Corte IDH, bem assim cooperativo, no qual as partes zelam pela solução integral do mérito em prazo razoável, e o processo é transformado numa comunidade de trabalho.

No tópico sequencial fizemos um breve escorço sobre a morfologia procedural do tribunal do júri, a liturgia que lhe é própria, indicando as consequências advindas do abandono do plenário, que enseja o adiamento da sessão de julgamento e é

tratada pelo STJ como ato de afronta à justiça, cotejando-o com as diretrizes apontadas pela Corte IDH.

## **2 AS RAZÕES DA ESCOLHA DO CASO MARCIA BARBOSA VS. BRASIL COMO PARADIGMA AO PROCESSO PENAL DEVIDO E EFETIVO**

O Caso Marcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil é um dos onze casos em que o Brasil foi condenado pela Corte IDH pelo descumprimento, dentre outros, do dever de investigar, processar e (eventualmente) punir os responsáveis por violações de direitos humanos, dever este que traduz as obrigações processuais positivas, uma das projeções dos direitos humanos, ao lado das obrigações negativas e positivas.

A Corte IDH reconheceu que o Estado brasileiro foi responsável, dentre outros, pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial (contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno (estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção), e em relação às obrigações previstas no artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em prejuízo dos familiares.

Narra a sentença, em síntese, que Márcia, uma estudante afrodescendente de vinte anos de idade, foi encontrada morta no dia 18 de junho de 1998, e que as investigações apontaram que o responsável pelo homicídio seria Aércio Pereira de Lima, um parlamentar do Estado da Paraíba. Àquela época, exigia-se autorização da Casa Legislativa (à qual vinculada o deputado) para que a persecução penal pudesse ser deflagrada. Esta autorização, no entanto, foi negada pela Câmara dos Deputados, até que, em 2001, a legislação foi alterada e a exigência foi dispensada.

O processo então, seguiu o seu curso, até que, após uma série de recursos (a Corte noticia a interposição de recursos variados contra a decisão de pronúncia) chegou a julgamento, concluindo o Tribunal, em 26 de setembro de 2007, pela condenação do réu a uma pena de 16 anos de prisão pela prática dos crimes de homicídio e ocultação do cadáver. O acusado interpôs recurso e faleceu em 12 de fevereiro de 2008, antes do trânsito em julgado da decisão, sendo decretada extinta a sua punibilidade.

Os direitos humanos não podem ser concebidos exclusivamente sob a perspectiva das obrigações negativas e positivas, que correspondem, respectivamente, aos direitos de primeira e de segunda dimensão. Os primeiros (de primeira dimensão) resultam na obrigação do Estado de respeitar as liberdades individuais, impondo-se abstenções; e os segundos (de segunda dimensão), na obrigação de implementar direitos, impondo um fazer. Ao lado destes, tem-se ainda as obrigações processuais, que resultam no dever estatal de investigar, processar e punir violações de direitos humanos (resultante da leitura conjugada dos artigos 1.1, 8 e 25, da CADH).

Marcia Barbosa e seus familiares, assim como a sociedade brasileira, foram vítimas de uma omissão Estatal em seu dever de implementação destas obrigações, assim como o foram Maria da Penha Fernandes, Ximenes Lopes, Sétimo Garibaldi, Vladmir Herzog e tantos outros que não ganharam (tamanha) notoriedade.

Na específica situação envolvendo a violência de gênero, a CIDH, em relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, publicado em setembro de 1997 – quando da ocorrência dos fatos criminosos –, já alertava sobre a necessidade de que o sistema judicial fosse responsável, pois a sua ineficácia “demonstrava uma discriminação contra as mulheres vítimas de violência,” conforme noticia o parágrafo 55 da sentença.

O caso Marcia Barbosa foi escolhido como paradigma para fins estudo, primeiro porque ilustra e reforça a necessidade de observância das obrigações processuais positivas no plano do direito interno; segundo, porque versa sobre o processo e julgamento de um crime de homicídio, cuja morfologia procedural apresenta-se numa liturgia complexa; e terceiro porque ele traz em seu bojo uma referência ao machismo estrutural (e a consequente necessidade de se capacitar os operadores do sistema de justiça), tema que foi reflexamente mencionado na discussão proposta na ADPF 779 (legitimidade de utilização da tese da “legítima defesa da honra”), estabelecendo limitações à plenitude de defesa, representativa de uma colisão de direitos.

### 3 O PROCESSO PENAL CONVENCIONAL

O processo é uma marcha para frente. Tem por objetivo o acertamento dos fatos e a responsabilização do infrator, sem descurar, por outro lado, de propiciar garantias indispensáveis ao acusado, como o contraditório e a ampla defesa, que permitem às partes a participação na formação do convencimento do julgador.

Colocado de outra forma, o processo funciona como instrumento para a aplicação do direito material ao caso concreto, garantindo que o denunciado, presumidamente inocente, possa exercer os seus direitos e faculdades. Tem, outrossim, um viés de garantia. Como a Constituição condiciona a privação da liberdade e o perdimento de bens ao devido processo legal (artigo 5º, LIV), e o Código Penal tipifica a conduta de fazer justiça com as próprias mãos, tem-se o processo como ferramenta indispensável à concretização da justiça penal.

Não se pode olvidar que, justamente por conta dessa proibição da vingança privada é o que o Estado reservou a si o monopólio da jurisdição, assumindo, mais do que o poder, o dever (ou poder-dever) de acertamento dos fatos, seja para a pacificação das relações sociais, seja para distribuição da justiça, dando a cada um o que é seu. E obviamente essa distribuição não se dá ao livre alvedrio do Judiciário, senão nos moldes da legislação posta, respeitando-se direitos e garantias.

Essa concepção do processo (ou do julgamento, ou do processo e julgamento, como um conceito linear de *dizer o direito no caso concreto*) como um poder-dever também é visto na estruturação e sistematização de toda a persecução penal. O legislador projetou a ação penal pública incondicionada como sendo a regra, conforme artigo 100, do CP. Assim, a deflagração das investigações e o exercício da ação pelo Ministério Público, instituição constitucionalmente vocacionada a esse mister, é obrigatória (é um dever funcional do membro do Ministério Público), não havendo espaço de conformação. O *Parquet* não escolhe *se* e *quem* processar, devendo, diante de indicativos de autoria e materialidade, ofertar denúncia e levar o feito aos seus ulteriores termos, sendo a ação penal indisponível, conforme artigo 42, do CPP. Mais recentemente foram criados espaços de consenso no processo penal, que mitigam essa obrigatoriedade, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal. Aliás, sobre o dever de investigar, a Corte IDH sublinhou que ele não pode ser tratado como uma “[...] [mera]

gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.” (Caso Marcia, p. 128).

Ao tratar do direito de ação, compreendendo-o como categoria que abrange o processo em sua integralidade (direito de provocar o Judiciário, de desenvolvimento do processo, e finalmente de obtenção do provimento de mérito), Badaró leciona que

[O direito de ação] não corresponde somente ao ato inicial de demandar (ingresso em juízo), compreendendo também o exercício de direitos, poderes e faculdades ao longo de todo o desenvolvimento do processo (direito de ação analítico), para se obter um provimento de mérito (direito de ação liebmaniano), conferindo uma adequada tutela jurisdicional. (BADARÓ, 2022, p. 201)

O autor recorda que esse direito de ação “[...] não assegura apenas o mero direito de ingresso em juízo. Na verdade, assegura o direito à efetiva e adequada tutela jurisdicional” (BADARÓ, 2022, p. 201).

Como se nota, o processo subordina-se a uma série de regras e princípios. O Código de Processo Penal contém uma disciplina amiúde da persecução penal, que, no entanto, passa por uma filtragem constitucional e convencional.

Outrossim, pode-se dizer que o processo há de ser “devido” (devido processo legal) por expressa previsão constitucional, desenvolvendo-se sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e ainda, em prazo razoável.

Vale acrescer que a própria Constituição Federal propôs uma abertura do ordenamento, asseverando que “os direitos e garantias expressos n[est]a Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte,” e, ainda, declarou que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Este diálogo propicia, de um lado, uma proteção multinível dos direitos humanos, e de outro, estabelece a necessidade de que a ordem jurídica interna se curve às fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluindo a jurisprudência das Cortes Internacionais.

A observância dessa conformação da ordem normativa e das práticas internas à agenda do Direito Internacional dos Direitos

Humanos vem sendo reclamada e estimulada em relação a todos os atores do sistema de justiça brasileiro, não escapando ao Ministério Público, conforme Recomendação 96/2023, do CNMP:

Considerando-se que normas internacionais de direitos humanos são postas para cumprimento no âmbito interno dos Estados e que a jurisprudência da Corte IDH constitui-se para se fazer cumprir pelos meios proporcionados pelo aparato legislativo e jurisdicional doméstico;

Considerando que a Corte IDH enfatiza, em sua jurisprudência, o dever primário dos Estados e de seus agentes públicos de realizar, de ofício, o controle de convencionalidade das normas e práticas internas, para se obter maior proteção ao ser humano; (CNMP, 2023)

Assim, a satisfação da pretensão punitiva há de ser feita respeitando-se as balizas convencionais, constitucionais e legais. O processo destinado a essa satisfação é iluminado por uma constelação de regras e princípios, que ditam e orientam a morfologia procedural, respeitando-se a liturgia dos atos processuais e o formalismo típico do sistema de justiça.

Isso aponta para a necessidade de que se adotem os estândares propostos pela Corte IDH para estabelecer o que é o processo dito convencional. Pelas razões já expostas, adotaremos por referência principal, doravante, o Caso Marcia Barbosa, sem prejuízo de algumas menções pontuais a outros julgados da Corte IDH.

Uma questão preliminar que merece destaque é a preocupação da Corte sobre a necessidade de que o sistema de justiça seja responsável, sob pena de implementar, em virtude da omissão, uma discriminação, no caso em estudo, contra mulheres vítimas de violência (parágrafo 55). O raciocínio parece perfeitamente aplicável a qualquer titular de direito que tenha sido violado e que obviamente não pode ser deixado às margens da distribuição da justiça.

Eis a justa preocupação do Tribunal da Cidadania, quando trata a ineficiência do Judiciário na solução de conflitos, no particular tendo como (con)causa, a conduta obstrutiva das partes:

Enquanto reinar a crença de que esses Tribunais podem ser acionados para funcionarem como obstáculos dos quais as partes lançam mão para prejudicar o andamento dos feitos, será constante, no dia a dia, o desrespeito à Constituição. Como se não bastasse, as consequências

não param aí: aos olhos do povo, essa desobediência é fomentada pelo Judiciário, e não combatida por ele; aos olhos do cidadão, os juízes passam a ser inimigos, e não engrenagens de uma máquina construída unicamente para servi-lo.

Também, a Corte IDH sublinhou que a imunidade parlamentar de que gozava o investigado, obstou a persecução penal, propiciando a impunidade do crime, o que tornou “[...] ilusório o efetivo acesso à justiça de seus familiares” (parágrafo 122).

Noutro julgado, Caso Gomes Lund, também envolvendo o Brasil, a Corte reconheceu a incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira – que impedia a investigação e punição de graves violações de direitos humanos – com a CADH, indicando que disposições de ordem interna, que impedem o *investigar, processar e eventualmente punir*, geram impunidade, e acabam por privar a vítima da devida proteção judicial (artigo 1.1, da CADH). Há, outrossim, uma negativa de direito, porém, a despeito da decisão proferida, o STF reconheceu, no plano interno, a constitucionalidade da aludida norma.

Uma vez mais, preocupado com a impunidade e com os efeitos dela decorrentes, o Tribunal sublinhou que ela

[...] facilita e promove a repetição de fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça.” (parágrafo 125)

A impunidade – ineficácia dos mecanismos internos de investigar, processar e eventualmente punir – transmite a errônea ideia de que os atos de violência são tolerados e aceitos, vulnerando a “garantia de não repetição”, que é um dos direitos humanos da vítima (que propicia, em última instância, a repetição crônica de violações, conforme §171).

No Caso Márcia Barbosa, considerando as suas condições pessoais e as do agressor, a mensagem da impunidade é ainda mais alarmante. A vítima, uma mulher afrodescendente, representativa de um universo de pessoas invisíveis (as minorias), num quadro de vulnerabilidades sobrepostas, enfrentando o

machismo e o racismo estrutural. O ponto volta a ser referenciado na sentença, no parágrafo 129:

129. De tal modo, diante de um ato de violência contra uma mulher, resulta particularmente importante que as autoridades responsáveis pela investigação a conduzam com determinação e eficiência, levando em consideração o dever da sociedade de rejeitar a violência contra as mulheres e as obrigações do Estado de erradicá-la e de oferecer confiança às vítimas nas instituições estatais para sua proteção.

