

VOLUME 1 - NÚMERO 1
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO



UDF
Centro
Universitário

VOLUME 1 - NÚMERO 1
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

EDITOR CHEFE

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana

EDITORES EXECUTIVOS

Profa. Dra. Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Prof. Me. Thiago Santos Aguiar de Pádua

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

EDITOR EXECUTIVO RESPONSÁVEL POR ESTA EDIÇÃO

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

CONSELHO EDITORIAL

Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Ministro Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro

Prof. Dr. Fábio Libório Rocha

Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva

Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Prof. Me. João Marcelo Barbosa Ribeiro Dantas

Prof. Me. Joao Carlos Souto

PRODUÇÃO EDITORIAL

Núcleo de Publicações Institucionais (NPI)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Filipe Carvalho de Almeida

DIAGRAMAÇÃO

Raiff Pimentel Félix Almeida

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos a Edição Especial da Revista Cadernos de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

Os Cadernos de Direito são resultado da preocupação constante da Magnífica Reitora Professora Doutora Beatriz Maria Eckert-Hoff em ampliar e fortalecer a pesquisa e a produção acadêmica como um diferencial desta renomada Instituição de ensino, de forma a proporcionar ao aluno um canal próprio de publicação de artigos e trabalhos acadêmicos e reconhecer sua importância como protagonista no processo de construção do conhecimento.

Este volume apresenta os Trabalhos de Conclusão de Curso - TCCs - mais bem avaliados do primeiro semestre do ano de 2019, indicados para publicação pelas bancas avaliadoras, em razão da qualidade e importância do tema.

Assim, esta edição especial cumpre a importante missão de dar visibilidade aos melhores trabalhos acadêmicos dos alunos do Curso de Graduação em Direito do UDF, que há 51 anos vem formando gerações de profissionais de destaque em todas as áreas jurídicas.

Parabenizamos os autores dos trabalhos indicados, com a certeza de que o reconhecimento do mérito acadêmico contribui para construção de uma carreira brilhante e exitosa. Ao mesmo tempo, agradecemos aos professores orientadores, que, com sua experiência, conhecimento e zelo, atuaram de forma decisiva para garantir a excelência dos trabalhos apresentados.

Os cadernos de Direito são uma conquista coletiva, resultado de um esforço institucional em benefício do aluno, nossa razão de ser.

Aproveitem!

Maria Cecilia Lemos

Coordenadora dos Trabalhos de Conclusão de Curso do UDF

Editora Executiva

SUMÁRIO

SEÇÃO TCCS:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS NOTARIAIS SOB A PERSPECTIVA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA 06

Antonio Pereira Lima (Orientador: Prof. João Guilherme Assafim)

O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO E A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO QUE PROTEGE A MULHER 42

Ceci Moura Medina (Orientadora: Prof^ª. Paloma Neves do Nascimento)

A (IM) POSSIBILIDADE DE REQUISITAÇÃO EM DESEFAVOR DO RÉU NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DA SISTEMÁTICA PENAL VIGENTE 64

Débora Maria Rodrigues de Souza (Orientador: Prof. Anderson Pinheiro da Costa)

***PLEA BARGAINING*: A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 83**

Fabrcio Carlos Silveira Portela (Orientador: Prof. Sidio Rosa de Mesquita Júnior)

O DIREITO FUNDAMENTAL À REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO EXTRAPATRIMONIAL REFLEXÕES DIANTE DA LEI 13467/17 E A TARIEFAÇÃO DO DANO MORAL 108

Mylena Mitsuyo Venancio Ywata (Orientadora: Prof^ª. Maria Cecilia Lemos)

A (IN) EFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO SOBRE O PSICOPATA TRANSGRESSOR 138

Nislane Paulino Carvalho (Orientador: Prof. Anderson Pinheiro da Costa)

A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO UNILATERAL COM A RETIRADA DO VÍNCULO BIOLÓGICO DE PARENTESCO 161

Priscila Oliveira Silva Maciel (Orientadora: Prof^ª. Paloma Neves do Nascimento)

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS QUE IMPEDEM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS NA DESAPOSENTAÇÃO CONCEDIDA VIA JUDICIAL MESMO NA AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 661.256/SC 204

Rafael Barbosa Ramos (Orientadora: Prof^ª. Cristiane Pereira Vianna de Oliveira)

CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DO TRABALHO 224

Yuri Farias Braga (Orientadora: Prof^ª. Rúbia Zanotelli Alvarenga)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS NOTARIAIS SOB A PERSPECTIVA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Antonio Pereira Lima (Orientador: Prof. João Guilherme Assafim)

RESUMO: Os serviços cartorários, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 236, são exercidos por particulares, por sua conta e risco, após obterem aprovação em concurso público de provas e títulos para assumirem a delegação estatal. Por meio desse procedimento especial de delegação, o Estado confere fé pública aos atos praticados perante os tabeliães ou aos registradores, ou levados a registros perante esses profissionais. A anuência desses agentes do Estado nas transações realizadas entre os particulares é a garantia de transparência, segurança e autenticidade dos negócios firmados perante eles. A segurança jurídica dos atos praticados pelos notários é intrínseca à atividade notarial. Diante dessa magnitude de que se reveste a atividade notarial, pode surgir para o Estado - na qualidade de titular dos serviços notariais - o dever de reparar eventuais danos causados a terceiros, em decorrência de ato notarial ou registral imperfeito praticado pelo titular de serventia extrajudicial ou por seus prepostos. Em face dessa possibilidade, surgiram divergências doutrinárias acerca da espécie de responsabilidade civil aplicável ao Estado. Alguns doutrinadores defendem a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa do agente pela prática do ato ilícito; outros defendem a aplicação da responsabilidade civil objetiva, em que se dispensa a comprovação da culpa em casos especificados em lei, uma vez que cabe ao ofensor a prevenção do perigo. No âmbito jurisprudencial, entendimentos díspares podem ser encontrados inclusive no âmbito de um mesmo Tribunal, como ocorreu entre Turmas do STJ. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE 842846, assentou entendimento segundo o qual o Estado responde objetivamente pelos atos praticados pelos tabeliães ou pelos registradores. Com isso, do ponto de vista jurisprudencial, a responsabilidade civil do Estado pelos atos notariais e registrais que causarem danos a terceiros começa a se estabilizar.

Palavras-chave: Direito Notarial. Delegação. Responsabilidade Civil do Estado do Estado.

SUMMARY: Cartor's services, as provided by the Federal Constitution of 1988, in its art. 236, are exercised by individuals, at their own risk, after obtaining approval in a public competition for evidence and titles to take over the State delegation. By means of this special procedure of delegation, the State confers public faith on the acts practiced before the notaries or the registrars, or taken to registers before these professionals. The consent of these agents of the State in the transactions carried out between private individuals is the guarantee of transparency, security and authenticity of the business signed before them. The legal certainty of the acts practiced by notaries is intrinsic to the notarial activity. In view of this magnitude of notarial activity, the State - as holder of notary services - may

have the obligation to repair any damages caused to third parties, as a result of a notarial act or imperfect registration carried out by the holder of extrajudicial service or by its agents. Faced with this possibility, doctrinal divergences arose about the kind of civil responsibility applicable to the State. Some writers defend the application of subjective civil liability, based on the fault of the agent for the practice of the illegal act; others advocate the application of objective civil liability, where guilty is required in cases specified by law, since it is up to the offender to prevent danger. In the jurisprudential context, disparate understandings can be found even in the scope of the same Court, as it happened between Classes of the STJ. However, the Federal Supreme Court, in judgment of RE 842846, was based on the understanding that the State responds objectively to the acts practiced by the notaries or the registrars. Thus, from the jurisprudential point of view, the civil liability of the State for notarial and registry acts that cause harm to third parties begins to stabilize.

Key-words: Notary law. Delegation. State Liability.

INTRODUÇÃO

As funções inerentes às atividades notariais e de registro revestem-se de grande importância, especialmente no que refere às relações negociais, uma vez que visam a garantir a autenticidade, a segurança, a publicidade e a eficácia dos negócios jurídicos.

A previsão constitucional desses serviços disposta no art. 236 da Constituição Federal de 1988 confirma a sua importância para a sociedade. A relevância desses serviços pode facilmente ser observada por meio da natureza pública que lhes é inerente, em que pese serem exercidos em caráter privado, por intermédio de delegação do Poder estatal, a qual se operará entre pessoas previamente aprovadas em concurso público de provas e títulos.

Restam, por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, dúvidas das mais variadas, ainda mais se forem levados em consideração os contornos atípicos de que se revestem tais atividades. O principal embróglio verificado diz respeito ao regime jurídico ao qual estão submetidos os titulares delegados das serventias extrajudiciais (notários e registradores), especialmente no que tange ao sistema de responsabilidade civil respectivo¹.

O interesse pelo presente tema surgiu após observação de importantes mudanças na legislação pátria, reconhecendo às serventias extrajudiciais novas competências que outrora se encontravam na seara judicial ou no âmbito das atividades administrativas do Estado, como, por exemplo, a realização de divórcio não litigioso, a expedição de documentos como a carteira de identidade, o Passaporte e o CPF.

Dentro desse contexto, busca-se mostrar a importância histórica que as atividades notariais e de registro têm para com a sociedade, especialmente após a Constituição Federal de 1988 inclui-las no rol de serviços públicos que podem ser executados por um particular, mediante delegação estatal, após aprovação em concurso público de provas e títulos, trazendo mais segurança jurídica aos negócios firmados na presença dos tabeliães ou dos registradores ou por estes anuídos.

¹ QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 56. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

A pesquisa enquadra-se em área relativa ao Direito Público, haja vista que a responsabilização civil do Estado e de seus agentes delegados é estudo afeto à área de direito público. Ademais, notários e registradores, conforme será observado, devem ser considerados como agentes delegados prestadores de serviços públicos².

Os principais pontos objetos de análise no presente estudo têm como fonte as disposições contidas no art. 236 da Constituição de 1988, que, juntamente com a Lei nº 8.935/1994, (a qual, além de regulamentar o mencionado art. 236 da Constituição Federal, estabelece o estatuto dos notários e registradores), formam o arcabouço legislativo dos oficiais de registros públicos.