O investigado, por seu turno, era um parlamentar estadual, que em seu mister encarregava-se de representar os desejos e interesses do povo paraibano.

No parágrafo 127, a Corte delimita o conceito de “devida diligência”, que adjetiva o processo como devido, justo ou eficaz, informando que:

A Corte entende que a devida diligência estará demonstrada no processo penal se o Estado conseguir provar que empreendeu todos os esforços, em um tempo razoável, para permitir a determinação da verdade, a identificação e sanção de todos os responsáveis, sejam estes particulares ou funcionários do Estado.

Tem-se entendido que a obrigação de investigar é de meio, e não de resultado, o que, no entanto, não dispensa que seja realizada de forma séria, objetiva efetiva, orientada ao esclarecimento da verdade, conforme se extrai do parágrafo 128.

No parágrafo 134, o Tribunal volta a reafirmar o direito da vítima sobre o acertamento dos fatos (direito de conhecer a verdade) e punição dos responsáveis, destacando que a providência há de ser adotada em prazo razoável, de sorte que a demora pode constituir violação às garantias judiciais. Reconheceu-se que

A ausência de uma investigação completa e efetiva sobre os fatos constitui uma fonte de sofrimento e angústia adicional para as vítimas, quem têm o direito a conhecer a verdade sobre o ocorrido. (§171)

### 3.1 AINDA: POR UM PROCESSO PENAL COOPERATIVO

Além de observar as (já) mencionadas balizas convencionais e constitucionais, o próprio Código de Processo Penal estabelece um

(necessário) diálogo com o Código de Processo Civil. Este, promulgado em período recente, sob os ares democráticos da Constituição Cidadã, após grande amadurecimento das instituições e densificação dos princípios esculpidos em seu bojo. Aquele, editado durante o Estado Novo, de caráter marcadamente autoritário, quando o Brasil vivia um período de restrições às liberdades individuais. É certo que, de lá para cá, vários foram os recortes feitos, permitindo a oxigenação da lei adjetiva penal, o que, no entanto, não faz dispensar o influxo das diretrizes propostas pelo CPC.

Ainda em 2013, Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., 2013) apontava a existência de três modelos de direito processual, a saber: o inquisitivo, o dispositivo e o cooperativo. O primeiro, de acordo com o autor, assumiria uma forma de competição ou de disputa entre adversários, ao passo que o segundo organizar-se-ia como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o protagonista do processo. Sobre o tema, Grinover esclarece que:

Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. (GRINOVER, p. 70)

A diferença substancial entre um modelo e outro, de acordo com a proposta apresentada, é exatamente a função do Poder Judiciário, a proatividade do magistrado.

Fredie Didier Jr. prossegue, rememorando que o devido processo legal, a boa-fé processual e o contraditório servem de base ao surgimento do princípio da cooperação, o qual define como o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro. O julgador deixa de ser um expectador da “batalha”, assumindo uma dupla posição: ora em pé de igualdade com as partes, na condução do processo, possibilitando o diálogo processual; ora de modo assimétrico, para decidir. A condução do processo passa a ser cooperativa, sem destaque a nenhum dos envolvidos. No escólio do autor, “o princípio da cooperação, [que] se destina a transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’ (...), e [há] as regras de cooperação, [que] concretizam esse princípio” (DIDIER JR., 2013, p. 98).

Essas regras de cooperação vêm atualmente dispostas no Código de Processo Civil, conforme se pode extrair, por exemplo,

dos artigos 6º e 10, do CPC, que tratam do dever cooperação, para que que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva; e da necessidade de que o juiz ouça as partes antes de prolatar uma decisão (princípio da não surpresa).

Cumpre destacar que os Tribunais superiores têm aplicado sem maiores dificuldades o cabedal de princípios do Código de Processo Civil aos processos criminais, conforme se extrai do aresto abaixo, de lavra do STF, no qual se consignou a violação ao princípio da não surpresa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORDEM CONCEDIDA PARA AFASTAR RECÁLCULO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA REALIZADO PELO TRIBUNAL LOCAL EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DOSIMETRIA DA PENA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ao analisar matéria não suscitada no recurso defensivo, sobre a qual já havia operado a coisa julgada, a Corte incorre em clara violação ao princípio do tantum devolutum, quantum appellatum, segundo o qual o poder de reexame do órgão ad quem fica adstrito à parte da sentença impugnada.

2. Em observância ao princípio non reformatio in pejus, não cabe ao Tribunal local agravar a situação do acusado – seja do ponto de vista qualitativo ou quantitativo – em julgamento de recurso exclusivo da defesa.

3. **Além de extrapolar os limites de cognição, a Corte de origem também afronta o princípio da não surpresa.** No caso, a defesa viu-se surpreendida em relação a uma qualificação jurídica de fato considerada somente em Segundo Grau de Jurisdição e sobre a qual ela não teve oportunidade de exercer o contraditório prévio e a defesa plena.

4. Agravo regimental desprovido.

(HC 178870 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021) (grifado)

Não se pode perder de vista, ainda, como reforço à necessidade de cooperação entre os atores do processo, a boa-fé objetiva, positivada no artigo 5º, do CPC, e que, na perspectiva do festejado processualista, é conteúdo da cooperação. RIBEIRO (RIBEIRO, 2004) a classifica como sobreprincípio, afirmando que

“[...] se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça, que é a base do Direito”.

Fredie Didier Jr., ao abordar a boa-fé processual e o seu fundamento constitucional, a relaciona com o processo devido, argumentando que “não se poderia considerar justo um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos”, asseverando que:

É mais simples, portanto, a argumentação da existência de um dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser devido (giusto, como dizem os italianos, equitativo, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal. (DIDIER JR., 2018, p. 184)

Ela impõe limites ao exercício de direitos, impedindo o exercício irregular ou abusivo de posições, servindo como um dos parâmetros do controle de abusividade.

A boa-fé e, do mesmo modo a cooperação, são desejáveis no processo, afinal de contas, na feliz constatação do Min. Salvio de Figueiredo Teixeira: "O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania." (REsp 65906/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)

Grinover fala da concepção publicista do processo (penal), rememorando que ele cumpre uma função social, destacando que:

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. (GRINOVER, p. 73)

Não se pode olvidar, na esteira do que diz Oliveira ao tratar do erro judiciário (negativo e positivo), que

O denominado erro judiciário negativo, que enseja a não responsabilização de agentes criminosos culpados, possui consequências drásticas e literalmente dramáticas para as vítimas de ações criminosas, tendo em vista que a decisão

judicial que endossa ou que autoriza a conduta do suspeito ou do acusado mediante o perfilhamento de razões injustas, culmina por significar a reprovação da vítima quanto à sua conduta no conflito penal, ou, ainda, de sua iniciativa em reportar o evento ilícito aos agentes estatais encarregados por lei da persecução penal. (OLIVEIRA, 2022, p. 392)

Diante deste quadro, parece acertado concluir que o processo penal devido, justo ou eficiente, além de respeitar todas as regras constitucionais, convencionais e legais, deve ainda ser cooperativo, guiado pela boa-fé. Não se está aqui a sustentar, que o acusado abra mão do direito à defesa, ou do direito à não autoincriminação. A cooperação pressupõe que todos estes direitos sejam devidamente respeitados, mas que as partes contribuam a que o processo chegue ao fim, com um provimento de mérito capaz de se aproximar ao máximo do acertamento dos fatos e da responsabilização dos infratores.

#### **4 O PROCEDIMENTO PARA JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E O “ABANDONO DO PLENÁRIO”**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII, estabelece, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a instituição do júri, entregando ao legislador a tarefa de organizá-la, respeitando, porém, a conformação constitucional mínima: plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Código de Processo Penal regulamenta o júri a partir do artigo 406, estabelecendo um procedimento escalonado, ou bifásico. São duas fases que constituem etapa de admissibilidade e o julgamento propriamente dito.

A primeira fase compreende um juízo de prelibação, pelo qual o Judiciário escrutina a viabilidade de que a acusação seja remetida a julgamento. O cuidado se justifica porque a decisão é tomada pelos jurados, pessoas do povo, cuja única exigência prevista em lei, é que sejam cidadãos com mais de 18 anos de idade e notória idoneidade, conforme artigo 436. Não havendo a necessidade de que sejam versados em direito – e, portanto, detenham conhecimento técnico para julgar – a filtragem é necessária. Não obstante inexiste controle de racionalidade sobre as decisões proferidas. Segue-se o sistema da íntima convicção: o

jurado vota conforme sua consciência e os ditames da justiça (artigo 472), sem qualquer necessidade de fundamentação.

A segunda etapa envolve toda a preparação para julgamento e se encerra com a votação dos quesitos e prolação de sentença, que é feita pelo magistrado, após deliberação tomada pelo Conselho de Sentença, em votação secreta. Há sorteio e convocação de jurados, conferência das cédulas, abertura dos trabalhos, composição do Conselho de Sentença, tomada de compromisso dos jurados, por meio de declaração solene, debates, votação e prolação da sentença.

Importa registrar que o legislador impõe limites à postura das partes em debates, proibindo, por exemplo, que se faça referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado, conforme artigo 478. São detalhes que devem ser rigorosamente observados, sob pena de caracterização de nulidade, que podem comprometer, pela inobservância da forma, a validade do ato.

Não se pode negar, principalmente pela estrutura e composição do Júri, que a utilização de algemas ou mesmo a referência ao silêncio do acusado, por exemplo, podem comprometer a percepção dos jurados acerca da culpa (em sentido *lato*) do réu, afinal, aos olhos do senso comum, talvez o aparato se destine exclusivamente a conter culpados, e o silêncio pode parecer antinatural. O prejuízo vem afirmado na própria norma.

O CPP disciplina a falta das partes à sessão plenária, estabelecendo que o juiz deve adiar o julgamento diante do não comparecimento do membro do Ministério Público ou do advogado do acusado, com as comunicações necessárias para a apuração de falta disciplinar (artigos 455 e 456). Questão outra é analisar a postura da parte de que abandona o plenário de julgamento, ante eventual irresignação.

Quando o abandono advém do Ministério Público, o CNMP, órgão disciplinar, já aplicou as penas de censura e de suspensão das atividades por 30 dias a membros,<sup>9</sup> argumentando que dessa conduta adveio o adiamento da sessão de julgamento e a revogação das prisões decretadas. A notícia veiculada pelo próprio CNMP transcreve trecho do voto do Conselheiro Relator:

---

<sup>9</sup> <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/14163-cnmp-aplica-penas-de-censura-e-suspensao-a-duas-promotoras-de-justica-do-ministerio-publico-do-para>

Ainda segundo o conselheiro relator Oswaldo D'Albuquerque, "restou cabalmente demonstrado a censurabilidade da conduta de abandono imotivado de plenário do Júri por parte das promotoras de Justiça do MP/PA, bem como a gravidade do ato e consequências advindas, com a revogação de custódia cautelar de réus de elevada periculosidade, descumprindo as processadas com os deveres de 'zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções' e 'desempenhar com zelo, presteza e probidade as suas funções institucionais', na forma do que estabelece o art. 154, incisos II e VII, da LCE 57/2006 (Lei Orgânica do MP/PA)".

Na mesma linha, o abandono (da sessão de julgamento) pelo advogado tem sido tratado pelo STJ como abandono processual, atraindo a incidência da multa prevista no artigo 265, do CPP, por constituir afronta à justiça, conforme se vê abaixo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ABANDONO DO PLENÁRIO DO JÚRI. TÁTICA DA DEFESA. MULTA DO ART. 265 DO CPP. IDONEIDADE. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É consolidada a jurisprudência desta eg. Corte Superior no sentido que "o não comparecimento de advogado a audiência sem apresentar prévia ou posterior justificativa plausível para sua ausência, pode ser qualificado como abandono de causa que autoriza a imposição da multa prevista no art. 265 do CPP" (AgRg no RMS n. 55.414/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 01/07/2019).

II - No caso, a defesa abandonou a sessão plenária, inconformada com a leitura de uma peça pela acusação, como tática de defesa, contudo, como bem observado pelo acórdão recorrido, "Abandonar um processo em curso, por mero inconformismo com o decidido em plenário, é tática processual que afronta a Justiça, notadamente quando se trata de uma sessão do Tribunal do Júri, cuja preparação é consideravelmente dispendiosa, inclusive em termos financeiros para o Estado. Segundo o art. 265 do CPP, o defensor não pode abandonar o processo, senão por motivo imperioso, sob pena de multa. Ora, não há que se falar em motivo imperioso quando o advogado, ao invés de buscar a reforma da decisão/anulação do julgamento, pela via processual adequada, simplesmente abandona o

plenário, obstando a continuidade da Sessão. Assim, nos termos do art. 265 do CPP, aplicam-se aos defensores, solidariamente, multa no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, considerando, como parâmetro, o custo para realização de uma sessão de julgamento do Tribunal do Júri".

III - É assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS n. 63.152/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.)

O procedimento do Júri destina-se ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida (e conexos, por força do artigo 78, I, do CPP), aqueles que representam violação a um dos bens jurídicos mais importantes, e que constitui pressuposto ao exercício de todos os direitos e garantias previstos na ordem jurídica. Talvez daí se extraia a sua magnitude. Ao tratar do direito à vida, Novais nos diz que:

Trata-se de superdireito, o castelo onde todos os interesses, direitos e deveres humanos e fundamentais habitam, o epicentro de todo o sistema político, jurídico, econômico e social, que reclama prioridade absoluta em sua proteção integral. É o direito do ser humano, de ter direitos (NOVAIS, 2022, p. 26)

A não realização adequada e tempestiva do direito material ao caso concreto, em situações que tais – violação deste superdireito, em que há interrupção de um projeto de vida (sem prejuízo de tantas outras que envolvem crimes igualmente graves) – constitui vulneração de outros direitos humanos, como o direito de acesso à justiça e o direito à verdade, que assiste às vítimas.

Em caso notório, Loayza Tamayo Vs. Peru, a Corte IDH julgou situação envolvendo o alcunhado dano ao projeto de vida, sublinhando que ele atende à “[...] realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

No parágrafo 148 da sentença de reparações e custas, o Tribunal consignou que:

El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad.

É indiscutível que o crime de homicídio causa uma indevida e prematura interrupção a um projeto de vida, que merece ser reparado. E a reparação, nos termos assentados pela Corte IDH ocorre com: a restituição; a reabilitação; a satisfação; as garantias de não repetição; a obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for o caso, punir; e a indenização (AMADO; GONZÁLES; LOPES; RÉBORA, 2018, p. 22).

Evidentemente, o abandono do plenário retarda ou mesmo impede a prestação jurisdicional, e, assim, contribui à impunidade de uma violação a um dano ao projeto de vida da vítima direta, e, em relação às vítimas indiretas, a realização das demais medidas reparatórias. Retomando ao Caso Marcia Barbosa, “[...] a demora prolongada no processo pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação às garantias judiciais”. (134)

O direito à verdade e à justiça na esfera penal são consectários dessas reparações, como, aliás, restou consignado no julgamento do Caso Ximenes vs. Brasil:

A corte considerou que houve violação dos direitos da família de Damião, uma vez que, na leitura da corte, os artigos 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos concedem o direito de acesso à Justiça por meio do devido processo legal. **Logo, as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm sim o direito à verdade e à justiça na esfera penal por meio da investigação e castigo penal dos violadores de direitos humanos.** (RAMOS, 2006)

É preciso registrar que não se trata de vingança, senão:

[...] desejo de implementação dos direitos humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez que a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações. (RAMOS, 2006, p. 9)

O abandono do plenário constitui, outrossim, conduta desviada das partes, que atinge o núcleo dos direitos humanos, na

perspectiva das obrigações processuais positivas. Vulnera o processo devido e implica negação às diretrizes do direito internacional dos direitos humanos (controle de convencionalidade), cristalizando o avesso daquilo a que as partes são exortadas a fazer em seu múnus: serem baluarte na defesa de direitos, função verdadeiramente essencial à justiça.

Outro registro necessário é que, além da violação das obrigações processuais positivas – que representa desrespeito aos direitos humanos, por obstaculizar a resposta penal adequada e tempestiva –, a conduta vulnera o dever de cooperação e a boa-fé objetiva. Não há contribuição dos atores processuais a que se chegue a um resultado final, senão providência tendente a retardar a adequada apreciação do conflito.

A irresignação das partes em relação a algum acontecimento processual ou mesmo à postura do magistrado há de ser combatida em sede própria, por meio dos expedientes previstos em lei, valendo-se dos meios e recursos próprios, como desdobramento necessário do direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme se depreende do artigo 5º, LV, da CF.

Não que a conduta ou pronunciamento judicial pretensamente incorreto seja infenso a críticas ou insusceptível de impugnação. Muito pelo contrário, eles são sindicados dentro do próprio sistema de justiça, através dos meios de impugnação das decisões judiciais.

Assim, a parte que se socorre à providência de abandonar o plenário para protestar contra uma nulidade, viola os deveres de conduta anexos à boa-fé objetiva, além de, por óbvio, não atuar de modo cooperativo. E se desconectada de qualquer insatisfação, é dizer, com o único propósito de adiar o julgamento, constitui verdadeiro abuso de uma posição processual.

## **CONCLUSÕES**

O processo penal há de ser compreendido como um mecanismo de garantia do acusado, por meio do qual se exercem direitos e faculdades, a fim de legitimar a imposição de sanção, após a verificação da culpa (em sentido lato). Mas é também um meio para aplicação do direito material no caso concreto, providência salutar à realização do direito e à pacificação social.

A impunidade traz consequências nefastas à sociedade: desacredita a justiça, açoda a criminalidade, e induz a justiça

privada, banida da civilização desde o Iluminismo, que racionalizou o sistema de justiça.

O acertamento dos fatos e a punição dos responsáveis pela violação de direitos, como garantia de não repetição, desde há muito vem sendo afirmados pela Corte IDH como direito humano da vítima. Nessa mesma linha de raciocínio, o dano ao projeto de vida causado pelo crime de homicídio, há de ser sindicado e punido pelo Judiciário, também como expressão dos direitos humanos.

Essas diretrizes traçadas pela Corte hão de ser somadas ao conceito doméstico de processo, a partir do controle de convencionalidade, exigindo-se que a investigação, julgamento e (eventual) punição dos responsáveis ocorra, de forma adequada e tempestiva.

O processo, além de convencional, deve ainda ser cooperativo. Ele constitui uma comunidade de trabalho, em que as partes agem em busca de uma decisão judicial justa e efetiva, em tempo razoável, cumprindo as expectativas nelas depositadas na busca da prestação jurisdicional. Por óbvio, sem que se renuncie a direitos, como o direito à defesa e ao privilégio contra a não autoincriminação.

A partir dessas premissas, há que se concluir que a conduta de abandono do plenário pelas partes, qualquer que seja o motivo, constitui violação às diretrizes do processo convencional e cooperativo, inviabilizando a prestação jurisdicional. Ainda que fundada em irresignação legítima, o meio empregado não é adequado à tutela do interesse envolvido.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes.** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes\\_vitorias\\_damiao\\_ximenes?pagina=3](https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=3). Acesso em: 9 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Princípio da Boa-fé Processual no Direito Processual Civil Brasileiro e Seu Fundamento Constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 70, p. 179-188, out./dez. 2018.

AMADO, Fabio; GONZÁLES, Pedro; LOPES, Daniel Lozoya Constant; RÉBORA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. In: BRASIL. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Cadernos estratégicos**: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: RT, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação 96. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-96---2023.pdf> . Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl nos EDcl no RE 1.224.079. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. Embargante: Maria Inês Ferreira de Almeida. Embargado: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201002058730&dt\\_publicacao=21/09/2011](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002058730&dt_publicacao=21/09/2011) . Acesso em: 9 mai. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil.** Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf) . Acesso em: 9 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Presidente: Hernán Salgado Pesantes. Sentença de 27 de novembro de 1998. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf) . Acesso em: 9 mai. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Marcia Barbosa e outros vs. Brasil.** Presidenta: Elizabeth Odio Benito. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf) . Acesso em: 9 mai. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf) . Acesso em: 9 mai. 2023.

DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 49, p. 89-99, jul./set. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 71-79, 1999.

GUIMARÃES, Darci Ribeiro. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71/78, jul/set. 2004.

NOVAIS, César. **A defesa no Tribunal do Júri da Vida**. 3 ed. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial, 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Processo Penal Convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

RAMOS, Andre de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 62. p. 9, set. 2006.

# [ CAPÍTULO 7 ]

## **AUTONOMIA DE VONTADE DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Camila Tenfen<sup>10</sup>

Lucas Paulo Orlando de Oliveira<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Integrante do grupo de pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro Universitário FAG, e-mail: [camila\\_tenfen@hotmail.com](mailto:camila_tenfen@hotmail.com).

<sup>11</sup> Coordenador do grupo de pesquisa Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro Universitário FAG, e-mail: [lucaoliveira@fag.edu.br](mailto:lucaoliveira@fag.edu.br)

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar acerca da autonomia de vontade das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. Ela é o meio pelo qual os indivíduos manifestam seus desejos e exercem seus direitos. Entretanto, a legislação civil prevê que no momento dos atos o sujeito deve gozar de capacidade civil plena e discernimento. Do contrário, serão submetidos a representação ou assistência, como é o caso dos menores de 18 (dezoito) anos.

No que tange especialmente a incapacidade por idade, cumpre esclarecer que os menores são sujeitos vulneráveis e por consequência demandam proteção integral por meio do Estado. Assim, como mecanismo de defesa de seus direitos e interesses a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 adotaram como preceito fundamental o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse passo, via de regra, a tomada de decisões ocorre pelos genitores ou responsáveis, respaldados pelo poder familiar. Todavia, é possível que haja divergência entre os interesses dos representantes e dos representados, em especial quando relacionada aos direitos personalíssimos, como é o caso da guarda e da convivência familiar, ocorrendo, então, o conflito. Portanto, surge a necessidade de refletir sobre os limites da teoria das incapacidades frente à progressão mental e possibilidade de, por si só, as crianças e adolescentes exprimirem vontades juridicamente válidas ou que tenham relevância para a tutela de seus interesses.

Dessa sorte, o estudo terá como objetivos específicos descrever como os menores são apreciados pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além de verificar a possibilidade de afastar, total ou parcialmente, a intervenção de terceiros e do Estado no exercício dos direitos dos sujeitos nas decisões afetas ao Direito de Família.

Revela-se, portanto, que a presente pesquisa possui relevância social, jurídica e acadêmica. A primeira, pois, o assunto é cotidiano das famílias brasileiras. A segunda porque será analisada de maneira específica a teoria das incapacidades e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a terceira, por se propor a apresentar os atuais entendimentos dos elementos supramencionados, os quais viabilizam novas

discussões e posicionamentos referentes ao assunto.

Em suma, o artigo será elaborado de maneira descritiva e com abordagem qualitativa, por intermédio da bibliografia jurídica, artigos científicos e acadêmicos, e legislações. Ademais, com a coleta dos dados, o trabalho tem por objetivo alcançar um ou mais resultados, refletindo e contrapondo teoria e prática jurídica, a partir da problemática que envolve os incapazes e a participação nas decisões que os afetam.

## **1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

As crianças e adolescentes recebem proteção mundial por meio de diversas legislações, normas e declarações. Desse modo, mostra-se necessário tecer considerações acerca desses documentos, sobretudo os principais marcos. O início da proteção ocorreu com a formalização da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, em 1924, de acordo com a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a qual previa que todos devem auxiliar no desenvolvimento das crianças, seja nas necessidades, assistência, educação, entre outros (UNICEF, 2023).

Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo a todos os membros da sociedade proteção aos direitos e garantia das liberdades. Entre os termos da declaração, o artigo 25 aponta especial atenção às mães durante a maternidade e às crianças no período da infância (UNICEF, 2023).

Seguindo os termos da mencionada Declaração, firmou-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ambos em 1966. No primeiro, destaca-se a menção expressa aos trabalhos nocivos às crianças e adolescentes (artigo 10). Já no segundo, ressalta-se o direito ao registro de nascimento, nome e nacionalidade (artigo 24) (UNICEF, 2023).

Ademais, em 1989, a ONU por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança reconheceu às crianças padrões mínimos de proteção, sobretudo no artigo 12, o qual será exemplificado ao longo do trabalho. O documento foi ratificado por 196 países, inclusive pelo Brasil em 1990. No mesmo ano, entrou em vigor no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê mecanismos de proteção integral tanto à criança como ao adolescente (UNICEF, 2023).

Isso considerado, nota-se que as crianças e adolescentes são reconhecidas pelos Estados como sujeitos que possuem os mesmos direitos dos adultos. Entretanto, o exercício de forma plena encontra limitações conforme as legislações específicas de cada país membro. No presente artigo, será abordado acerca das restrições brasileiras ao exercício dos direitos previstos em favor dos incapazes.