Objetivou-se, especificamente, encontrar resposta ao seguinte questionamento: **Qual será a espécie de responsabilidade civil do Estado em caso de danos sofridos pelos utentes dos serviços notariais e de registros, ocasionado pelos delegados titulares das serventias extrajudiciais ou seus respectivos prepostos?**

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se como metodologia a pesquisas bibliográfica e a documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada com base em livros e artigos científicos constantes de revistas especializadas e publicações avulsas sobre os temas referentes às Atividades Notariais e de Registros, à Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores, e também à Responsabilidade Civil do Estado, frente aos atos praticados pelos delegatários de serviços públicos. A pesquisa documental deu-se mediante a análise à legislação que trata da atividade notarial e de registro e da responsabilidade civil, bem como às decisões proferidas pelos tribunais pátrios, dando-se maior ênfase aos acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, atinentes aos oficiais de registros públicos, máxime no que tange à responsabilização civil.

Com vistas a dar melhor entendimento do objetivo deste trabalho, dividiu-se o estudo em três capítulos, assim definido: o primeiro trata de algumas alterações legislativas recentes que impactaram a atividade notarial no Brasil, perpassando pela evolução histórica da atividade notarial e pelos princípios mais relevantes aplicáveis à atividade notarial no Brasil e apresenta a situação do Direito Notarial no ordenamento jurídico pátrio.

No segundo capítulo, apontam-se a relevância da atividade cartorária para a segurança jurídica dos negócios realizados na presença de um titular dos serviços notariais ou por este anuído, esclarecendo-se que, com a evolução dos modelos de negócios e com a ampliação do conhecimento, a sociedade procurou usufruir, cada vez mais, dos serviços notariais. Procurou-se, ainda, mostrar que as instituições notariais e registrais agem como verdadeiros órgãos de pacificação social, uma vez que os atos praticados pelos tabeliães ou pelos registradores legitimam os negócios jurídicos celebrados entre particulares. Nesse capítulo tratou-se também das atribuições e competências dos notários e registradores, além da função da atividade na prevenção de litígios, visto que a atividade notarial, segundo alguns doutrinadores, está compreendida entre os atos de jurisdição voluntária.

No terceiro capítulo, perquiriram-se acerca das noções gerais de responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no tocante a certos pontos que se reputam

² De acordo com Roberta Quaranta (2009, p. 12), “É assim que dispõe o *caput* do art. 236 da Constituição Federal de 1988 e o art. 3º da Lei 8.935/94, no sentido de que os notários (ou tabeliães) e os registradores (ou oficiais de registro) são profissionais do direito, dotados de fé pública, que exercem em caráter privado os serviços notariais e de registro, por delegação do poder público”.

de inquestionável importância ao presente estudo, tais como: os elementos constitutivos, as espécies de responsabilidade civil, as teorias que fundamentam o sistema, bem como a responsabilidade civil do Estado.

Nesse último capítulo, debruçou-se, ainda, sobre os recentes entendimentos jurisprudenciais firmados pelos Tribunais Superiores, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal que, em relação à responsabilidade civil do Estado, reafirmou jurisprudência segundo a qual o Estado responde objetivamente pela reparação de danos causados a terceiros por tabeliães ou oficiais de registros no exercício de suas funções. Apresentam-se, também, os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais conflitantes acerca da responsabilidade civil desses profissionais.

1. DIREITO NOTARIAL NO BRASIL

Nos últimos anos, especialmente em 2018, ocorreram mudanças de grande importância para o Direito Notarial. Essas alterações corroboram a vocação desse ramo do direito para inseri-lo nas questões relativas à organização do Estado, sedimentando, assim, a posição desse campo jurídico nas relações entre particulares e entre esses e o Poder Público.

A seguir, destacam-se os principais eventos ocorridos desde o último ano.

No campo legislativo, a Lei 13.606/2018, estabeleceu a possibilidade de a Procuradoria da Fazenda Nacional bloquear bens, sem ordem judicial, mediante a averbação da Certidão de Dívida Ativa na matrícula de bens registrados em cartórios. Trata-se da chamada averbação pré-executória.

Ainda no âmbito legislativo, por meio da Lei 13.726/2018, conhecida como “Lei da Desburocratização”, as inovações giram em torno da desnecessidade de exigências de reconhecimento de firmas e de autenticações de documentos a serem apresentados às repartições públicas federais, estaduais, distritais e municipais. E por meio da Lei 13.777/2018, incluíram-se diversos artigos no Código Civil de 2002, tratando da multipropriedade imobiliária. Esta lei modificou, também, a Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973 – impactando o direito registral imobiliário.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu aos transgêneros a possibilidade de alteração no Registro Civil sem prévia mudança de sexo. Ademais, neste ano de 2019, a Suprema Corte firmou entendimento segundo o qual o Estado tem responsabilidade objetiva para reparar danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registros no exercício de suas funções cartorárias³, podendo o ente estatal ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de responder por improbidade administrativa.

1.1 CONCEITOS DE DIREITO NOTARIAL

A expressão direito notarial possui dois significados distintos. No primeiro, entende-se que se trata de uma parte do direito privado que interessa aos profissionais do direito que

³ Recurso Extraordinário (RE) nº 842846, com repercussão geral reconhecida. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7251059>. Consulta realizada em 16/05/2019.

compõem o notariado, englobando áreas como os direitos das obrigações, da família, das sucessões, entre outras. No segundo, o compreende-se como o conjunto de regras jurídicas que se aplica aos notários no exercício de suas funções, as quais englobam as atribuições certificadoras e as legitimadoras, além das normas que regulam as relações entre os notariados e seus clientes⁴.

Com vistas a situar o direito notarial no ordenamento jurídico, na doutrina clássica há entendimento segundo o qual esse ramo do direito privado goza de certa autonomia⁵. No Brasil, o direito notarial encontra a sua fonte no art. 236 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e na Lei 8.935/1994, mas a definição e os efeitos do documento e negócios notariais têm sua sede no Código Civil de 2002 e em outras leis esparsas⁶, razão pela qual a autonomia do direito notarial possui um interesse prático limitado e sua importância é maior do ponto de vista acadêmico⁷.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Estudos sugerem o escriba⁸ como sendo o primeiro modelo do notário atual. Na sociedade egípcia, ele era o agente responsável por perpetuar as transações da época, recebendo ampla preparação cultural. Os cargos ocupados por eles eram propriedade privada dos seus titulares, inclusive sendo objeto do direito sucessório. Porém, nessa época, os escribas não dispunham de fé pública, prerrogativa própria do notário moderno, razão pela qual os atos praticados por eles deveriam ser homologados por autoridade superior, para que tivessem valor probatório.

De acordo com Brandelli⁹, o povo hebreu também dispunha de escribas, com atribuições e prerrogativas semelhantes às dos egípcios. Os escribas hebreus eram divididos em escribas da lei, do povo, do rei e do Estado¹⁰. Desses, o que mais se assemelhava ao notário atual, é o escriba do povo, uma vez que estava vinculado à atividade privada. Contudo, os atos praticados por esse agente também não eram dotados de fé pública.

Ivanildo de Figueiredo¹¹ ensina que a atividade profissional do Notário ou Tabelião encontra-se presente na história da humanidade desde o Século XIV, originando-se do período do Renascimento na Europa, quando a especialização dos contratos e das declarações de vontade passou a exigir uma forma que viesse a assegurar, por escrito, validade plena e indene de dúvidas quanto ao inteiro teor da manifestação de vontade dos contratantes e ao preciso momento da celebração do ato.

4 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 27.

5 COLIN e CAPITANT *apud* LOUREIRO ensinam que “as atribuições dos notários, suas obrigações, sua responsabilidade são objeto de um conjunto de regras suficientemente importantes e especializadas para construir um campo especial do direito”.

6 A Lei 7.433/1985 dispõe sobre os documentos a serem apresentados para a lavratura de escritura pública.

7 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 28.

8 SANTOS, Moacir Elias. A formação dos escribas entre os egípcios antigos. A palavra escriba, na língua egípcia “sesh”, além de se referir a uma profissão, significa um título que era conferido aos que sabiam ler e escrever e trabalhavam diretamente com essa ocupação. Disponível em: <https://antigoegito.org/artigo-a-formacao-dos-escribas-entre-os-egipcios-antigos/>. Consulta realizada em: 10/05/2019.

9 BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

10 SILVA, Antonio Augusto Firmo da (1979) *apud* BRANDELLI (2011).

11 OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade. Catálogo de Atos Notariais. 2. ed. 2008, p. 5. Disponível em: <http://tabelonatofigueiredo.com/publicacoes/catalogo-de-atos-notariais>. Consulta realizada em: 09/05/2019.

Nessa trilha, os ensinamentos de Caio Mário¹² para o qual a atividade notarial e de registro sempre esteve associada à própria organização das sociedades, existindo relatos históricos sobre a função desde as primeiras civilizações.

Luiz Guilherme Loureiro¹³ ensina que a origem do notariado remonta à antiga Roma, onde coexistiam, sob o Império romano, duas funções ligadas à redação de atos: os notários e os tabeliães. Contudo, afirma que nenhuma dessas funções se assemelha àquelas desempenhadas pelo notário moderno. Assevera que na Roma Antiga, o termo *notarius* é o que hoje chamaríamos de secretário, e que esse ofício era exercido pelos escravos, pelos antigos cidadãos ou pessoas originárias das sociedades submetidas ao poder militar romano, muitas delas dotadas de culturas mais sofisticadas¹⁴ do que a existente na República de Roma.

O termo “tabelião”, segundo Loureiro, apareceu a partir do século III d.C, e refere-se a um escrivão público, com certos conhecimentos jurídicos, ao qual os particulares se dirigiam para demandar a redação de seus escritos, notadamente contratos. Os documentos produzidos por esse profissional, entretanto, não tinham efeito de prova e, no máximo, podiam constituir um elemento de prova. Assim, os atos editados pelo tabelião não se revestiam de fé pública, tal como hodiernamente conhecemos.

Argumenta que em Roma existia um terceiro personagem confundido com o tabelião: o *tabularius*, o qual era encarregado de registrar os atos do tabelião em registros públicos (*insinuatio*)¹⁵ e de conservar os arquivos dos registros produzidos. Conclui que o direito romano não conhecia a figura do notário ou do tabelião ou mesmo de um profissional que pudesse ser classificado como “pré-notário”, que surgiu após a queda do Império de Roma, no século V (476 d.C), na Alta Idade Média.

Nessa época, segundo Loureiro, o notário mostra a sua relevância social ao funcionar como um artífice do direito, ao investigar e fixar as normas costumeiras, chegando a criar novos contratos e institutos jurídicos, aproveitando-se da ampla margem de atuação decorrente do desinteresse dos detentores do poder político¹⁶ em fixar normas de direito privado. Na falta de leis escritas, o notário medieval recorria a fatos que, por si mesmos, encontram na história cotidiana a força vital para produzir efeitos jurídicos duradouros e reconhecidos.