No Brasil, a pessoa natural é aquela detentora de personalidade jurídica, figurando como sujeito de direitos e obrigações no cenário jurídico. Como corolário, a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil está relacionada à capacidade civil plena. Assim sendo, a primeira é adquirida com o nascimento com vida, conforme a teoria natalista e com previsão legal no artigo 2º do Código Civil. Por outro lado, a segunda encontra respaldo nos artigos 3º e 4º do mesmo diploma legal e em especial, ressalta-se a incapacidade civil por idade, sendo absolutamente os casos de menores de 16 (dezesseis) anos e relativamente os entre 16 (dezesseis) anos e 18 (dezoito) anos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Nessa vereda, para supressão da incapacidade é necessária a presença dos institutos da representação aos absolutamente incapazes e da assistência aos relativamente incapazes, sob pena de nulidade e anulabilidade dos atos praticados, respectivamente, visto que, para o legislador o sujeito por si só não conta com o discernimento necessário para realizar atos na ordem privada (TARTUCE, 2020).

Destarte, importa dizer que o responsável pratica o ato no interesse do incapaz, buscando efetivar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, em situação de incapacidade jurídica, é aplicado o disposto no texto legal, sem margem para interpretação em prol do caso concreto, em que poderia ser considerado o grau de amadurecimento do sujeito para realização de escolhas (COPI, 2021).

Vale lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente cuidou de regulamentar no artigo 2º que a criança é a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos e adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. Este é um meio para assegurar que as consequências dos atos praticados pelos representantes serão mínimas, contemplando a oitiva dos adolescentes para determinados atos, como a adoção, prevista no artigo 45, § 2º do mencionado diploma legal (CUNHA; ROSSATO; LÉPORE, 2020).

Entretanto, via de regra, no Direito de Família, considerando

os institutos da guarda e do direito de convivência, os menores não possuem independência para participarem da tomada de decisões, razão pela qual o detentor da guarda decide como será realizado na prática ou, então, terceiro, como é o caso de ações que atraem a competência do Poder Judiciário. O que a presente pesquisa visa identificar a partir de agora são as circunstâncias em que são viáveis a consideração do interesse da criança ou do adolescente.

### 1.1 DECISÕES ADIÁVEIS, INADIÁVEIS, REVERSÍVEIS E IRREVERSÍVEIS

A teoria da progressão mental é um mecanismo para relativizar a teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil. Isso pois, a teoria das incapacidades foi criada como um meio de garantir e efetivar o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, por considerar que sendo vulneráveis estão expostos à riscos psicológicos, morais e físicos (COPI, 2021). No entanto, ela limita alguns direitos dos incapazes, especialmente os direitos à liberdade e à expressão.

Desse modo, como meio de possibilitar que as crianças e os adolescentes manifestem suas vontades sem que precisem atingir a maioridade civil, tem-se a busca pela aplicação da teoria da progressão mental. Ela analisa gradualmente a diminuição da incapacidade ao passo do desenvolvimento do incapaz, em especial observando as fases pelas quais ele passa, como o contato com outros sujeitos, primeiras tomadas de decisões e escolhas individuais (COPI, 2021).

Assim sendo, considerando a possibilidade de relativização da teoria das incapacidades, é necessário analisar como ela será aplicada no Direito de Família, nos institutos da guarda e da convivência familiar. Previamente a esta análise, o trabalho apresentará quais são as decisões que podem ser tomadas pelas crianças e adolescentes, em qual momento, e o motivo pelo qual merecem enfoque.

Nesse sentido, tem-se que a oitiva dos incapazes no âmbito das relações familiares pode acontecer em dois momentos. O primeiro ocorre no âmbito privado, uma vez que o Estado confere aos particulares autonomia para resolução dos conflitos atinentes ao cotidiano. É o caso de genitores que conferem liberdade aos filhos para que possam em conjunto tomar decisões. Por outro

lado, o segundo envolve a atuação do Poder Judiciário (ALMEIDA, 2018).

No primeiro, a decisão ocorre no âmbito interno da família, não havendo, portanto, a necessidade de auxílio de terceiros, pois os próprios familiares são capazes de ajudar a criança ou adolescente. De outra banda, o segundo demanda a presença da interdisciplinaridade, sobretudo a psicologia, visto que seus profissionais são capacitados para averiguar o grau de desenvolvimento e discernimento do incapaz, auxiliando-o na formação da decisão (ALMEIDA, 2018).

Além disso, mesmo com a presença da equipe profissional qualificada, é importante destacar que a infância é uma fase de inseguranças. Portanto, visando causar pouco ou até nenhum prejuízo significativo, as decisões devem ser enquadradas em quatro divisões, são elas, adiáveis, inadiáveis, reversíveis e irreversíveis (SÊCO, 2013).

As decisões adiáveis são as que não possuem alto grau de complexidade e podem ser postergadas para outro momento. Via de regra, são as decisões que são tomadas dentro do seio familiar, conforme a subjetividade da família e do incapaz. Desse modo, por seu caráter atemporal não necessitam ser decididas em momento de incerteza e vulnerabilidade, mas sim em tempo oportuno. Elas podem, ainda, possuir caráter reversível ou irreversível (SÊCO, 2013).

Do mesmo modo, as inadiáveis possuem as duas vertentes, ou seja, reversíveis ou irreversíveis. No entanto, tratando-se de inadiáveis e irreversíveis se encontram as dificuldades, visto que significa dizer que “suas consequências não podem ser atenuadas e, muito menos anuladas, entretanto não podem ser tomadas em momento posterior devido aos danos que serão causados se não forem tomadas no momento presente” (ALMEIDA, 2018, p. 80).

Dessa maneira, revela-se imprescindível entender o contexto da relativização da autonomia de vontade e dentro dele está a compreensão do núcleo que envolve a decisão ao menor imposta. Desta forma, a proteção conferida à criança e ao adolescente ocorrerá de maneira eficaz, respeitando o discernimento cognitivo e concedendo poderes para a prática de atos da vida civil determinados e com o mínimo de prejuízo.

## 1.2 PROTEÇÃO LEGISLATIVA A AUTONOMIA DE VONTADE

Os direitos fundamentais, com surgimento inicial com a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 e com a da França em 1791, visam efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e por consequência, limitar o poder estatal. Eles encontram previsão na ordem interna do Estado, positivados por intermédio da Constituição ou norma equivalente, sendo que no Brasil estão elencados, sobretudo no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (MÁRIO, 2020).

Neste seguimento, à luz do referido artigo 5º, reputa-se que são titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País. Cita-se, por exemplo, o direito à liberdade e à expressão, localizados no artigo 5º, caput e incisos IV e IX do referido diploma, nessa ordem. Entretanto, para o livre exercício é necessário que o sujeito seja dotado de capacidade civil plena (MARQUES, 2018).

Para as crianças e os adolescentes, o artigo 227 da Constituição Federal afirma ser dever não apenas do Estado assegurar aos menores o pleno gozo dos direitos fundamentais, mas também a família e a sociedade. Ademais, os artigos introdutórios do Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram que os menores receberão todas as facilidades e oportunidades para que atinjam o desenvolvimento, sem que sofram qualquer discriminação ou opressão.

Outrossim, em 24 de setembro de 1990, o Brasil ratificou a Convenção sobre Direitos da Criança, a qual foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entre as tutelas aos infantes presentes nos artigos, localiza-se o artigo 12, com a seguinte previsão:

Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança.

Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (BRASIL, 1990).

Somado a isso, os artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem que os infantes têm direito à liberdade, compreendida como opinião, expressão e principalmente participação na vida familiar e comunitária. No entanto, a mencionada norma regulamentou tais direitos em artigos esparsos. É o caso, por exemplo, de colocação de menores em família substituta, pois assegura à criança e ao adolescente o direito de ser ouvidos, quando possível, por meio de equipe especializada, respeitado o estágio de desenvolvimento, bem como o grau de compreensão acerca do ato a ser praticado. A opinião será considerada e sendo maior de 12 (doze) anos será necessário o consentimento, como dispõe o artigo 28, § 1º e § 2º (COPI, 2021).

Por conseguinte, resta indubioso a presença na legislação de normas que resguardam assistência e proteção aos menores, além de garantir a participação nas causas que os afetem. Porém, as questões estão limitadas à regulamentação no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, convém estudar a respeito da necessidade de elastecimento para as demais áreas.

### 1.3 PROGRESSÃO MENTAL E RELATIVIZAÇÃO

Cuida-se de analisar, nesse ponto, a possibilidade de relativização do marco imposto pela legislação acerca da capacidade dos menores para a tomada de decisões. Assim, em que pese as limitações exemplificadas ao longo do artigo, busca-se entender se o desenvolvimento biopsíquico dos menores é capaz de conferir a eles a titularidade do direito e o seu efetivo exercício.

Nesse contexto, o marco imposto pela legislação é a idade de 18 (dezoito anos), conforme disciplina o artigo 5º do Código Civil, com exceção dos emancipados e dos relativamente incapazes (entre dezesseis e dezoito anos) do artigo 4º do mesmo diploma legal, os quais detêm capacidade para determinados atos da vida civil. Ressalta-se que os últimos desde que possuam a devida assistência, como a possibilidade de ser realizado testamento, nos termos do artigo 1.860, parágrafo único da citada norma.

Entretanto, a capacidade do menor não é adquirida de imediato no momento em que completa 18 (dezoito) anos. Assim, a autonomia de vontade das crianças e adolescentes é passível de interpretação à luz da progressão mental, porque a incapacidade

é relativizada na medida do desenvolvimento do menor, quando ele adquire novas competências e participa ativamente da tomada de decisões sobre assuntos que o afetem (RIBEIRO, 2014).

Como maneira de explicar a afirmação acima, verifica-se que em outros momentos a legislação brasileira entende que os adolescentes possuem capacidade para tomarem decisões. Além dos exemplos de emancipação e relativamente incapazes acima, cita-se o artigo 7, XXXIII, da Constituição Federal, o qual permite que os maiores de 16 (dezesseis) anos trabalhem, desde que este não seja noturno, perigoso ou insalubre. Ainda, o artigo 14, § 1º, II, 'c', da Constituição Federal prevê o voto facultativo aos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos.

Por meio desses exemplos, é possível questionar a incoerência do ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que em determinados casos impossibilita a tomada de decisões pelos menores e em outros possibilita. Com efeito, a autonomia de vontade dos menores é aplicada a casos específicos, mas a generalidade aos demais, sem observância da progressividade de cada criança e adolescente para exercerem sua autonomia individual (COPI, 2021).

Assim, a progressão mental que encontra respaldo no artigo 5 da Convenção de Direitos da Criança possui cada vez mais razões para ser implementada no Direito, com atenção ao Direito de Família, quando prevê que o Estado e a família devem respeitar os direitos da criança e fornecer a ela os mecanismos para desenvolvê-los de acordo com sua capacidade em evolução. Porém, em que pese o amparo normativo, não há indicação de idade específica.

Dessa maneira, como meio de afastar alegações de insegurança jurídica, bem como com o intuito de aplicar a progressão mental, necessário se faz a análise da capacidade dos menores com auxílio de profissionais qualificados, como por psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, entre outros. Até porque, em decorrência da incerteza e variabilidade da capacidade mental, estas decisões não podem ser tomadas com base na maioridade civil aos 18 (dezoito) anos.

Desta feita, a Psicologia apresenta ideias centrais do desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Com essa finalidade, cita-se a de Jean Piaget, que buscou exemplificar como o conhecimento de mundo de uma criança muda conforme sua idade, com a construção de seu próprio entendimento. Para ele, existem quatro estágios nos quais a criança irá passar até que

alcance a adolescência e após a vida adulta (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

O primeiro consiste no estágio sensório-motor, partindo do nascimento até os dois anos de idade. O segundo ocorre entre dois e seis anos de idade e é chamado de pré-operacional. O terceiro entre os seis e doze anos de idade, intitulado operações concretas. Por fim, o quarto e último é a partir dos doze anos de idade até a vida adulta, sendo que é o estágio de operações formais (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

Partindo das premissas utilizadas por ele, no terceiro estágio a criança começa a pensar de forma lógica, contudo, apenas em relação a situações concretas e reais. Assim, é apenas na quarta etapa que é capaz de organizar em modo lógico as situações hipotéticas que estão sob sua competência, este seria o raciocínio hipotético-dedutivo (capacidade de considerar hipóteses e possibilidades hipotéticas) (PIAGET *apud* BEE; BOYD, 2011).