A figura do notário tal como conhecemos hoje, de acordo com Loureiro, surgiu com o desenvolvimento do comércio e do transporte marítimo, na Baixa Idade Média.

Nesse período, surgiram os centros urbanos e os negócios passaram a ser mais sofisticados. Os *novas negotia* tornaram-se um problema urgente para os juristas do século XII e o papel do notário se tornou ainda mais relevante na sociedade medieval, quando os usos e os costumes fizeram emergir à superfície do direito novas figuras jurídicas, havendo, pois, a necessidade de adequação do direito às novas demandas sociais.

12 LINS, Caio Mário de Albuquerque. A Atividade Notarial e de Registro. Companhia Mundial de Publicações, 2009. p. 15.

13 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 42 - 44.

14 LOUREIRO (2018, p. 43) cita como exemplo os gregos submetidos ao poder militar romano, quando teve início a extraordinária expansão territorial do antigo vilarejo situado à margem do rio Tibre. Afirma que entre os escravos havia pessoas com conhecimento da escrita e com maior erudição do que seus senhores, os *pater familias* e patrícios romanos. Esses escravos cuidavam dos negócios das famílias e inclusive ocupavam postos na administração de Roma, redigindo atos sob as ordens de seus senhores.

15 LOUREIRO (2018, p. 43) explica que a *insinuation* era a transcrição do documento ante a cúria da cidade ou a autoridade da província e foi instituída no direito romano pós-clássico por Constantino.

16 LOUREIRO (2018, p. 45) ensina que nessa época os príncipes tinham maior interesse no atualmente denominado direito público, ou seja, a área do jurídico voltada ao exercício, legitimação e conservação do poder (tributação, administração das comunas e reinos etc.), direito privado foi deixado à elaboração e efetivação dos particulares.

Segundo Grossi (2014, p. 236) *apud* Loureiro (2018, p. 48)¹⁷, nesse período a “ciência e práxis demonstram, mais uma vez, sua estreita simbiose que é validada aquele importante instrumento de mediação – como um ponto de articulação entre as duas dimensões – que é o notariado, ou melhor, o novo notariado de Bolonha¹⁸”.

Assim, na baixa Idade Média ou Idade Média sapiencial, segundo Loureiro¹⁹, a evolução da sociedade levou à necessidade crescente de segurança jurídica para a realização de atos da vida e negócios privados, culminando na transformação do notário rudimentar do século VI em um jurista especializado em aconselhar e redigir contratos e negócios jurídicos cada vez mais complexos no século XII.

1.3 SURGIMENTO DO DIREITO NOTARIAL NO BRASIL

O notariado foi introduzido no Brasil²⁰ pelos colonizadores portugueses por meio das Ordenações Afonsinas de 1445, posteriormente sucedidas pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas²¹.

Nessa época, o ambiente fático e jurídico do Brasil era permeado de insegurança jurídica, uma vez que as ordenações portuguesas nem sempre coincidam com os usos e costumes dos povos que aqui se encontravam. Foi nesse contexto de insegurança jurídica que atuaram os primeiros notários brasileiros, que se encarregaram de identificar as normas jurídicas costumeiras aptas a regular as diversas relações jurídicas da época.

Para Loureiro, esses profissionais atuavam como verdadeiros intérpretes de um direito fragmentado, complexo e dinâmico, com vistas a viabilizar maior segurança ao tráfego de bens em um ambiente parcos de conhecimentos jurídicos e no qual a maior parte dos indivíduos era analfabeta.

Brandelli²² ensina que no período histórico em que ocorreram os descobrimentos da América e do Brasil, o tabelião acompanhava as navegações, tendo o papel de registrar os acontecimentos e as formalidades oficiais de posse de terras descobertas.

Sobre tal fato, relata que o primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro foi Pero Vaz de Caminha, quem narrou e documentou com minúcias, embora sem precisão técnica, a descoberta do Brasil e a posse da terra, com todos os seus atos oficiais.

Ao tempo em que o Brasil era Colônia de Portugal, as ordenações editadas pelo Rei lusitano constituem-se na principal fonte do direito em terras brasileiras, onde as Ordenações Filipinas tiveram longo período de vigência, chegando a serem aplicadas até o século XX.

17 LOUREIRO. Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 48.

18 Segundo Loureiro, na Escola de Bolonha, as artes foram conhecidas como artes maiores e artes menores, de acordo com a sua importância na sociedade. A arte notarial era classificada como arte maior, juntamente com a arte dos juízes. A partir da Escola de Bolonha, o notário não é mais um profissional com precário conhecimento jurídico, mas verdadeiro jurista que vive em estreito contato com a práxis e a ciência e dela absorve cultura e técnica rigorosa.

19 ———. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 50.

20 ———. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 55.

21 Segundo Loureiro (2018, p. 55), as Ordenações Afonsinas foram reproduzidas nas Ordenações Manuelinas (1521), cujo Livro I, Título LIX, era denominado “Tabeliães de Notas”, e nas Ordenações Filipinas (1603), que disciplinam as formalidades das escrituras públicas no seu Livro I, Títulos 78 e 80.

22 BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Nesse sentido, Brandelli ensina que contrariamente ao que ocorreu em outros países, as leis editadas no Brasil não criaram normas novas em matéria notarial e aquelas que foram incorporadas pela vigência das Ordenações Filipinas se projetaram até após o início da vigência do Código Civil de 1916, porquanto este restringiu as modificações à legislação em matéria testamentária.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em voto exarado nos embargos ao Recurso Extraordinário n. 78.570/PR, de relatoria no Min. Rodrigues Alckmin, assim decidiu:

Voto do Relator do Recurso Extraordinário n. 78.570/PR

“Diga-se, a este respeito, que, com a independência do Brasil, o direito anterior não foi abolido do território nacional. Ao contrário. De maneira expressa, a Lei de 20 de outubro de 1823 dispôs em seu art. 1º: ‘As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até 25 de abril de 1821, em que sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu o Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas”.

Diante disso, tem-se que a função notarial foi introduzida no Brasil pelos colonizadores portugueses e que as normas que regulavam a atividade notarial no País estiveram vigentes até o século XX. Hodiernamente, segundo Brandelli, essas normas ainda exercem influência sobre os atos notariais elaborados nos serviços cartorários do País, no que tange, por exemplo²³, nas escrituras, à data, ao lugar da lavratura do ato, aos nomes e à identificação das partes, assim como às declarações de ter sido lido lavrada e achado conforme.

1.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ATIVIDADE NOTARIAL

Nas lições de Loureiro²⁴, o notariado é regulado por um conjunto de regras específicas, formado pelas normas legais que estabelecem o estatuto do notário e também por princípios que estabelecem linhas gerais sobre a organização e a atuação dos tabeliães.

Ensina que para autores positivistas, os princípios gerais do direito são as verdades fundantes de um sistema jurídico e são obtidos por processo de indução que tem por fonte ou origem a própria regra jurídica positiva. Nesse caso, são constituídos em fonte de integração das lacunas da lei ou como fonte supletória da falta de normas para resolver os conflitos jurídicos.

A classificação dos princípios apresentado pelo referido autor, distingue os “princípios de ética jurídica” e os “princípios de técnica jurídica”. Os primeiros não constituem um valor

²³ BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 251.

em si, mas um instrumento para a realização de valores mais fundantes. Os princípios de técnica jurídica, por outro lado, destinam-se, em regra, a garantir a realização de princípios de éticas jurídicas, como os da confiança, da boa-fé, da equidade, o da segurança jurídica, entre outros.

Brandelli²⁵ ensina que a função notarial é regida por uma série de princípios que informam como deve pautar-se a atividade do tabelião. Afirma que a função notarial, como ato jurídico complexo, é permeada de características peculiares que funcionam como verdadeiros princípios orientadores, embora, como regra, não se encontrem positivados no ordenamento jurídico pátrio.

1.5 PRINCÍPIOS NOTARIAIS

Loureiro²⁶ ensina que os princípios notariais não se confundem com os princípios gerais do direito, visto que não emanam da razão jurídica natural e não traduzem valores éticos ou de equidade, mas constituem diretrizes do direito notarial e são caracterizados como princípios de técnica jurídica.

Esses princípios foram criados pela doutrina e inferidos das normas jurídicas positivadas. Podem, entretanto, serem expressamente previstos na Constituição ou na lei, como os princípios da legalidade e o da segurança jurídica, constantes do art. 1º da Lei 8.935/1994.

Brandelli²⁷ leciona que os princípios têm função hermenêutica muito importante, visto que dão o rumo da função notarial. Nesse sentido, tanto o legislador, ao criar normas positivas sobre a função notarial, como o intérprete, ao aplicar as normas notariais, deverão ter sempre presentes tais princípios e segui-los. Os princípios devem conduzir a correta interpretação das normas notariais, uma vez que informam o porquê da existência de tais normas.

A seguir, os principais preceitos relativos às atividades notarial e registral brasileiras.

1.5.1 Princípio da rogação ou demanda

Segundo Loureiro (2018, p. 257), esse princípio impede o notário de atuar de ofício. Impõe dizer que esse profissional deve ser procurado ou demandado pela parte para que possa praticar uma das atribuições que a lei lhe confere. Nesse sentido, a atividade notarial se inicia com a recepção da vontade das partes, ocasião em que o notário deve prestar consultoria e aconselhamento jurídico sem qualquer cobrança de emolumentos, salvo motivos válidos²⁸ que impeçam a sua atuação.

Em outros termos, de acordo com Loureiro, rogação é o ato jurídico pelo qual uma ou mais pessoas requerem ao notário o exercício de sua função com o fim de instrumentar uma declaração ou acordo de vontades, ou fixar fatos, acontecimentos e situações jurídicas. Ela se limita aos fatos, atos e negócios jurídicos lícitos. Abarca tanto as escrituras públicas quanto os atos notariais.

²⁵ BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 255.

²⁷ BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁸ Loureiro apresenta, como exemplo de impedimentos válidos, a existência de impedimentos legais, físicos ou éticos; a dúvida acerca da capacidade ou identidade da parte, a falta de provisão para pagamento de emolumentos e tributos decorrentes do negócio desejado.

1.5.2 Princípio da fé pública

Segundo Loureiro²⁹, a fé pública é da essência da função notarial e o exercício dessa função delegada pelo Estado ao tabelião, visa a garantir segurança jurídica e autenticidade aos atos e aos negócios jurídicos nos quais esse profissional intervém. Visa, ainda, a assegurar veracidade aos fatos ocorridos na presença do tabelião, quando forem constatados por algum de seus sentidos.

Segundo Figueiredo³⁰, a fé pública conferida, por lei, aos instrumentos lavrados em cartório, garante não apenas a legalidade do ato, mas também o assegura que foi celebrado naquela data determinada no contrato e que as partes manifestaram a sua vontade de plena consciência e com absoluta liberdade e autonomia, sem qualquer sugestão, induzimento ou coação.

A fé pública se refere à crença coletiva ou à crença daquilo que é público, isto é, a crença em algo notório, de existência patente ou manifesta. Essa característica ou qualidade da fé pública é consagrada na norma constitucional que veda aos entes federados recusarem fé aos documentos públicos. Nesse sentido, Loureiro (2018, p. 260) ensina que esse instituto é verdade, confiança ou autoridade que a lei atribui aos notários (e a outros agentes públicos) no que concerne à verificação ou à atestação de fatos, atos e contratos ocorridos ou produzidos em sua presença ou com a sua participação.

Cabe trazer à baila que o Código de Processo Civil (CPC/2015) afirma que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o agente público declarar que ocorreram em sua presença. A lei processual acrescenta que o documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular. Neste caso, desprovido de fé pública.

A doutrina brasileira classifica a fé pública em: administrativa, judicial, notarial e registral. Nas lições de Loureiro (2018, p. 260), a fé pública administrativa corresponde aos agentes da Administração – chefes de secretarias ou servidor; a fé pública judicial corresponde aos escrivães ou diretores dos escritórios judiciais; a fé pública notarial corresponde aos notários e recai sobre os atos e negócios jurídicos nos quais esses profissionais intervêm; e a fé pública registral, que diz respeito às competências dos registradores.

Diante disso, a fé pública se traduz em um poder do Estado consistente em asseverar a veracidade de um fato ou relação jurídica. Não poderá ser desconsiderada a eficácia especial³¹ do documento que certifica os fatos e as relações que assevera, enquanto não reconhecida a falsidade do documento que lhes serve de suporte, por sentença judicial transitada em julgado.

29 LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais. 3. ed. rev., atual. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 258.

30 OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade. Catálogo de Atos Notariais. 2. ed. 2008, p. 13. Disponível em: <http://tabelionatofigueiredo.com/publicacoes/catalogo-de-atos-notariais>. Consulta realizada em: 09/05/2019.

31 O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 215 que “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

1.5.3 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade dos atos notariais e registrais é uma garantia fundamental do cidadão, diante do regime democrático do Estado de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988. Ele tem por objetivo dar amplo conhecimento dos atos realizados por tabeliães e registradores no exercício de suas funções.

O caráter de publicidade das atividades notariais e de registro se justifica pela própria natureza de suas funções, as quais se revestem de caráter eminentemente público. Por revestirem-se tais serviços de funções públicas, próprias e características do Estado, demandam maior interesse da comunidade no controle de sua execução e organização, bem como no cumprimento regular e contínuo das atividades³².

O referido preceito está previsto no art. 1º da Lei 8.935/1994 e essa publicidade diz respeito à publicação informativa dos atos praticados por esses profissionais, no âmbito do exercício de suas funções, com vistas a assegurá-los a fé pública que lhes são inerentes, em vista do caráter público da função cartorária.

Assim, segundo Quaranta (2009), quaisquer que sejam os casos e as características dos atos praticados em razão da função notarial ou registral, devem estes ser submetidos, com poucas exceções (ex. registros ligados à filiação e à adoção só podem ser certificados a requerimento da parte mediante autorização judicial), ao integral conhecimento de todos, devendo permanecer os registros e os assentamentos permanentes abertos, independentemente de maiores exigências formais³³.

1.5.4 Princípio da segurança jurídica

A Lei dos Notários e Registradores estabelece, em seu art. 1º, que as serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas, destinam-se a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

De acordo com esse princípio, o notário deve garantir a segurança jurídica das transações, notadamente pela definição precisa dos direitos e obrigações das partes. A segurança jurídica visa a velar para o equilíbrio dos acordos contidos nos atos que estabelece, bem como a verificar a legalidade dos documentos expedidos pelos tabeliães ou registradores.

A segurança jurídica é a razão de existência da atividade notarial e registral. Essa atividade surgiu na história dos povos para garantir segurança aos negócios celebrados entre os particulares ou entre entes e o Poder Público. Leonardo Brandelli (2007, p. 3-6) apud Quaranta (2009) afirma ser a atividade notarial algo pré-jurídico, ou seja, egresso das necessidades sociais. Nesse sentido:

A necessidade humana de segurança e certeza, caracterizada pela necessidade de estabilidade nas relações, sejam estas jurídicas ou não, amparou esse requerimento social pelo surgimento de um agente que

³² QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 56. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

pudesse perpetuar no tempo os negócios privados, assegurando os direitos deles derivados. A atividade notarial não é, assim, uma criação acadêmica, fenômeno comum no nascimento dos institutos jurídicos do direito romano-germânico, tampouco uma criação legislativa. É, sim, uma criação social, nascida no seio da sociedade, a fim de atender às necessidades desta diante do andar do desenvolvimento voluntário das normas jurídicas. O embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião, nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentar, redigir o que fosse manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que as palavras voam ao vento.

Almeida Júnior (1963, p. XXI) *apud* Quaranta (2009, p. 59) informa que, dentre as funções dos serventuários, as de notários ressaltam pelo caráter preventivo de segurança jurídica que conferem aos atos nos quais há intervenção desses órgãos da fé pública. Dessa forma, vinculando-se ao negócio jurídico realizado pelos interessados, o tabelião de notas, sob sua responsabilidade e por meio de sua intervenção, autoriza o Estado a agir, quer na identificação das partes, quer pela presunção da licitude do negócio jurídico, tudo de maneira segura³³.

1.6 NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL

No estudo dos serviços públicos³⁴, é fundamental a distinção entre a titularidade do serviço e a titularidade de sua prestação. A titularidade pode pertencer à Administração Pública ou, excepcionalmente, ao particular, nos casos em que a Constituição Federal não atribuir exclusividade ao Poder Público. Quando a Constituição dispuser que os serviços públicos podem ser executados por particulares, não há que se falar em transferência a esses particulares, porque eles já receberam a titularidade por meio de previsão constitucional.

Por outro lado, nas hipóteses em que a titularidade do serviço for exclusiva do Estado, a execução dos serviços poderá ser feita diretamente pelo Estado ou por particulares, em nome daquele. Neste caso, admite-se a transferência da titularidade da prestação dos serviços para os entes da Administração Indireta e para os particulares por meio da delegação de serviços, mas o Estado mantém a titularidade do serviço.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵ classifica os delegatários de serviço público, entre os quais se incluem os notários e registradores, como particulares em colaboração com a Administração e assim o faz por considerar que exercem função pública, sem perderem a qualidade de particulares e, por conseguinte, pessoas alheias à privacidade estatal³⁶.

Apesar de algumas divergências de nomenclatura, de modo geral a doutrina inclui os delegatários de serviços públicos na mesma classificação dos concessionários e dos

33 QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 59. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

34 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 564.

35 MELLO, Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 232.

36 Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho adotam, em essência, a mesma classificação.

permissionários desses serviços. Esse entendimento predominante na doutrina não é uniforme no âmbito jurisprudencial.

Colheu-se entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) em que ora trata os titulares dos serviços notariais e registrais como servidores públicos³⁷; ora os equipara aos permissionários e concessionários de serviço público³⁸; ora os considera como profissionais que desempenham atividades estatais típicas, mas que não são prestadores de serviços públicos, nem servidores públicos, sendo meros detentores de função pública *lato sensu*.

A seguir, trechos dos votos dos Relatores das ADIs julgadas do STF:

ADI nº 1.378-MC

A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estabilidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. (STF. Tribunal Pleno. ADI nº 1.378-MC, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 30.11.95, DJ, 30 de maio de 1997. *(Sem grifo no original)*).

Com o julgamento da ADI-MC nº 2415-9/SP, surgiu o entendimento de que os notários e registradores não ocupam cargo público, mas, sim, desenvolvem atividades análogas aos concessionários e permissionários de serviço público.

ADI-MC nº 2415-9/SP

(...)

Encontro-me, portanto, inteiramente à vontade para, pela primeira vez, sobre a importante questão, manifestar meu entendimento, que antecipo ser coincidente, em essência, com o das egrégias cortes de Justiça dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro (...).

É que os sujeitos titulados por delegação para o desempenho dos “serviços” (*rectius* funções) notariais e de registro, embora exerçam atividade pública, conservam a qualidade de particulares, visto que a exercem em caráter privado, conforme expressamente previsto no caput do art. 236 da CF. Não obstante a ementa de RE 178.236, acima transcrita, mencione tais titulares como “ocupantes de cargo público criado por lei”, é fora de dúvida que quis referir à condição de exercentes de serviço público, condição que

37 ADI nº 1.378-MC, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 30/11/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347013>. Consulta em: 16/05/2019.

38 ADI-MC nº 2415-9/SP, Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718027>. Consulta em: 16/05/2019.

foi considerada bastante para tê-los por equiparados a ocupantes de cargo público, para efeito de aposentadoria compulsória, visto ser manifesto que não ocupa cargo público quem exerce serviço público em caráter privado, sendo fora de dúvida que, por isso mesmo, não podem ser agrupados em categorias ou em carreiras.

O ingresso no exercício das referidas funções opera por meio da delegação conferida a quem se houver habilitado para o mister, por meio de concurso público de provas e títulos, instituto que, no caso, faz as vezes da licitação exigida pelo art. 175 da Carta, para a concessão de serviços públicos. (STF. Tribunal Pleno. ADI-MC nº 2415/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 13.12.2001). *(Sem grifo no original)*.

A seguir, destaques do voto vencedor da lavra do Min. Carlos Brito, em que o STF adotou novo posicionamento.

ADI nº 3151/MT

(...)

18. Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública *lato sensu*, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público.

19. Diga-se mais: se os serviços notariais e de registro não têm natureza nem o regime jurídico dos serviços públicos, o mesmo é de ser dito quanto à natureza e ao regime normativo dos cargos efetivos. A identidade, aqui, é tão-somente quanto à exigência constitucional da aprovação em concurso público de provas e títulos como pré-requisito de investidura na função, obedecida a ordem descendente de classificação. É que, se não existe cargo público 'efetivo sem uma função estatal, pode haver uma específica função estatal desapegada de um cargo público. Do lado de fora dele, portanto, tal como se dá com a função de jurado, ou a de mesário e fiscal eleitoral, *verbi gratia*. *(Sem grifo no original)*.

Diante disso, a natureza jurídica dos serviços cartorários continua indefinida. Como se viu, em curto lapso temporal, a Suprema Corte mudou, por duas vezes, o seu posicionamento acerca do vínculo desses profissionais com a Administração Pública, o que pode trazer, em um caso concreto, insegurança jurídica aos interessados.