Em vista disso, mostra-se viável, como será detalhado nos próximos tópicos, que o Direito seja observado em conjunto com a Psicologia para que seja possível em cada caso em concreto analisar a solução adequada para as partes envolvidas.

#### 1.4 GUARDA E CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Sabe-se que a intervenção estatal nas relações entre os particulares deve ocorrer excepcionalmente, como última *ratio*, pois, a legislação confere autonomia privada em suas relações. O mesmo ocorre no Direito de Família, visto que os envolvidos possuem ampla liberdade para transgredir acerca de seus direitos e interesses (GAGLIANO, 2022). No entanto, quando o assunto é a criança e o adolescente, a vontade privada deixa de se sobrepor à intervenção do Estado, fazendo-se aplicar em determinados momentos regras impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos regimes de guarda e convivência familiar disciplinados pelo Código Civil, os genitores exercem o poder familiar e recebem poderes para, por exemplo, criar e educar os filhos, conforme prevê o artigo 1.634, I, do referido diploma legal. Todavia, há obrigações descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente que independem da vontade dos pais, como o dever de vacinação da prole regulado no artigo 188, § 1º (ROSA, 2021).

Assim, no momento da abordagem sobre guarda e

convivência familiar, é essencial o entendimento que a legislação mantém em sua engrenagem a proteção integral às crianças e aos adolescentes, positivados por meio do princípio do melhor interesse. Logo, a guarda pressupõe a necessidade de zelo, atenção, cuidado e segurança. A partir dela, nasce o direito-dever de convivência entre os pais e os filhos, o qual igualmente possibilita a manutenção dos vínculos e influência de modo direito no desenvolvimento do infante (TARTUCE, 2020).

Cumpre destacar que o instituto da guarda pode ser desmembrado em dois grupos, quais sejam: compartilhada, em que ambos os genitores são responsáveis pelos direitos e deveres decorrentes do poder familiar; e unilateral, quando apenas um dos pais possui o poder exclusivo sobre o filho, consoante artigo 1.583 do Código Civil. O Brasil adotou em 2014, em razão da vigência da Lei nº 13.058, a modalidade compartilhada como regra, ante a necessidade de tornar o cenário que o menor está inserido em um campo democrático, aberto ao diálogo e convivência igualitária com ambos os responsáveis.

A autonomia privada conferida no Direito de Família garante que os genitores possam em consenso adequar, *in casu*, a modalidade que melhor atender os interesses do menor. Todavia, em caso de divergência, comumente após a ruptura das relações pré-existentes dos genitores, seja proveniente do desfazimento do vínculo conjugal ou mesmo do afastamento da convivência, caberá a intervenção do Estado, por meio do Poder Judiciário, a fim de entender cada núcleo familiar individualizado e resolver a lide entre as partes (ROSA, 2021).

Neste momento, é evidente o questionamento acerca da autonomia de vontade dos incapazes. Isso porque, conforme narrado nos tópicos acima, a depender de seu grau de discernimento, poderá manifestar quais são suas vontades e interesses. Isto quer dizer que será assegurado ao menor acompanhamento com equipe profissional adequada, para que posteriormente, por si só, consiga decidir qual núcleo familiar poderá melhor atender seus interesses e necessidades físicas e morais como pessoa (NUNES, 2022).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná se manifestou brevemente acerca do tema no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0050861-37.2021.8.16.0000, de Capanema, tendo como Relator o Desembargador Sigurd Roberto Bengtsson. O caso versou sobre guarda e pedido de busca e apreensão de um adolescente que estava sob a guarda fática do genitor. Neste caso,

entendeu o juízo de 1º grau pelo indeferimento do pedido formulado pela mãe em liminar para busca e apreensão do filho, pois este residia com o genitor desde 2020 e não existia elemento desabonador em relação a ele. Agravada a decisão, a fim de efetivar o princípio do melhor interesse do adolescente, o Relator do caso entendeu por mantê-la, ao menos até que fosse realizada a instrução processual com estudo psicossocial e inclusive com a oitiva do filho.

De outra banda, inerente à guarda, localiza-se o direito de convivência, o qual encontra respaldo no artigo 1.589 do Código Civil e configura a possibilidade do genitor que não detém a guarda diariamente visitar e ter o filho em sua companhia. Desse modo, o incapaz permanecerá convivendo de modo igualitário com os genitores, mas criará laços no local que melhor atenda o princípio da dignidade da pessoa humana cumulado com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (ALMEIDA, 2022).

Ambas as decisões merecem ser interpretadas como inadiáveis, já que não podem aguardar o filho atingir a maioridade civil para que seja decidida, de modo que sendo priorizada sua oitiva, a diligência deve ocorrer com a maior brevidade possível. Ademais, irreparável, uma vez que não se pode aguardar o trâmite do processo com toda uma instrução processual para garantir ao menos um contato mínimo entre genitor e filho.

Ademais, as Varas de Família lidam diariamente com processos que envolvem guarda e convivência familiar, sendo inúmeras as crianças e adolescentes submetidas ao Poder Judiciário e por ele vinculados à responsabilidade de um ou mais responsáveis. Dessa maneira, por mais que não seja o ambiente adequado para os incapazes, na maioria das vezes é o único capaz de pacificar os conflitos dos genitores.

Além disso, a escuta realizada por profissional qualificado de modo algum contraria as normas em vigor no Brasil, inclusive, exemplifica-se a afirmação por meio do artigo 12 da Convenção de Direitos da Criança da ONU, a qual prevê a necessidade de que os menores opinem em todos os assuntos a eles relacionados (UNICEF, 2023).

Por fim, ressalta-se que neste tópico buscou-se apresentar os casos em que ambos os genitores possuem capacidade e vontade de exercer a guarda do filho e tê-lo em sua companhia. Por tal razão, não se aplica o disposto no artigo 1.584, § 2º do Código Civil, caso em que um dos genitores expressamente não

deseja a guarda, ou ainda nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar de um dos pais.

## 1.5 ANÁLISE PRÁTICA E PROPOSTA DE SOLUÇÃO

### 1.5.1 Estudo “Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial”

Em junho de 2020, foi realizada pesquisa por Jordana de Carvalho Pinheiro e Sônia Margarida Gomes Sousa, em Goiânia/GO. O estudo intitulado “Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial” buscou sopesar os direitos das crianças e adolescentes previstos na legislação e sua aplicabilidade no Brasil (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Para tanto, procedeu-se entrevista com 08 (oito) convidados do campo jurídico, sendo eles um desembargador, uma juíza, uma procuradora, uma promotora de justiça, dois defensores públicos e duas advogadas. As identidades permaneceram resguardadas, mas os resultados foram apresentados no trabalho (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Conclui-se após a conversa com os convidados que sete deles observam as crianças como invisíveis dentro do processo judicial. Isso porque, argumentam que nos processos em que se busca a efetivação dos direitos delas, não são ouvidas ou a oitiva não é realizada da maneira correta. No mesmo sentido, um dos entrevistados citou serem as crianças, em suas palavras: "(...) um sujeito de direito, mas sujeito de direito especial, porque ela não pode exercer o próprio direito no nome dela, ela tem que ter alguém para exercer esse direito dela" (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Além disso, no âmbito do Direito de Família ressaltaram duas convidadas que nos processos que atuam, com crianças, elas são sem dúvidas pouco ouvidas. Nesse ponto, a membra do Ministério Público pontuou que as crianças são postas em um plano secundário nos processos judiciais e apenas retornando nos casos em que o processo começa a perder seu foco principal, que em um primeiro momento era o próprio menor envolvido (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

Desse modo, apontou o resultado apresentado que muito embora a legislação vigente no Brasil versar sobre o tema, ela não traz mecanismos para a oitiva das crianças e adolescentes nos processos judiciais, não sendo aplicada da maneira que está

exposta. Ainda, salientou-se a importância da interdisciplinaridade com a Psicologia Jurídica, a fim de que os profissionais do Direito estejam seguros para aplicarem o disposto na legislação vigente (PINHEIRO; SOUZA, 2020).

### **1.5.2 Recomendação n. 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça e Lei n. 13.431/2017**

O Conselho Nacional de Justiça publicou relatório com base em pesquisa acadêmica denominada “A oitiva de crianças no Poder Judiciário brasileiro: estudo com foco na implementação da Recomendação n. 33/10 do CNJ e da Lei n. 13.431/2017”. O intuito principal do estudo foi demonstrar quais os mecanismos devem ser utilizados para assegurar os direitos das crianças e adolescentes durante sua oitiva, possuindo por foco as vítimas ou testemunhas de violência (CNJ, 2019).

Entre os pontos apresentados no relatório, ressalta-se a realização do depoimento especial, o que encontra previsão legal no artigo 8 da Lei n. 13.431/17, momento em que a criança ou adolescente é ouvido perante a autoridade judiciária. Para tornar possível sua ocorrência, é necessário que a vara responsável possua local adequado, materiais disponíveis para a criança, equipamentos e apoio técnico (CNJ, 2019).

Nesse ponto, dentre outros assuntos, o estudo analisou 24 (vinte e quatro) localidades e em apenas 14 (quatorze) seguem as exigências legais. Apontou-se o exemplo de Goiás, local no qual foram instituídos os mecanismos necessários para a realização do depoimento especial. Contudo, apenas neste local, não ocorrendo a implementação em todas as comarcas, o que, por consequência, faz com que os indivíduos precisem se deslocar para a capital. Ao final, foram apontadas as dificuldades do sistema para o depoimento especial, dentre eles cita-se a limitação econômica, salas inadequadas, falta de pessoal qualificado, entre outros (CNJ, 2019).

Além disso, ressalta-se que o estudo apresentou uma proposta de curso de capacitação para os magistrados, a fim de que seja implementado o disposto na legislação por eles e de modo eficiente. Assim, utilizando-se a abordagem e meios adequados o depoimento do menor será extraído com os mínimos prejuízos para ele (CNJ, 2019).

A compreensão de como o depoimento especial possui rigores

legais e mecanismos próprios para acontecer pode ser analisado no âmbito do presente trabalho, uma vez que em ambos os casos se busca viabilizar a oitiva das crianças e adolescentes como sujeitos ativos do processo judicial. Assim, é possível utilizar dos mesmos meios de oitiva no âmbito do Direito de Família, com a implementação de ambientes próprios, incluindo equipamentos e profissionais.

### **1.5.3 Proposta de solução**

Ao final, após a exposição neste artigo, apresenta-se uma possível solução ao problema envolvendo a autonomia de vontade das crianças e adolescentes e a tomada de decisões no âmbito do Direito de Família, sobretudo nos institutos da guarda e da convivência familiar. Ressalta-se que o trabalho buscou alcançar um resultado, no entanto, ele não esgota outros meios pelos quais a manifestação de vontade dos menores pode acontecer.

A hipótese de possível aplicação no Poder Judiciário brasileiro, muito embora as limitações estruturais, é a oitiva dos menores. Todavia, para que a manifestação de vontade dos incapazes ocorra de forma livre, respeitando o grau de discernimento, maturação e as vulnerabilidades, sua escuta precisa acontecer com a intervenção do profissional qualificado e sugere-se a participação do psicólogo (ROSA, 2021).

Isso porque, não se desconsidera a capacidade jurídica e as vivências daqueles que atuam no órgão julgador, como o magistrado e promotor, porém, eles não são profissionais capacitados de modo técnico para ouvir, questionar e auxiliar no desenvolvimento da decisão pelo menor. Estes são atos que vão muito além do simples escutar as palavras (ROSA, 2021).

Assim, de modo essencial, quando mencionamos as crianças e adolescentes o Direito caminha ao lado da Psicologia, sendo indispensável que ocorra a interdisciplinaridade entre as disciplinas, até que o problema seja solucionado (PINHEIRO; SOUZA, 2020). Desse modo, os processos tendem a ser mais estáveis quando há a oitiva das crianças e adolescentes, do que quando suas opiniões não são ouvidas (BEE; BOYD, 2011).

Além disso, devem ser responsáveis pela elaboração de laudos que indicarão de maneira individualizada o grau de desenvolvimento da criança ou adolescente e a viabilidade de manifestação de vontade livre. Por consequência, tendo por base

a progressão mental, será viável analisar sobre a aplicação da escolha do menor na prática, ou ao menos a consideração dela.

Ademais, para questões familiares que não envolvam o Poder Judiciário, é razoável que no limite do desenvolvimento dos menores os responsáveis possibilitem sua participação nas decisões. Isso em função da necessidade de respeitar a personalidade e maturidade dos filhos, efetivando a aplicação dos princípios que regem o Direito de Família, são eles: afetividade, função social da família, convivência familiar e plena proteção da criança e do adolescente (GAGLIANO, 2022).