1.7 REQUISITOS PARA SER TITULAR DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

Durante o período em que o Brasil era Colônia de Portugal, o rei deste País tinha a prerrogativa exclusiva de nomear tabeliães. Quando, entretanto, o Brasil foi dividido em capitanias, essa prerrogativa foi cedida aos donatários, sendo, posteriormente, readquiridos os

direitos conferidos a eles. Segundo as lições Loureiro³⁹, os cargos de tabeliães eram providos por doação, por aquisição (compra e venda) ou por transmissão hereditária.

Hodiernamente, a CF/1988 prevê, em seu art. 236, que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público. A transferência do exercício dessa atividade pelo Estado ao particular se dará mediante a aprovação prévia em concurso público de provas e títulos.

Art. 236, da CF/1988

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

A CF/88 não se permite que qualquer serventia extrajudicial fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou remoção, por mais de seis meses. Essa previsão visa a assegurar a observância do princípio da isonomia, pondo fim aos apadrinhamentos que existiram no passado, quando os serviços notariais eram entregues às famílias abastadas para exercerem serviços dessa natureza.

A Lei 8.935/1994, em seu art. 14, traz os requisitos necessários ao ingresso no exercício da atividade notarial e registral, a seguir:

Lei 8.935/1994:

Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira;

II - capacidade civil;

III - quitação com as obrigações eleitorais e militares;

V - diploma de bacharel em direito;

VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Admite-se que não bacharéis em direito exerçam a atividade notarial ou registral, desde que tenha completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviços notarial ou de registro.

Impende mencionar que incumbe ao Poder Judiciário a realização dos concursos públicos para preenchimentos das serventias extrajudiciais, cabendo, inclusive, a outorga das

³⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 3. ed. rev., atul. e ampl. Editora: Juspodivm. Salvador: 2018, p. 57.

delegações aos aprovados nos certames, bem como a fiscalização do exercício das atividades delegadas.

Em que pese não ser exigida a inscrição dos participantes na Ordem dos Advogados do Brasil para ingressar nas delegações notariais e registrais, é exigida a participação dessa autarquia em todas as fases do concurso, assim como a participação do Ministério Público, a de um notário e um registrador⁴⁰.

1.8 A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da CF/1988 trouxe alterações significativas à disciplina de registros públicos no Brasil, fixando diretrizes básicas, assim como os fundamentos essenciais da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Essas atividades possuem expressa previsão na Carta Magna, que, no art. 236, estabelece que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” Essa é a regra prevista na Constituição Federal, contudo há situações em que serviços dessa natureza possam ser realizados por agentes do próprio Estado, em nome deste. É o caso, por exemplo, do registro do nascimento de filhos de pai ou de mãe brasileiros no exterior, quando a certidão de nascimento poderá ser lavrada no âmbito dos serviços consulares, mediante requerimento⁴¹.

Décio Antônio Erpen (2006, p. 48-49) *apud* Quaranta (2009, p. 29) ensina que a atual Carta Maior, de forma efetiva, elevou ao patamar constitucional a autonomia das atividades notarial e de registro, embora essa independência já existisse no plano legal, retirando as amarras que as ligavam ao Poder Judiciário.

Acrescenta que quando o constituinte originário proclamou que essas atividades tinham caráter privado, sendo exercidas por delegação do Poder Público, diz que, na verdade, em nada inovou. Com efeito, a delegação já existia, estando inserida no “tecido jurídico-social”, haja vista que se cuidava de verdadeira instituição da comunidade, verdadeiro corpo social permanente, advindo de um fenômeno sociojurídico, e não de um ato administrativo ou da vontade política isolada de um governante.

Desta forma, observa-se a existência de um serviço público essencial, que é prestado por particulares por meio de delegação do Poder Público. Como se viu, o art. 236 da CF/88 determina a outorga da delegação pelo Poder Público, contudo não esclarece qual dos Poderes está encarregado dessa incumbência.

Essa lacuna ensejou debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da competência para outorgar. Alguns entendiam ser tal atribuição do Poder Executivo, outros a defendiam como sendo do Poder Judiciário. Atualmente, porém, a questão encontra-se superada e o entendimento de que a incumbência para processamento das outorgas de delegação compete ao Poder Judiciário foi pacificado.

40 Disposição contida no §3º do art. 236 da CF, exigindo concurso público para ingresso nas funções notariais e de registro, foi regulamentada pelos artigos 14 a 19 da Lei 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores).

41 A fim de produzir efeitos no Brasil, a certidão consular de nascimento deverá ser posteriormente transcrita no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do local de domicílio do registrado, no Brasil, ou, ainda, no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do Distrito Federal, na falta de domicílio. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/registro-de-nascimento>. Consulta em: 16/05/2019.

Entre essas questões encontra-se o problema central do presente estudo, qual seja, a discussão acerca da responsabilidade civil do Estado e dos titulares de cartórios (notariais e de registro), decorrente de prejuízos causados por esses agentes públicos e seus prepostos no desempenho de suas atividades funcionais.

2. RELEVÂNCIA DOS SERVIÇOS NOTARIAIS

2.1 RELEVÂNCIA SOCIAL DA ATIVIDADE CARTORÁRIA

Desde as mais remotas eras, os serviços notariais têm se mostrado relevantes para a segurança jurídica dos negócios realizados pela sociedade. Oliveira Machado⁴² ensina que o tabelião surgiu com a escrita, para dar estabilidade jurídica aos contratos, em uma época em que a escrita parecia traços misteriosos a quase todos.

Com a evolução dos modelos de negócios e com a ampliação do conhecimento, a sociedade procurou, cada vez mais, usufruir dos serviços prestados pelos cartorários. O Estado, por sua vez, com vistas a garantir legitimidade aos atos realizados pelos particulares, editou normas para resguardar a autenticidade, a segurança e a eficácia dos registros dos atos realizados pelos particulares⁴³.

Segundo a doutrina⁴⁴, o ano de 1850 foi o marco histórico do Direito Imobiliário Brasileiro a partir da criação da Lei da Terra⁴⁵. Com essa lei, surgiram os registradores imobiliários, responsáveis pelos registros de atos e vontades das partes. Naquele ano também surgiu o Código Comercial Brasileiro⁴⁶, outro marco relevante para a atividade notarial.

Marli Aparecida e Luiz Weiler (2000, p. 25-26) afirmam que a Igreja Católica, aliada do Estado, era responsável pelos registros de pessoas naturais, como nascimento, casamento, legitimação de filho, entre outros. Esse vínculo da Igreja com o Estado foi rompido com a Proclamação da República e em especial com a Constituição de 1891, quando o registro de nascimento, o atestado de óbito e o casamento civil passaram a ser de responsabilidade estatal, ficando a Igreja Católica responsável apenas pelos cuidados espirituais da população.

Esse interesse estatal de controlar a formalização dos negócios jurídicos assim como o nascimento e o óbito de pessoas teve início em uma realidade social preexistente, da qual surgiu a lei que regula as atividades notariais. Essas atividades são desempenhadas por um notário, este entendido como sendo o profissional do direito, dotado de fé pública delegada pelo Estado, a quem compete formalizar juridicamente a vontade das partes, a intervenção nos atos e negócios jurídicos que devem observar a forma legal por força de lei ou opção das partes e autenticar fatos⁴⁷.

42 MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Novíssima Guia Prática dos Tabelliães – A história evolutiva da instituição*.

43 Com base na doutrina de Marli Aparecida (2000, p. 25-26), pode-se citar a Lei da Terra (1850), o Código Comercial (Lei 556/1850) e a Constituição de 1891 como exemplos de instrumentos normativos editados pelo Estado para assegurar a autenticidade, a segurança e a eficácia dos registros dos atos realizados pelos particulares.

44 SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva; SIQUEIRA, Luiz Weiler. *Tabeliães e oficiais de registro: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal*. Brasília. a. 37, n. 148, out./dez. 2000.

45 Marli Aparecida Siqueira (2000, p. 25) ensina que desde o início da Colonização (no ano de 1530) até 18 de setembro de 1850, as terras eram reguladas pelo sistema das Sesmarias. Após a criação da Lei da Terra, passam a ser reguladas por essa norma.

46 Trata-se da Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

47 Luiz Guilherme Loureiro (2018, p. 77) lesiona que “notário” significa uma realidade social transformada em definição legal pelo legislador. Segundo seus ensinamentos, a lei parte de uma realidade preexistente, que é a existência no mundo concreto de profissionais jurídicos especializados na formalização de negócios jurídicos.

A Lei 6.015/1973 regulamenta os serviços concernentes aos Registros Públicos estabelecidos pela legislação civil para garantir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos⁴⁸. A norma traz em seu bojo os pressupostos básicos sobre os quais os notários e registradores devem nortear a sua atuação, com vistas a assegurar a devida transparência, a cobertura legal das disposições de vontade e a segurança jurídica aos interessados.

Roberta Madeira Quaranta⁴⁹ ensina que as atividades notarial e registral, ainda que exercidas em caráter privado, se constituem como serviço público, caracterizado como uma espécie de intervenção do Estado nos negócios jurídicos celebrados no âmbito privado, revestindo-o do manto de estabilidade em função da importância que ostentam. Nesse sentido, destaca o pronunciamento proferido pelo Ministro Garcia Vieira, do Superior Tribunal de Justiça, em despacho proferido no Agravo de Instrumento 63.723/MG (DOU de 5.4.1995, p. 8.498), transcrito a seguir:

As serventias notariais ou registrárias, previstas na Lei de Registros Públicos, são exercidas em caráter privado, porque recebem retribuição não oficial, mas sim oriunda de pagamento pelas partes interessadas. Mas isto não desnatura a natureza dos serviços, sabidamente públicos. Ditoss serviços se inserem na administração pública de interesses privados, como ocorre com as escrituras públicas, o casamento, o protesto, o registro de imóveis, etc. Nestes atos há intervenção do Estado, porque sua importância ultrapassa os limites da esfera dos interesses individuais, atingindo seara na qual prepondera o interesse social da própria coletividade. (Grifamos).

As serventias extrajudiciais têm por finalidade, como já dito alhures, assegurar validade plena às manifestações de vontades dos contratantes. Com isso, as instituições notariais e de registro podem agir como verdadeiros órgãos de pacificação social, sempre que não haja conflito de interesse propriamente dito⁵⁰.

Essa postura traz à luz a relevância das atividades cartorárias desenvolvidas há séculos, sempre com o objetivo maior de garantir segurança jurídica e fidedignidade dos negócios celebrados entre particulares, chegando, nos dias atuais, a ser considerada como um meio de que o Estado poderá se valer para delegar outros serviços públicos, a exemplo da emissão de documentos de identidade e passaporte, a realização de divórcio consensual. Tudo isso com vistas a desonerar a sua estrutura administrativa e o Poder Judiciário brasileiro, a quem cabe grande parcela desses afazeres.

48 Lei nº 6.015/1973, art. 1º - Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 20/05/2019.

49 QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 44. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

50 QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 46. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

2.2 FUNÇÃO DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

Loureiro (2018, p. 30) posiciona o direito notarial dentro do direito das formas e, entre estas, as formas escritas ou documentais, em que se exige a intervenção de um agente dotado de fé pública: o notário ou tabelião. Esse ramo do direito tem caráter instrumental ou formal, já que impõe a solenidade da forma para a validade e eficácia de determinados atos e negócios jurídicos, a exemplo das relações que tenham por objeto transações jurídicas imobiliárias.

Nas lições do mencionado autor, o princípio contratual da liberdade das formas impõe que determinados atos e contratos, por sua relevância social ou econômica, somente sejam considerados válidos mediante a intervenção do notário, a quem cabe dar forma jurídica à vontade das partes, sendo, nesse caso, o documento notarial a encarnação ou corpo necessário à viabilidade legal dos negócios jurídicos solenes.

Esse ramo do direito, segundo Loureiro, tem por objetivo o desenvolvimento normal e sadio das relações jurídicas, mediante regras, princípios e instituições que tendem a evitar sua situação anormal, patológica ou duvidosa, que poderia levar as partes a conflitos e diferenças na defesa das pretensões resultantes dessas relações⁵¹.

A lei atribui as funções de certificar fatos e de intervir nos atos e negócios jurídicos que as partes devam ou queiram dar forma solene ao tabelião. Ele deve receber e aconselhar os interessados quanto às opções para obterem o bem da vida desejado, assim como os efeitos e consequências jurídicas de cada opção disciplinada no ordenamento legal.

Nesse sentido, tem-se que a função precípua desse ramo do direito é legitimar os atos e os negócios jurídicos firmados na presença de um tabelião ou registrador, com vistas a reduzir conflitos, uma vez que se trata de um ramo do direito que busca o estabelecimento da presunção de certeza e validade dos atos e negócios jurídicos, não apenas em relação aos demais particulares, mas também em face do Estado.

2.3 ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS DOS TABELIÃES E DOS REGISTRADORES

Segundo De Plácido e Silva, competência “possui, na técnica jurídica, uma dupla aplicação: significa a capacidade, no sentido de aptidão, pela qual a pessoa pode exercer ou fruir um direito; como significa a capacidade, no sentido de poder, em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a seu respeito”.

Atribuição e competência costumam ser empregados como sinônimos e caracterizam-se pela pluralidade de significados. O primeiro (atribuição) indica, de modo geral, no que diz respeito ao presente estudo, o ato de conferir a alguém a prática, exclusiva ou não, de certa função. O segundo (competência) indica o poder de agir e merece interpretação restritiva na medida em que o delegado não pode praticar atos estranhos a sua competência, embora lhe seja facultada a escolha das alternativas possíveis para atos que lhe são atribuídos por lei⁵².

⁵¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 31.

⁵² Associação dos Notários e Registradores do Estado do Paraná (ANOREG-PR): Disponível em: <http://desenv.anoregpr.org.br/php-bin/atribuicoes.htm>. Acesso em: 20/05/2019.

As competências dos notários estão previstas na Lei 8.935/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal de 1988. A referida lei diferencia os titulares dos serviços cartorários, em seu art. 5º, a seguir:

Lei 8.935/1994:

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os:

- I - tabeliães de notas;
- II - tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;
- III - tabeliães de protesto de títulos;
- IV - oficiais de registro de imóveis;
- V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas;
- VI - oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas;
- VII - oficiais de registro de distribuição.

Todos esses profissionais são competentes para formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; e autenticar fatos⁵³.

Loureiro (2018, p. 127-128) ensina que as atividades ou funções públicas atribuídas aos tabeliães e aos registradores têm natureza diversa. Diante disso, é vedada a acumulação das atividades notariais e registrais por um mesmo delegado. Destaca que o oficial de registro civil das pessoas naturais é a única exceção⁵⁴, ao qual a lei estadual de organização e divisão judiciárias tenha delegada a competência para a realização de alguns atos notariais, como escrituras de alienação de direitos imobiliários, procurações, reconhecimento de firmas e autenticações de documentos.

De acordo com o referido autor, excepcionalmente, em razão do volume de demandas ou da receita, podem ser acumulados, entre si, os serviços notariais (notas e protesto de títulos) e os de registro. Nesse caso, havendo a acumulação desses serviços, deve ser precedida a desacumulação quando da vacância da respectiva sede dos serviços, quando serão submetidos à nova delegação.

2.4 A FUNÇÃO NOTARIAL E REGISTRAL NA PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

Alguns autores sustentam que a função notarial está compreendida entre os atos de jurisdição voluntária, por servir principalmente ao desenvolvimento normal das relações jurídicas e para legitimar situações consideradas relevantes para o Estado. Por outro lado, existe uma corrente doutrinária mais moderna que nega essa possibilidade, sustentando que a “jurisdição voluntária” nada mais é do que atos de natureza administrativa, ou mais exatamente de administração pública de interesses privados⁵⁵.

⁵³ Conforme dispõe o art. 6º e respectivos incisos da Lei 8.935/1994.

⁵⁴ O art. 52 da Lei 8.935/1994 dispõe que “Nas unidades federativas onde já existia lei estadual específica, em vigor na data de publicação desta lei, são competentes para a lavratura de instrumentos traslatícios de direitos reais, procurações, reconhecimento de firmas e autenticação de cópia reprográfica os serviços de Registro Civil das Pessoas Naturais”.

⁵⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 179.

Antes de adentrar ao tema, conveniente esclarecer que jurisdição voluntária pode ser entendida como o exercício da função jurisdicional em sentido mais amplo desse vocábulo. Ou seja, a Administração Pública interfere nos interesses privados diretamente, sem a presença do Poder Judiciário. A ação do Judiciário ocorre na jurisdição contenciosa, esta se constituindo na atividade inerente àquele poder (atividade judicante), em que o Estado-juiz atua substitutivamente às partes na solução dos conflitos, mediante o proferimento de uma sentença de mérito, aplicando o direito ao caso concreto⁵⁶.

A atividade notarial e de registro caracteriza-se por sua natureza cautelar, ou seja, preventiva de litígios, situando-se na área de realização espontânea do Direito. Vários são os atos dessa natureza que são praticados nas serventias extrajudiciais. A esse propósito, alerta Moacyr Amaral Santos (2008, p. 78):

A fim de assegurar a ordem jurídica, intervém o Estado até mesmo na administração dos mais diversos interesses privados, pelos mais diferentes órgãos. Por outras palavras, considerando a significação que têm para o Estado determinadas categorias de interesses privados, a lei lhe confere o poder de intervir na sua administração, conquanto com isso venha a limitar a autonomia da vontade dos respectivos titulares. Essa intervenção, de natureza administrativa, faz o Estado e pelos mais diferentes órgãos, diversos dos órgãos jurisdicionais, em numerosas espécies de interesses. Assim, no que concerne às pessoas físicas, a lei tutela o fato do nascimento, ou do óbito, pelo termo respectivo em registro próprio; o reconhecimento de filho, ou no próprio termo de nascimento, ou por escritura pública, ou por testamento etc. No que concerne à formação das pessoas jurídicas, a tutela do Estado se faz pela exigência do registro do ato constitutivo, estatuto ou contrato no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, tratando-se de sociedade ou associações civil, ou arquivamento dos estatutos ou outro ato constitutivo na Junta Comercial, tratando-se de sociedade comercial; prescreve as cautelas para a formação das fundações e atribui ao Ministério Público a fiscalização dos seus atos. A propriedade é tutelada pela inscrição no Registro Imobiliário não só dos atos respeitantes à sua alienação, como das restrições que a onerem; numerosos atos jurídicos somente têm validade quando formados por escritura pública etc. Em todos esses exemplos, estamos a ver o Estado, por diferentes órgãos, que não só órgãos jurisdicionais, a administrar interesses privados, de certo modo, limitando, assim, a autonomia da vontade dos respectivos titulares. Nesses casos dá-se administração de interesses privados por órgãos públicos.

A interferência do Estado nos interesses privados pode ser conferida por meio de diversos órgãos atuando na solução de demandas da sociedade. Com vistas a dar celeridade a esses interesses, o Estado tem buscado mecanismos que o auxiliam na solução das solicitações

⁵⁶ QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2009, p. 45-46. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F8188695288/Dissertacao.PDF>. Consulta em: 16/05/2019.

de sua presença, entre as quais se destaca o processo de desjudicialização de algumas demandas que outrora eram da competência do Poder Judiciário.

Na compreensão de Loureiro (2018, p. 179), o processo de desjudicialização⁵⁷ é uma realidade cada vez mais crescente, que vem sendo tratada como prioridade para a administração das justiças de vários países. Esse processo visa a diminuir ou ao menos a conter as demandas judiciais que lotam os tribunais, e se dá, entre outros meios, pela revisão de conceito e principalmente da função jurisdicional, visto que algumas funções de competência exclusiva do Judiciário agora são desempenhadas por outros profissionais, entre estes, o notário e o registrador.

Na acepção realçada por Mírian Saccol Comassetto (2002, p.114-119) *apud* Quaranta (2009, p. 46-47), a atividade notarial é desenvolvida com vistas a prevenir litígios, buscando a realização do direito dos particulares de forma pacífica, ou seja, espontânea. A designação administração pública de interesses privados, atividade exercida pelo Estado para com a sociedade, se configura como categoria genérica de tutela administrativa, em que se pode encontrar a jurisdição voluntária e a atividade notarial como espécies desse gênero, sendo certo ressaltar que esta última sempre será realizada pela via extrajudicial.

Brandelli (2007, p. 159-161) afirma que deve haver a possibilidade de realização espontânea do direito subjetivo pela adesão dos indivíduos, de forma livre e voluntária, às normas de conduta ditadas pela atividade legiferante. Diante dessa assertiva, tem-se que o ordenamento jurídico é instrumento de pacificação e equilíbrio social, que torna viável a vida em sociedade, ressaltando, ainda, que o exercício de direito subjetivo mediante a imposição direta do ente estatal, por intermédio do juiz, se constitui como exceção. O normal é que os indivíduos componentes de uma sociedade organizada cumpram normalmente os preceitos normativos⁵⁸.