Para tanto, ressalta-se a importância da comunicação nas relações familiares, pois as crianças e adolescentes que estão em um ambiente onde há escuta e diálogo desenvolvem a comunicação de forma clara e mais madura. Logo, o mecanismo a ser também implementado nessas relações familiares é a inclusão das crianças mais velhas no processo de tomada de decisão, como com quem vão morar e com que frequência verão o outro pai (BEE; BOYD, 2011).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista aos argumentos apresentados, atesta-se que a teoria das incapacidades, à luz do Código Civil, é o meio adequado para que incapazes possam exercer os direitos a eles inerentes, particularmente à autonomia de vontade, à liberdade e à expressão. Assim, desde que haja a representação ou assistência por parte dos genitores ou responsáveis, e em caso de conflito, o auxílio do Estado, é possível a manifestação de vontade.

No Brasil, é possível a oitiva dos menores na tomada de decisões que os afetem, desde que capazes de formularem opinião. Contudo, o disposto na Convenção de Direitos da Criança encontra ínfimo respaldo na legislação interna do país, de modo que a aplicação da progressão mental, sobretudo nas demandas judiciais, fica a critério dos magistrados.

Na família, por exemplo, é indispensável que seja garantido aos sujeitos as manifestações de vontade, pois é onde passam pelas primeiras experiências, inclusive de erros, e iniciam o processo de desenvolvimento da personalidade. Já perante o Poder Judiciário ocorre nas ações que versem sobre guarda e convivência familiar, mediante a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e melhor interesse das crianças e

adolescentes.

Por esta forma, a aplicação em conjunto dos direitos fundamentais e a capacidade progressiva possibilita que os incapazes antes de completarem a maioridade civil participem ativamente das decisões que estejam relacionadas a eles. Para tanto, a fim de que este ato ocorra de maneira livre e sem vícios, é imprescindível a presença da interdisciplinaridade com a Psicologia, garantindo a contribuição de maneira adequada e com o mínimo de danos.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Manoela Munsur Coelho. **A autonomia da vontade da criança e do adolescente.** PUC, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37812/37812.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BEE, Helen; BOYD, Denise. **A criança em desenvolvimento.** Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 378-380.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

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/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União. ano 1990, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (11ª Câmara Cível). **Recurso de Agravode Instrumento**, 0050861-37.2021.8.16.0000. Relator: Sigurd Roberto Bengtsson. Julgamento: 31/01/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018643861/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0050861-37.2021.8.16.0000>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Os direitos das crianças e dos adolescentes.** UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa.** Brasília: 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/271/1/Justiça%20Pesquisa%20-%20A%20Oitiva%20de%20Crianças%20no%20Poder%20Judiciário%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

COPI, Lygia Maria. **Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes.** Siga UFPR, 2021. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/72750/R%20-%20T%20->

%20LYGIA%20MARIA%20COPI.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 mar. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 147 – 172.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil:** direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GÍDARO, Wagner Roby. **A autonomia de vontade nos direitos humanos fundamentais:** direito de morrer como hipótese jurídica. Biblioteca Digital USP, 2017. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05032021-Tese\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05032021-Tese_Parcial.pdf). Acesso em: 10 mar. 2023.

MARQUES, Sara Patricia Ferreira. **Autonomia do Menor sujeito às Responsabilidades Parentais.** Universidade de Lisboa, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37364/1/ulfd136462\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37364/1/ulfd136462_tese.pdf). Acesso em: 10 mar. 2023.

MÁRIO, Francisco. **Diálogos sobre o Direito Constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 277 - 288.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Respeito aos direitos da personalidade das crianças e adolescentes.** Revista Segurança Urbana e Juventude. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/seguranca/article/view/5027/4169>. Acesso em: 10 mar. 2023.

PINHEIRO, Jordana de Carvalho; SOUSA, Sônia Margarida Gomes. **Uma Avaliação da Criança como Sujeito Assujeitado no Processo Judicial.** Itatiba, 2020. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-04712020000200012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712020000200012&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 09 mai. 2023.

RIBEIRO, Alcida da Costa. **O Direito de Participação e Audição da Criança no ordenamento jurídico português.** Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35085/1/0%20Direito%20de%20Participacao%20e%20Audicao%20da%20Crianca%20no%20ordenamento%20juridico%20portugues.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família contemporâneo.** Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 69-79.

# [ CAPÍTULO 8 ]

## **TRABALHO DA GESTANTE EM TEMPOS DE PANDEMIA: IRREDUTIBILIDADE SALARIAL E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS DECORRENTE DA COVID-19**

Keila M. K. V. Lorenzi<sup>12</sup>

Pedro H. S. Aguera<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Graduada pelo Centro Universitário FAG – Fundação Assis Gurgacz em Direito, e-mail: [keila@vanin.com](mailto:keila@vanin.com)

<sup>13</sup> Docente do Centro Universitário FAG – Fundação Assis Gurgacz, e-mail: [pedrosanches@fag.edu.br](mailto:pedrosanches@fag.edu.br)

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o início da pandemia houve grande preocupação tanto dos órgãos competentes como da sociedade em geral com relação à proteção da gestante, assim como do nascituro. Devido a uma maior vulnerabilidade da mulher durante a gestação, podendo ser mais afetada pelos sintomas da doença, resultando em maiores complicações a sua saúde oriundas do vírus, buscou-se, inicialmente, por meio de recomendações e posteriormente por determinações, dar prioridade ao trabalho remoto das trabalhadoras, para que ficassem afastadas das suas atividades presenciais, seja por meio do trabalho a distância, férias ou pela suspensão do contrato de trabalho, visando conter a contaminação pelo coronavírus, pois, dessa forma, evitaria-se a exposição das trabalhadoras à deslocamentos desnecessários e a concentração de um grande número de pessoas no ambiente laboral.

Esse tema trouxe grandes dificuldades aos empregadores, que tiveram que se reinventar para colocar em prática tais imposições e ao mesmo tempo manter suas atividades, muitas vezes encontrando soluções tecnológicas que permitissem a manutenção da gestante no trabalho remoto em sua própria casa, outras vezes, recorrendo a medidas provisórias e leis que temporariamente permitissem redução de salários, suspensão de contratos de trabalho, entre outras, ou na impossibilidade dessas alternativas, arcando com esses custos. Nesse viés, o presente trabalho se coaduna com a linha de pesquisa “Atividade empresarial, novos desafios nas relações de trabalho” do grupo de pesquisa “Jurisdição, Mercados e Fronteiras” da Instituição de Ensino Superior de vinculação dos autores, visto que o atual contexto pandêmico trouxe ainda mais dificuldades para a conciliação de interesses nas relações trabalhistas.

O princípio da irredutibilidade salarial se encontra implícito no artigo 468 da CLT, quando admite modificações no contrato de trabalho por pactuação entre patrão e empregado, porém, sem que este sofra prejuízos, ou seja, não poderá ter seu salário reduzido. A exceção fica por conta do artigo 7º, VI, da CF/88, que autoriza a redução salarial, desde que conste disposição em acordo ou convenção coletiva, tal hipótese costuma ter caráter temporário e vinculação a preservação dos respectivos empregos. Pode-se vislumbrar a probabilidade de redução salarial nos casos de força maior ou prejuízos devidamente comprovados pela empresa, previstos no artigo 503 da CLT e na Lei 4.923/65.

Com as dificuldades trazidas pela pandemia, foi decretado estado de calamidade pública a nível nacional (Decreto Legislativo nº 6/2020), pois, demonstrou-se latente a necessidade de evitar o desemprego em massa e o consequente colapso da economia com a paralização de diversas atividades empresariais. Deste modo, verificou-se o choque de direitos individuais dos trabalhadores em oposição as deliberações de prevenção à saúde e manutenção de empregos. Para superar a crise, mostrou-se adequado, a conciliação dos referidos direitos e de forma excepcional, a flexibilização de alguns direitos trabalhistas. Tais questões foram enfrentadas inicialmente com a edição das Medidas Provisórias nº 927/2020 e 936/2020, que trouxeram medidas trabalhistas de caráter emergencial para ajudar a solucionar os graves problemas decorrentes da necessidade de isolamento social e interrupção das atividades empresariais.

Serviram como meios metodológicos para a sustentação e construção deste trabalho: pesquisa bibliográfica, legislação, doutrina e internet. Por meio de leitura e, em seguida, organização dos dados coletados, buscou-se obter informações sobre possíveis violações aos direitos das trabalhadoras gestantes e ao princípio da irredutibilidade salarial durante a pandemia. No mesmo cenário, este trabalho procurou discorrer sobre a responsabilidade dos empregadores na manutenção de salários de suas empregadas em estado gravídico em contexto de crise.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

A vigente Constituição brasileira abarca a maior quantidade de direitos trabalhistas, em relação a outros países, entre eles a licença-maternidade. No Brasil, alterações legislativas costumam ocorrer diariamente, no período pandêmico a edição de normas se intensificou ainda mais devido a necessidade de reestruturação, isolamento e interrupção do processo produtivo. As medidas emergenciais preconizadas nas normas legais e administrativas, para confrontar o estado de calamidade pública reconhecido pelo texto do Decreto Legislativo de nº 6/2020, permitiram alguma transigência em direitos trabalhistas.

## 2.1 GARANTIA DE EMPREGO DA TRABALHADORA GESTANTE

Há diversos dispositivos que protegem as trabalhadoras durante a gestação. Na Consolidação da Leis do Trabalho em seu artigo 391, verifica-se a proibição de dispensa sem causa motivada da mulher, caso esteja em estado de gravidez. Já no artigo 6º do texto constitucional, o cuidado dispensado à maternidade tem status de direito social, devendo ser observado pela previdência social, sobretudo com relação às mulheres gestantes ou em fruição de licença-maternidade, conforme determinam os artigos 7º, XVIII e 201, II da CF/88. Já o artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a demissão da empregada, desde a constatação do estado gravídico até cinco meses posteriores a data de nascimento da criança.

Na visão de Delgado (2019), essa garantia assegurada pela Carta Magna é objetiva e ocorre a partir da confirmação da gravidez, ultrapassando os interesses da genitora, se estendendo também para a criança recém-nascida, devido ao seu caráter assistencial voltado à saúde. Logo, é vedada a possibilidade de transação ou renúncia, pela gestante, com relação as garantias à conservação de salário e emprego, sendo que qualquer ajuste nesse sentido será passível de declaração de nulidade nos termos do artigo 9º da CLT. Nessa mesma linha de pensamento, o TST editou a OJ-SDC-30, *in verbis*:

Estabilidade da gestante. Renúncia ou transação de Direitos Constitucionais. Impossibilidade (republicada em decorrência de erro material, DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011). Nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Para Leite (2019), o entendimento da jurisprudência majoritária aponta para a responsabilidade patronal objetiva pelo fato da gravidez por parte do empregador, sendo irrelevante seu conhecimento do fato por ocasião da dispensa da empregada grávida. O que precisa ser verificado pelo intérprete no caso concreto, é se por ocasião da dispensa a trabalhadora estava ou

não gestante, pois, como pode ser observado no item I da Súmula 244 do TST, a ausência de conhecimento da gestação pelo patrão, não é motivo suficiente para elidir o pagamento de indenização que decorre da estabilidade.

Ademais, nos termos do item II da citada súmula, a empregada gestante faz jus a reintegração na fase de estabilidade. Passado esse período, a garantia fica limitada aos salários e demais direitos desse ínterim. Ainda convém lembrar, que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória quando admitida mediante contrato de trabalho com prazo de término previamente estipulado (Súmula 244, III, TST). Pode-se notar que a garantia provisória de emprego da gestante surge com a dispensa sem justo motivo pelo empregador, caracterizando a demissão arbitrária. Nos casos em que a ruptura do contrato de trabalho se dá em data anteriormente definida por empregada e empregador, não estamos diante de uma dispensa sem justa causa, mas, do fim de um contrato trabalhista no prazo acordado para sua extinção. Entendimento este, que pode ser extraído da tese de repercussão geral TEMA 497, realizada no RE 629.053, em 10/10/2018 pelo STF, em que foi fixado entendimento de que para a gestante ter direito a estabilidade é suficiente que a gravidez seja anterior à dispensa sem justa causa, excluindo outras formas de encerramento do contrato de trabalho: como o fim do contrato por prazo determinado, pedido de demissão e dispensa por justa causa.