No Brasil existem mecanismos para desoprimir o Judiciário, excessivamente sobrecarregado. A Lei 11.441/2007 é uma dessas medidas, mas outros dispositivos também visam a minimizar as superdemandas que dificultam a fluência da prestação jurisdicional no País. Segundo Loureiro (2018, p. 184) a desjudicialização tem sido favorável à liberação de espaços na agenda dos juízes, visto que só no ano de 2014 foram realizados cerca de 46.000 atos de inventário e partilha e 61.000 divórcios e separações extrajudiciais. Acrescenta que a desjudicialização pode ser constatada por meio da previsão de consignação em pagamento de tributos federais, estaduais ou municipais, prevista nas Leis 8.951/1994 e 9.703/1998, assim como o procedimento de recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária⁵⁹.

Desse modo, a atuação dos tabeliães e dos registradores tem contribuído para o crescimento da desjudicialização no País, mediante a mediação de interesses por esses profissionais na execução de atividades que no passado eram de competência exclusiva do Estado-juiz.

⁵⁷ Segundo Loureiro (2018, p. 184) desjudicialização significa a retirada ou diminuição de causas e atribuições da esfera de ação do Judiciário, sem prejudicar o princípio constitucional de livre acesso das pessoas ao Judiciário para a efetivação de direito subjetivos.

⁵⁸ BRANDELLI (2007, p. 159 – 161) *apud* QUARANTA (2009, p. 47).

⁵⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de Direito Notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 184.

2.5 FISCALIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO A DOCTRINA

De acordo com o art. 236, § 1º, da CF/1988, a atividade notarial é regulada por lei, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar as atividades notariais e registrais, a ser definida por lei. Por sua vez, a Lei 8.935/1994, estabelece que:

Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artes. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Cabe, ainda, ao juiz competente zelar para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos para adequar e melhorar prestar esses serviços, conforme art. 38, da Lei 8.935/1994. Incumbe, ainda, ao juiz fixar os horários de funcionamento da serventia extrajudicial, cabendo ao Judiciário o poder disciplinar sobre os notários e registradores, impondo-lhes penas conforme a gravidade do fato.

Segundo Loureiro (2018, p. 246), o notário goza de independência no exercício de suas funções, cabendo ao Judiciário, tão somente, fiscalizar a atividade notarial e de registros, quando da inobservância de obrigação legal por parte desses profissionais do direito, podendo fixar a sanção cabível que pode ir da simples repreensão a perda da delegação, dependendo da gravidade do ato ilegal.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Neste capítulo, pretende-se revisitar as noções acerca das atividades notariais e registrais explicitadas anteriormente, coadunando-as com a teoria da responsabilidade civil, apontando as principais divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes.

A partir das especificidades das atividades notariais e registrárias, analisar a espécie de responsabilidade civil mais adequada ao caso concreto de delegação e avaliar a responsabilidade civil do Estado quanto aos atos notariais e registrais praticados pelos tabeliães e registradores, no exercício de suas funções, que causarem prejuízo a terceiros.

3.1 CONCEITOS ESTRUTURANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil funda-se no primado do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial afetado por uma conduta transgressora de uma norma ou de um contrato. Nessa linha, afirma Venosa (2010, p. 2-3):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar

cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Nesse sentido, a responsabilidade civil pode ser entendida como sendo o instituto que permite restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto, visando restaurar o *statu quo* ante, por meio da reparação do dano. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou, restabelecendo a pacificação na sociedade. Nessa linha, Maria Helena Diniz⁶⁰ (2016, p. 51) conceitua responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Tartuce⁶¹ ensina que a responsabilidade civil, tanto do ponto de vista da doutrina mais conservadora quanto do entendimento contemporâneo, resulta do descumprimento de um dever, o qual pode levar à reparação de eventuais danos.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência reconhecem o dever de o Estado, em razão de sua atuação, ressarcir às vítimas os prejuízos que lhes causar. O dever de responder é inerente às regras de um Estado de Direito, que se faz cada vez mais presente nas relações com a sociedade. Esse dever de indenizar caracteriza a responsabilidade civil⁶².

Como um dos temas mais palpitantes e controversos da atualidade, diante de sua expansão no direito moderno e de seus reflexos nas atividades humanas⁶³, a responsabilidade civil pode surgir em face do descumprimento de uma obrigação – decorrente de um contrato ou de um preceito normativo. Segundo Marton (1938, p. 304) *apud* Diniz (2016, p. 20), toda manifestação de atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social.

Nas lições de Tartuce⁶⁴ o dever de reparar os danos sofridos por terceiros consiste na responsabilidade civil, a qual nada mais é do que a reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica. Para esse autor, a reparação e sujeito passivo compõem o binômio dessa responsabilização.

Segundo Loureiro (2018, p. 314), a responsabilidade civil pode ser definida como sendo a obrigação que recai sobre o autor de um ato contrário ao direito de reparar o dano causado à vítima.

De acordo com os conceitos de responsabilidade civil, depreende-se que esse instituto responde a uma preocupação de serem reparados ou indenizados os danos causados à vítima. Nesse sentido, Loureiro (2018, p. 314) ensina que a ideia de reparação dos danos se baseia na concepção de justiça distributiva e no princípio de que o titular de um bem jurídico deve suportar os danos que resultam de sua titularidade: *casum sentit deminus*.

O referido autor afirma que com esses preceitos os direitos nacionais buscam solucionar um problema social que a doutrina denomina de distribuição de infortúnios, que surge quando

60 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

61 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 50.

62 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

63 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 7, responsabilidade civil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

64 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 50.

alguém sofre uma perda patrimonial ou moral em decorrência de acidente ou calamidade, cabendo ao Direito determinar se a vítima do dano deve ressignar-se e arcar com os prejuízos ou, ao contrário, se pode exercer a pretensão de ser ressarcida, visto que possui o direito subjetivo à indenização.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

No direito brasileiro, durante a vigência do Código Criminal⁶⁵ de 1830, a reparação civil era condicionada à condenação criminal prévia. Com a vigência do Código Civil de 1916, adotou-se a teoria subjetivista em relação à responsabilidade civil, sendo, pois, exigida prova de culpa ou de dolo do causador do dano para que pudesse condená-lo à reparação de danos causados à vítima. Todavia, sob a égide deste *Códex* de 1916, nem sempre era exigida a produção de provas por parte da vítima, uma vez que em determinadas situações a culpa do causador do dano era presumida, como bem demonstra o dispositivo legal a seguir:

Lei 3.071, de 1º de junho de 1916 (Código Civil de 1916)⁶⁶:

Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

- I. Que o guardava e vigiava com o cuidado preciso.
- II. Que o animal foi provocado por outro.
- III. Que houve imprudência do ofendido.
- IV. Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

Art. 1.528. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Merece relevo dizer que com o desenvolvimento da atividade humana e com o crescimento econômico, adequações se fizeram necessárias ao instituto da responsabilidade civil às novas necessidades sociais. Nesse sentido (VENOSA, 2010, p. 19):

O desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial enfrentado pela cultura ocidental mormente após a Segunda Grande Guerra, denominados por muito como processo de aceleração histórica, trouxe importantes reflexos não só no universo dos contratos, mas principalmente nos princípios acerca do dever de indenizar. Nesse diapasão, há uma constante luta pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de molde a não deixar o Direito alheio à realidade social. As soluções indenizatórias devem, dentro ou fora do processo judicial, ser constantemente renovadas para estarem adequadas às necessidades práticas do homem contemporâneo.

65 BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 28.05.2019.

66 ————. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acessado em 28.05.2019.

Com o objetivo de adequar a responsabilidade civil às necessidades sociais decorrentes do desenvolvimento das atividades humanas, a Constituição da República de 1988 estabeleceu importantes inovações, com vistas a implementar a ideia de justiça distributiva, modificando, assim, a sistemática do dever de ressarcir, que, em período anterior à Constituição Cidadã, era centrada na tutela do patrimônio material.

Outra norma que trouxe importantes inovações foi o Código Civil de 2002. Apesar de ainda trazer em seu bojo a responsabilidade civil baseada na culpa, como regra geral (artigos 186, 187 e 927), apresentou mudanças significativas no ordenamento jurídico ao adotar a responsabilidade civil objetiva, tendo por base a teoria do risco.

3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A doutrina⁶⁷ brasileira ensina que a responsabilidade civil pode apresentar-se segundo a perspectiva em que se analisa. De acordo com a classificação dada por Maria Helena Diniz (2016, p. 151), esse instituto pode ser assim entendido: quanto ao fato gerador, tem-se a responsabilidade civil contratual e a extracontratual; quanto ao fundamento, tem-se a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva; quanto ao agente, tem-se a responsabilidade direta e a indireta.

3.3.1 Contratual (ou negocial) e Extracontratual (ou extranegocial)

A doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Na primeira preexiste um vínculo obrigacional decorrente de um contrato e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento desse ajuste. Classifica-se, pois, como responsabilidade contratual.

Por lado outro, se o dever de indenizar surgir a partir de lesão a direito subjetivo, sem que entre o causador do dano e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, classifica-se como responsabilidade civil extracontratual (aquiliana ou extranegocial).

Sobre o tema, diz Cavalieri Filho (2009, p. 15):

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

67 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 150.

Nessa linha, se um indivíduo pode causar dano a outrem por meio do descumprimento de obrigação contratualmente assumida, incidirá a responsabilidade civil contratual. Como exemplo, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 44) menciona o caso de quem toma um ônibus, oportunidade em que é tacitamente celebrado um contrato entre o passageiro e a empresa de transporte, em que esta assume a obrigação de transportar aquele ao seu destino, são e salvo. Assim, o suscitado autor afirma que se no trajeto ocorrer um acidente e o passageiro ficar ferido, dá-se o inadimplemento contratual, abrindo-se a oportunidade para o passageiro pleitear indenização pelas perdas e danos, com base no art. 389 do Código Civil⁶⁸.

A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, surge quando o agente viola um dever legal, sem que exista vínculo preexistente com a vítima do dano. Flávio Tartuce (2019, p. 421-422) ensina que essa espécie de responsabilidade civil está prevista no Código Civil (CCB/2002), baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187).

A responsabilidade civil extracontratual importa no dever que tem o Estado de reparar os prejuízos causados aos administrados, seja em razão de conduta comissiva, ou de conduta omissiva perpetrada no exercício das atividades públicas. Verificada a conduta de qualquer pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado no exercício de funções ou atividades estatais, bem como o nexos causal entre ambos, caberá ao Estado responder pelos danos causados ao particular.