Alguns entendem que a legislação voltada para a proteção à maternidade, pode não ser favorável à mulher, podendo se voltar contra ela por meio de discriminação, no entanto, para outros, se justifica, por ser indispensável sob o aspecto social, conclusão que está em conformidade com os preceitos internacionais (NASCIMENTO, A. M., 2014; NASCIMENTO, S. M., 2014). Nesse diapasão observa-se na Nota Técnica n.º 01/2021, publicada pelo Ministério Público do Trabalho, o alerta quanto a dispensa da gestante no período de pandemia, podendo caracterizar hipótese de dispensa discriminatória (373-A, II CLT e art. 4º Lei 9.029/99).

Ainda segundo a referida Nota Técnica, divulgada pelo MPT com recomendações de medidas e diretrizes voltadas para a proteção de trabalhadoras em estado gravídico, os empregadores foram orientados a afastarem as gestantes das empresas das escalas presenciais, garantir o direito de realizar suas atividades laborais de forma remota, dispensando o comparecimento no trabalho no caso de não ser possível sua realização na modalidade *home office*, garantindo a remuneração, ao menos enquanto haja

alto risco de contaminação no convívio social, podendo se utilizar para realizar o afastamento de alternativas permitidas na legislação vigente.

Até a edição da lei n.º 14.151/2021 não havia propriamente um dever que obrigava empregadores afastarem as gestantes de seus postos de trabalho, vinculado ao fato da sociedade viver a pandemia decorrente da Covid-19. No entanto observa-se no art. 394-A da CLT e nos seus §§ 2º e 3º, proteção jurídica especial para que o trabalho ocorra em espaço salubre. Todavia, quando não há local salubre na empresa para a prestação de serviço, a empregada gestante deve ser afastada, considerando-se a gravidez de risco com consequente percepção de salário-maternidade.

Contudo, não é possível concluir que todo ambiente de trabalho se tornou insalubre por causa da pandemia ou constatar risco de contaminação exclusivamente no local de trabalho. O que se observa é um risco difuso, que pode ser manifestar em todos os locais com interação humana. Isto posto, verifica-se que a gestante é suscetível a contaminação em qualquer local que se encontre, seja dentro ou fora da empresa (MARTINEZ, 2020; SANTOS JUNIOR, 2020).

## 2.2 FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS TRABALHISTAS E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

O princípio da irredutibilidade salarial está implícito no art. 468 da CLT, podendo ser observado na vedação de modificação de cláusula contratual que traga prejuízos ao trabalhador. De forma clara, o mencionado princípio pode ser identificado no art. 7º, VI, da CF/88, que autoriza a diminuição da remuneração, desde que haja previsão em convenção ou acordo coletivo. Ainda que exista negociação coletiva, a redução salarial só pode se dar em caráter provisório, levando em conta o mínimo existencial, representando pelo salário-mínimo, que em tese, deveria possibilitar ao trabalhador uma vida digna, permitindo-lhe prover o seu sustento e da sua família (LEITE, 2019).

A Medida Provisória nº 936/2020 que posteriormente foi convertida na Lei nº 14.020/2020, introduziu novidades no ordenamento jurídico nacional, quando trouxe em seus artigos 7º e 8º a permissão para reduzir salário com consequente diminuição de jornada de trabalho e a suspensão provisória do contrato de trabalho. Com o abrandamento da legislação trabalhista provocado

pelo contexto pandêmico, as trabalhadoras em estado gravídico, puderam em comum acordo com seu empregador, optar pelo Benefício Emergencial de Emprego e da Renda, que propiciou, mesmo que dentro de certo lapso temporal, a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e a suspensão transitória do contrato de trabalho de acordo com disposições contidas nas normas editadas durante a pandemia, desde que observados certos requisitos, como a manutenção temporária de emprego. Dessa forma, tornou-se possível a negociação das referidas disposições por acordo individual escrito entre empregado e empresa, sem a necessidade de intervenção sindical.

Para que a irredutibilidade salarial seja admitida, se faz necessário que haja uma negociação entre as partes envolvidas na relação de emprego, o trabalhador precisa obter alguma vantagem, como a manutenção de emprego em troca da redução salarial. A renúncia pura e simples desse direito fundamental sem a respectiva contrapartida, poderá resultar em nulidade da cláusula pelo poder judiciário, com fundamento na inobservância dos princípios da irredutibilidade, da razoabilidade e/ou proporcionalidade (LEITE, 2019).

A Carta Magna dispõe que cabe ao Estado manter a estabilidade econômica, baseada no enaltecimento do trabalho humano e na possibilidade dos indivíduos comuns participarem do mercado, sem que para isso precisem de autorização estatal (art. 170, caput), proporcionar o exercício da função social na atividade econômica (art. 170, III), garantir que a população economicamente ativa obtenha emprego (art. 170, VIII), focando na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do progresso nacional, atenuação de desigualdades sociais e regionais, almejando o bem-estar de todos (art. 3º). A publicação da MP 936/2020, não deixou de lado tais princípios e valores preconizados na Constituição, mas, buscou a sobrevivências das empresas com consequente conservação dos postos de trabalho (CASSAR, 2020).

Nesse cenário, em que o legislador tencionava proteger os empregos, a continuidade da atividade econômica e a diminuição do impacto social decorrente do estado de emergência de saúde pública, justificou-se a redução salarial em algumas situações específicas, dado que, o governo federal passou a dividir com o empregador, em dificuldades financeiras, o pagamento de salários, com fundamento no art. 5º, §1º da Lei n.º 14.020/2020. Contudo,

utilizando-se como base de cálculo o valor do seguro-desemprego que o empregado receberia no caso de demissão imotivada, de acordo com o art. 6º da Lei n.º 14.020/2020, caso em que, a depender do valor da remuneração, haveria prejuízo financeiro para o trabalhador.

Portanto, diante do cenário pandêmico, a empregada gestante poderia sofrer redução salarial, desde que seu emprego estivesse garantido durante o período de calamidade pública, sem configurar ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial. Na opinião de Delgado (2019) este princípio está relacionado ao princípio da intangibilidade salarial, que, para os doutrinadores figura entre os mais importantes princípios especiais justrabalhistas. O salário possui caráter alimentar, sendo considerado a maior contrapartida econômica pelo trabalho com vínculo empregatício. Em tese deveria prover as necessidades básicas do trabalhador e de seus familiares, ligadas ao sustento, moradia, transporte, saúde, educação etc., por isso, merece proteção contra constrições judiciais como a penhora, salvo no caso de pensão alimentícia (art. 833, IV, §2º, CPC) e de descontos por parte do empregador, com exceção de adiantamentos, dispositivos previstos em lei ou em contrato coletivo (art. 462 CLT).

Com a publicação da Lei nº 14.151/2021, determinou-se o afastamento das trabalhadoras gestantes de suas funções presenciais, enquanto persistir a emergência de saúde pública de importância nacional causada pelo vírus SARS-CoV-2, sem que, no entanto, haja prejuízo dos respectivos salários. A referida norma permite que o trabalho seja feito a distância, no domicílio da empregada, nos casos em que essa possibilidade seja viável, todavia, não contempla previsão objetiva sobre a responsabilidade pela manutenção da remuneração, nos casos em que o trabalho remoto se mostre inexequível.

Nas situações em que as gestantes conseguem prestar serviços em sua residência, se apresenta a figura do teletrabalho, que é uma atividade que pode ser desenvolvida fora dos locais de labor tradicionais das instituições, com auxílio principalmente da internet e de outros meios tecnológicos de comunicação e de informação que permitem a conexão com empresas e clientes.

A crise sanitária trouxe uma transformação significativa no mundo do trabalho remoto das trabalhadoras, tais mudanças podem resultar em sobrecarga e queda de produtividade, visto que, além de administrar o labor à distância, surgiu a necessidade de conciliar o trabalho com as tarefas domésticas e as

responsabilidades de mãe e esposa, tudo isso, de uma só vez, no mesmo ambiente. Para as gestantes, o teletrabalho trouxe desafios na compatibilização de rotinas de trabalho e família, no acesso as tecnologias e estruturas de trabalho, ansiedade devido à falta de monitoramento e suporte, além de dificuldades de adequação da família ao novo formato (FIGUEIRA, 2021).

Inicialmente a redução de tempo com o deslocamento de casa ao trabalho trazida pelo labor em domicílio, pode parecer benéfica, mas na maioria das vezes não resulta em mais tempo com a família, trazendo consequências negativas para as obreiras, que acumulam dificuldades em acessar as estruturas de trabalho com os afazeres domésticos e a dedicação aos filhos. Por outro lado, a falta de condições para realizar as atividades laborais à distância, sejam elas de caráter familiar, arquitetônico ou pessoais da trabalhadora, não configura hipótese de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho (Nota Técnica n.º 01/2021, MPT).

## 2.3 TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELOS EMPRESÁRIOS PARA ATENDER AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NO PERÍODO PANDêmICO

De acordo com o art. 170, inciso IX, as empresas de pequeno porte criadas em consonância com o ordenamento jurídico nacional, fazem jus ao tratamento especial. Teixeira (2019, p.102) entende que o tratamento favorecido para pequenos empresários se dá em virtude de: “excesso de carga tributária, burocracia administrativa dos órgãos públicos, complexidade das exigências contábeis, falta de preparo dos empreendedores, insuficiência de capital de giro e linhas de crédito, entre outros.”

Ademais, os pequenos negócios não conseguem concorrer em pé de igualdade com as grandes empresas. Sendo que as atividades econômicas desenvolvidas pelos micros e pequenos empresários, de forma isolada, não causam o mesmo impacto, que as atividades econômicas realizadas por multinacionais, daí a necessidade de um diploma legal específico como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte para atender as demandas desses empreendedores (LENZA, CHAGAS, 2021).

De acordo com estudos divulgados pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE – sobre o impacto da pandemia nos pequenos negócios, 31% precisaram mudar sua

forma de funcionamento, passando a oferecer serviço de entrega por pedido *online*, trabalhando com horário reduzido, rodízio de empregados, *drive thru*, teletrabalho etc. Em 2014, pesquisas realizadas pela referida entidade mostraram que uma a cada quatro empresas não atingiam o segundo ano de existência, sendo verificado o alto índice de mortalidade das micro e pequenas empresas, mesmo antes do coronavírus. A crise da Covid-19 trouxe ainda mais dificuldades para os empreendedores, principalmente para a saúde financeira dos negócios, sendo apontada como principal causa pelo encerramento das empresas. Ainda assim, diante de informações divulgados pelo Ministério da Economia, nota-se que os pequenos negócios são responsáveis pela geração da maioria dos empregos com carteira assinada no Brasil, suportando os altos custos da folha de pagamento.

Com a edição da MP nº 936/2020 verificou-se o tratamento diferenciado dispensado às micro e pequenas empresas, pois, somente as empresas de médio e grande porte, definidas pelo legislador como aquelas que ultrapassem receita bruta anual de R\$ 4.8 milhões, foram obrigadas ao pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de trinta por cento do salário do empregado, nos casos de suspensão temporária do contrato de trabalho.

No entanto, o afastamento do trabalho presencial determinado pela Lei nº 14.151/2021, das trabalhadoras gestantes com atividades incompatíveis com o trabalho domiciliar, sem contrapartida pela previdência social, trouxe novos desafios a todo setor produtivo, com o aumento de seus custos, já que, além de arcar com a remuneração da empregada afastada, criou-se a necessidade de nova contratação para suprir a ausência dessa obreira.

Sem previsão legal de benefício previdenciário que permita que as gestantes continuem recebendo seu salário integralmente, esse ônus, em tese, ficou a cargo do empregador. É certo que as implicações causadas pelo novo coronavírus trouxeram muitas dificuldades de ordem econômica e financeira às empresas dos mais diversos ramos de atividades e para muitas, pagar essa conta pode ser o evento derradeiro para inviabilizar seus negócios.

Trata-se de um impacto severo sentido globalmente, em que a capacidade contributiva das empresas foi seriamente afetada, surgindo a necessidade da união de esforços da sociedade como um todo, com objetivo de minimizar os impactos da economia brasileira. Ademais, o afastamento compulsório das gestantes, com

garantia da remuneração, em alguns seguimentos empresariais, causa grande impacto econômico, já que obriga o empregador a retirar das atividades presenciais um número relevante de trabalhadoras.

Diante desse contexto, pode não parecer justo atribuir o ônus da manutenção da remuneração das trabalhadoras impedidas legalmente de trabalhar, unicamente às empresas, sob a ótica de que os riscos dos negócios correm por conta do empregador. Tal hipótese pode prejudicar as mulheres no mercado de trabalho, já que o empregador poderá buscar apenas a força de trabalho masculina para preencher as vagas disponíveis.

Oportuno destacar que em face da determinação normativa de afastamento das trabalhadoras grávidas, com garantia da remuneração integral e que exerçam atividades não compatíveis com o trabalho remoto, muitos empregadores buscaram obter autorização judicial para efetuar a compensação dos valores pagos à título de salário-maternidade com as contribuições sociais devidas pela empresa, com fulcro no §1º do art. 72 da Lei n.º 8.213/1991. Se verificada a impossibilidade da gestante exercer suas funções em local salubre nas dependências do empregador, está configurada a gravidez de risco prevista no art. 394-A §3º, da CLT, com direito a percepção de salário-maternidade durante o afastamento. Já o art. 201, inciso II, da CF/88 atribui à previdência social a realização de atendimento visando a proteção à maternidade, particularmente à gestante e ainda o art. 4º, §8º, da Convenção n.º 103 da Organização Internacional do Trabalho Relativa ao Amparo à Maternidade, inserida na legislação brasileira por meio do Decreto n.º 10.088/2019, dispõe: “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelos custos das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

Assim, podem ser citadas decisões favoráveis aos empregadores, obrigando ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, arcar com a remuneração das gestantes que não conseguem prestar serviços remotamente: na Justiça Federal do Rio Grande do Sul (Processo n.º 5028306-07.2021.4.04.0000) que permitiu de forma liminar o abatimento de valores gastos pela empresa com salário-maternidade com as contribuições devidas ao INSS e de São Paulo (Processo n.º 5003320-62.2021.4.03.6128) autorizando o benefício de forma antecipada à gestante doméstica afastada.

Sendo o salário-maternidade, benefício previdenciário, seu custeio está pautado no princípio da solidariedade previsto no art.

3º, inciso I, da CF/88, sendo um dever jurídico de todos os membros da sociedade – Poder Público, empresas e trabalhadores – na forma do art. 195 da CF/88. O montante arrecado em determinado período com as contribuições sociais advindas de diversas fontes de custeio, servirão para o financiamento das prestações devidas no mesmo período. Conforme comenta Alencar (2021, p. 543) “Esse sistema repousa na ideia de solidariedade entre indivíduos e gerações [...]”, as contribuições daqueles que possuem capacidade contributiva e que atualmente estão na ativa, serão utilizadas para amparar os que não estão aptos para o trabalho. Santos (2019, p. 62) ensina que “A proteção social é encargo de todos porque a desigualdade social incomoda a sociedade com um todo”.

No campo normativo, ao longo de 2021, os empreendedores aguardaram ansiosamente uma solução legislativa para a questão. Contudo, o Projeto de Lei n.º 2.058/2021, que altera a redação da Lei n.º 14.151/2021 e estabelece questões mais seguras para o desenvolvimento das atividades laborais da gestante de maneira presencial, após aprovado na Câmara dos Deputados, seguiu para apreciação do Senado Federal, retornando para nova análise da Câmara dos Deputados com a seguinte emenda, a gestante deverá retornar para suas atividades presenciais, após encerramento do estado de emergência de saúde pública deflagrado pelo novo coronavírus ou após esquema vacinal completo, exceto se o empregador preferir manter a empregada em teletrabalho ou no caso das grávidas com comorbidades, que fazem parte do grupo de risco ao coronavírus.

Somente em 10 de março de 2022, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei n.º 14.311 que alterou a Lei n.º 14.151/2021 e que autoriza o trabalho presencial da gestante vacinada contra o coronavírus SARS-CoV-2. A referida lei, trouxe a obrigação do empregador manter apenas as empregadas não imunizadas afastadas do trabalho presencial. No mesmo contexto, permitiu a alteração de função da trabalhadora afastada, para compatibilizar as atividades por ela desenvolvidas, desde que observadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, garantindo a empregada o direito ao restabelecimento do cargo exercido anteriormente por ocasião do retorno as atividades presenciais, sem que sofra prejuízo do salário. Nesse viés, a mudança da função não será considerada uma alteração contratual da empregada gestante ainda não imunizada.

Ademais, a Lei nº 14.311/2022 autoriza o retorno da gestante para suas atividades laborais na modalidade presencial nas seguintes hipóteses: quando encerrado o estado de emergência de saúde pública de importância nacional causado pelo coronavírus SARS-CoV-2, caso em que, todas as empregadas retornarão ao trabalho presencial indistintamente; após a imunização completa, ou seja, quando a empregada tomou duas doses mais a dose de reforço das vacinas AstraZeneca, Coronavac ou Pfizer ou ainda dose única mais dose de reforço da Janssen nos termos da Nota Técnica 11/2022 do Ministério da Saúde ou mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, mediante assinatura de termo de concordância para o exercício do trabalho presencial e assentindo em cumprir os protocolos de segurança adotados pela empresa.

Em que pese a Lei nº 14.311/2022 tenha autorizado o retorno das gestantes ao trabalho presencial, não trouxe previsão de prestação previdenciária, no caso das gestantes afastadas não vacinadas, com funções incompatíveis com o trabalho a distância ou ainda das trabalhadoras que não querem retornam ao trabalho mediante consentimento expresso. Como a volta ao trabalho presencial da empregada não imunizada é uma expressão do direito fundamental da liberdade de autodeterminação individual, a gestante que decidir pela não vacinação, não poderá ser alvo de qualquer restrição de direitos em razão de sua opção.

Em tempo, foi publicada em 22 de abril de 2022, a Portaria GM/MS n.º 913, que declara o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), causada pela pandemia de coronavírus, configurando hipótese de autorização para o retorno das gestantes ao trabalho presencial nos termos do art. 1º, §3º, inciso I, da Lei n.º 14.151/2021, de acordo com a nova redação pela Lei 14.311/2022.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo se baseou na doutrina e em uma vasta gama de referências legislativas, decorrentes do contexto pandêmico, com o objetivo de identificar alterações no âmbito do direito laboral, com foco no trabalho da gestante.

A proteção à maternidade é levada a sério pela legislação brasileira, sendo verificada em vários dispositivos do ordenamento jurídico. Durante a pandemia, muitas normas emergenciais foram

editadas, buscando-se evitar desemprego, perda de renda e o colapso do setor produtivo. Dada a urgência instaurada no processo pandêmico, excepcionalmente foi possível a redução salarial com correspondente redução de jornada, inclusive para as gestantes, sem interferência sindical, no entanto, com recursos da União. Como exceção, houve a edição da Lei n.º 14.151/2021, que apesar da sua inquestionável importância, voltada para a proteção tanto da genitora quanto do nascituro, com intuito de evitar a contaminação pelo coronavírus, trouxe aumento de custos para os empresários, em especial para os pequenos negócios, já afetados pela queda de clientes e baixo volume de vendas, visto que, no caso de trabalho incompatível com o emprego remoto, o empregador passou a ter o ônus da manutenção da remuneração integral.

O custeio pela previdência social, poderia ser uma possível solução para o problema, visto que dessa forma, os empregadores não teriam aumento na sua planilha de custos, podendo efetuar a contratação de uma nova trabalhadora para substituir a empregada afastada. Assim sendo, evitar-se-ia uma provável discriminação na contratação de mulheres, já que os empregadores poderiam optar pela força de trabalho masculina para o preenchimento de vagas. Outra iniciativa, voltada para resolver a situação foi o Projeto de Lei 2.058/2021, que permitia o retorno das gestantes ao trabalho presencial após sua imunização completa ou encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (SARS-CoV-2).

O mencionado projeto vai de encontro com o desejo de muitas mulheres que recebem verbas variáveis, como horas extras, comissões e que gostariam de retornar ao trabalho presencial, para não sofrerem perdas salariais. Já nos casos em que não for possível exercer as atividades de forma presencial ou à distância, o referido projeto trouxe a possibilidade da gravidez ser considerada de risco, permitindo o recebimento de licença-maternidade, de responsabilidade do INSS, desde o início do afastamento.

O Projeto de Lei 2.058/2021 resultou na Lei nº 14.311/2022, que por sua vez alterou a redação da Lei nº 14.151/2021, permitindo o retorno das grávidas ao trabalho presencial, após encerramento do estado de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus; após a imunização completa da gestante; ou mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus, assinando um termo de livre consentimento para o retorno das atividades laborais de forma

presencial, comprometendo-se a seguir os protocolos de saúde adotados pelo empregador.

No entanto, o legislador nada falou sobre a possibilidade de afastamento previdenciário, no caso da empregada gestante que não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, com comorbidades, que execute atividades incompatíveis com o trabalho remoto ou ainda que não queira retornar ao trabalho mediante assinatura de termo de consentimento. Nessas situações, ficou mantido o ônus do empregador ao pagamento da remuneração integral no período da vigência da redação anterior da Lei nº 14.151/2021, salvo nos casos em que o empregador tenha ingressado com medida judicial e obtido decisão favorável para efetuar o abatimento dos valores pagos a título de salário-maternidade com as contribuições previdenciárias devidas pela empresa.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENCAR, H. A. **Cálculo de Benefícios Previdenciários**. 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 fev. 2022.
- BRASIL. **Decreto n. 10.088**, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 15 maio. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Legislativo n. 6**, de 20 de março de 2020. Reconhece, para fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, ocorrência do estado de calamidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 06 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 06 fev. 2022.
- BRASIL. **Lei n. 14.020**, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial do Emprego e da Renda, dispõe sobre as medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm). Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 14.151**, de 12 de maio de 2021. Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.311**, de 09 de março de 2022. Disciplina o afastamento da empregada gestante, inclusive a doméstica, não imunizada contra o coronavírus SARS-CoV-2 das atividades de trabalho presencial quando a atividade laboral por ela exercida for incompatível com a sua realização em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.311-de-9-de-marco-de-2022-384725072>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927**, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 936**, de 1º de abril de 2020. Institui o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre as medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.045**, de 27 de abril de 2021. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), no âmbito das relações de trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm). Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica 01/2021 do GT Nacional COVID-19**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-gestante-gt-covid-19-assinada-2.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota Técnica 11/2022 do SECOVID/GAB/SECOVID/MS**. Disponível em: <https://sbim.org.br/images/files/notas-tecnicas/nt-covid19-consolidacao-maiores-12anos.pdf.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria GM/MS n.º 913/2022**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-913-de-22-de-abril-de-2022-394545491>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda Projeto de Lei n.º 2058/2021**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9056842&disposition=inline>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 497 RE 629053**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3940408&numeroProcesso=629053&classeProcesso=RE&numeroTema=497>. Acesso em: 08 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **Agravo de Instrumento n.º 5028306-07.2021.4.04.0000**. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1267051794/agravo-de-instrumento-ag-5028306072021404 0000-5028306-0720214040000>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. **Mandado de Segurança Cível 1ª Vara Federal de Jundiaí n.º 5003320-62.2021.4.03.6128, Salário-Maternidade (art. 71/73)**. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248815145/mandado-de-seguranca-civel-50033206220214036128-subsecao-judiciaria-de-jundiai-trf03/inteiro-teor-1248815146>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial da SDC**. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDC/n\\_bol\\_21.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_21.html). Acesso em: 06 fev. 2022.

CASSAR, V. B. Comentários à Medida Provisória 936/20. In: BELMONTE, A. A.; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. (Coordenadores). **Direito do Trabalho na Crise da COVID-19**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 18.ed. São Paulo: LTr, 2019.

FIGUEIRA, L.S. Mulher e Mercado de Trabalho na Pandemia: a Sobrecarga do Home-Office. In: ROSENTHAL, B; SERAU JÚNIOR, M. A. (Organizadores). **Direito do Trabalho: impactos da pandemia, a reforma trabalhista e outras atualidades.** Salvador: Studio Sala de Aula, 2021.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho.** 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LENZA, P.; CHAGAS, E. E. D. **Direito empresarial.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MARTINEZ, L.; SANTOS JUNIOR, A. C. O dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos de coronavírus. In: BELMONTE, A. A.; MARTINEZ, L.; MARANHÃO, N. (Coordenadores). **Direito do Trabalho na Crise da COVID-19.** Salvador: Juspodivm, 2020.

NASCIMENTO, A. M; NASCIMENTO, S. M. **Curso de Direito do Trabalho.** 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, M. F. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SEBRAE. **O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios.** Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-impacto-da-pandemia-de-coronavirus-nos-pequenos-negocios\\_192da538c1be1710VgnVCM1000004c00210aRCRD](https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-impacto-da-pandemia-de-coronavirus-nos-pequenos-negocios_192da538c1be1710VgnVCM1000004c00210aRCRD). Acesso em: 12 out. 2021.

TEIXEIRA, T. **Direito Empresarial Sistematizado.** 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