Na perspectiva atual da doutrina, há entendimento de que a divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual tende a ser unificada. Citam-se como exemplo o Código de Defesa do Consumidor, que não faz essa divisão. Nessa linha, Fernando Noronha (2003, p. 432-433) *apud* Flávio Tartuce (2019, p. 422) afirma que essa divisão da responsabilidade civil reflete a um tempo do passado, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas modalidades são os mesmos.

3.3.2 Objetiva

A responsabilidade objetiva dispensa a análise da culpa em casos especificados em lei ou naqueles em que o dano decorra da prática de atividade perigosa por parte do agente causador do dano. No sistema da responsabilidade objetiva⁶⁹, é desnecessário se perquirir sobre a existência ou não de culpa por parte do ofensor, pois o dever de indenizar tem por principal referência a situação da vítima e do prejuízo por ela experimentado.

Como se observa, a teoria da responsabilidade objetiva, no direito brasileiro, segundo a doutrina majoritária, encontra o seu fundamento geralmente no risco, em que impera o princípio do controle e prevenção do perigo, tornando desnecessária, entre outras questões, a presença da culpa (*lato sensu*) e do ônus da prova com relação a ela.

68 CCB/2002 - Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

69 QUARANTA, Roberta Madeira. A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2009. p. 127.

3.3.3 Subjetiva

A teoria subjetiva da responsabilidade civil encontra-se consubstanciada no art. 186 e no *caput* do art. 927, ambos do CCB/2002. Ela fundamenta-se na culpa do agente na prática de ato ilícito. Na aplicação dessa teoria, faz-se imprescindível a prova do dolo ou da culpa em sentido estrito por parte do agente, de modo a surgir o dever de reparação do dano causado.

Desde o Código Civil de 1916, o sistema da responsabilidade civil foi embasado na culpa. Contudo, a teoria subjetiva mostrou-se insatisfatória aos anseios da sociedade a partir do final do século XIX, quando se tornou incompatível com as práticas industriais e com o progressivo aumento dos riscos de acidentes de todos os tipos⁷⁰.

Raymond Saleilles (1897) *apud* Tepedino (2007, p. 927), em obra intitulada *Les accidents su travail et la responsabilité civile*, alertava que em certos casos, como no dos acidentes de trabalho, o fato de exigir-se da vítima a prova da culpa equivalia a não responsabilizar o causador do dano. Disso, pode-se concluir que a responsabilidade civil baseada na teoria subjetiva mostrava-se fragilizada, visto que a vítima acaba por ser duplamente apenada ao ter que provar a culpa de quem lhe causou o dano.

Segundo Tepedino (2007, p. 927) *apud* Quaranta (2009, p. 123), a propagação da responsabilidade objetiva durante o século XX, mediante a adoção da teoria do risco, corrobora a derrocada do individualismo jurídico como método de regulação dos problemas sociais. Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 263) atribui maior sensibilidade a respeito do problema da repartição dos danos às seguintes causas: crescimento da população; aumento da ocorrência de eventos danosos e de acidentes, gerando, por conseguinte, multiplicação nas ações indenizatórias; a imobilidade e rigidez do sistema jurídico positivado, dentre outros fatores.

Nesse sentido, tem-se que no sistema de responsabilidade subjetiva, exige-se que o sujeito, no momento em que praticou o ato, tenha tido a intenção deliberada de causar dano (dolo) ou o tenha feito por falta de cautela (culpa *stricto sensu*), levando-se em consideração o cuidado esperado do homem médio. Gustavo Tepedino (2007, p. 337) *apud* Quaranta (2009, p. 125) assevera que a verificação da culpa ou dolo, noções reunidas sob a denominação de culpa *lato sensu*, depende da valoração feita acerca da conduta do agente, daí chamar-se de responsabilidade subjetiva aquela responsabilidade fundada na culpa, considerada em seu amplo sentido. Caso não haja prova da culpa, não haverá que se falar em responsabilidade.

3.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina⁷¹ pátria aponta como causas excludentes da responsabilidade civil a culpa exclusiva da vítima, a culpa concorrente, a culpa comum, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. Essas situações são causas de rompimento do nexo causal.

70 QUARANTA, Roberta Madeira. A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2009. p. 123.

71 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48- 49; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 136-142

Venosa (2009, p. 48-49) acrescenta, ainda, a culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano. Nessa situação, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, contudo as frações de responsabilidade podem ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.

3.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

A responsabilidade civil do Estado pode ser entendida como sendo a obrigação legal, em face de suas atividades, de ressarcir os danos causados a terceiros. Segundo Yussef Cahali⁷², tradicionalmente a responsabilidade civil do Estado compreende a reparação de danos causados pelos atos ilícitos, não abrangendo, desse modo, a indenização devida em decorrência de atividade legítima do Poder Público, como ocorre nos casos de desapropriação, de requisição e de execução compulsória de medidas sanitárias.

Neste ponto, destacam-se as distinções feitas pelo referido autor, acerca do instituto do ressarcimento e do instituto da indenização: nesta, alcançam-se os danos causados em razão de sacrifício de direitos particulares, mas por força de uma faculdade concedida em lei ao Poder Público. Ela ocorre, segundo Yussef, quando alguém sofre em proveito alheio diminuição de seus bens jurídicos, sem que exista na origem qualquer ato contrário ao direito; o ressarcimento, por seu turno, reserva-se para os casos de responsabilidade pelos danos ilegítimos, de atividade lesiva de direito de terceiros. Assim, o inadimplemento deriva do descumprimento de obrigações ou da prática de atos ilícitos e tem caráter de obrigação secundária, surgindo no lugar de outra obrigação não atendida.

Segundo Marinela⁷³ para definir a responsabilidade do Estado é importante que se entenda que a sua atuação é imposta à sociedade que não tem como recusar a presença estatal, uma vez que age de forma imperativa, independente da vontade do indivíduo. O administrado não tem como escapar ou sequer minimizar os perigos de danos provenientes da ação do Estado, pois este é quem define os parâmetros de sua atuação. Acrescenta que nos diversos ordenamentos jurídicos, inclusive neste País, a doutrina e a jurisprudência reconhecem o Estado como responsável pelos seus atos, tendo, conseqüentemente, o dever de ressarcir as vítimas dos danos causados em razão de sua atuação.

Yussef Said Cahali⁷⁴ afirma que o direito consolidou a teoria da realidade técnica ou realidade jurídica ao reconhecer a existência de entes criados naturalmente pela vontade do homem, por imperativo de suas necessidades, e que operam no mundo jurídico, adquirindo direito e contraindo obrigações. Trata-se de pessoas jurídicas que se distinguem segundo categorias variadas, entre as quais as de maior relevo são as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado.

Segundo as lições de Yussef (2012, p. 12-13), o Estado situa-se na categoria de pessoas jurídicas de direito público, incumbida de desenvolver funções que lhes são próprias, como a manutenção da ordem pública e o desenvolvimento de atividades sociais para a promoção

72 CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

73 MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

74 CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 12.

do bem comum. Com vistas ao desenvolvimento dessas atividades, o ente estatal aparelha-se de agentes (servidores, funcionários, prepostos) aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal modo que os atos praticados representam atos da própria entidade estatal.

Em face das atividades desenvolvidas e da presença estatal nas atividades cotidianas da sociedade, emerge a responsabilidade civil do Estado com vistas a inibir a ocorrência de abusos cometidos pelos agentes públicos, no exercício de suas atribuições. No que diz respeito ao presente estudo, serão analisados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes acerca da responsabilidade civil aplicável Estado, em decorrência da prática de atos notariais e de registro, pelos tabeliães ou registradores, no desempenho de suas atribuições delegadas pelo Estado, que causem danos aos particulares.

De acordo com Quaranta⁷⁵, a responsabilidade civil do ente estatal relacionada com a atividade cartorária é extracontratual, a qual importa no dever que tem o Estado de reparar os prejuízos causados aos administrados, seja em razão de conduta comissiva ou de conduta omissiva perpetrada no exercício das atividades públicas.

Nas lições de Quaranta (2009, p. 134), verificada a conduta de qualquer pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado no exercício de funções ou atividades estatais, o dano ao particular, bem como o nexo causal entre ambos, caberá ao Estado responder pelos prejuízos causados.

De acordo com os ensinamentos de Rui Stoco⁷⁶ acerca da aplicabilidade da Lei 9.492/1997, a responsabilidade civil dos notários e registradores funda-se na culpa, como se verifica na dicção do artigo 38 dessa lei. O referido autor entende a responsabilização pessoal desses agentes não afasta a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, na consideração de que os notários são agentes públicos.

No que tange à responsabilidade objetiva do Estado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência segundo a qual o Estado tem responsabilidade civil objetiva para reparar danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções cartoriais. Por maioria de votos, o colegiado negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 842846, com repercussão geral reconhecida, e assentou ainda que o Estado deve ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa⁷⁷.

A parir do entendimento da Corte, pode-se dizer que os particulares que se sentirem prejudicados por algum ato praticado pelo tabelião ou pelo registrador, nessa qualidade, pode requerer a reparação dos danos sofridos ao Estado, independentemente de comprovação de dolo ou culpa daqueles profissionais, com base na teoria da responsabilidade objetiva.

3.6 A RESPONSABILIDADE DIRETA DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR

No tocante à responsabilidade civil do notário e do registrador, a doutrina e a jurisprudência brasileiras majoritária defendem a responsabilidade objetiva desses profissionais. Essa posição, entretanto, nas lições de Loureiro (2018, p. 313), é diversa da

75 QUARANTA, Roberta Madeira. A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2009. p. 134.

76 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 994.

77 STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404603&caixaBusca=N>. Acessado em: 30.05.2019.

encontrada no direito comparado, não obstante a similaridade das normas e princípios que regem a instituição do notariado nos ordenamentos jurídicos pertencentes à família do direito continental ou romano-germânico.

Os debates acerca da responsabilidade civil aplicável aos tabeliães e aos registradores dividiram a doutrina em cinco correntes⁷⁸. Para a primeira corrente a responsabilidade civil dos notários e registradores seria objetiva, diante da aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não sendo considerado o teor do texto da Lei 8.935/1994. A segunda corrente, interpretando o texto original da norma, entende que a responsabilidade seria direta e objetiva, fundada no risco. A terceira corrente entende a responsabilidade dos notários e registradores como direta e objetiva, diante da teoria da culpa do serviço (*faute du servisse*). A quarta corrente entende a responsabilidade dos tabeliães e registradores como direta e objetiva, em contraposição à exigência do elemento subjetivo exigido para o exercício do direito de regresso em face do preposto. A quinta corrente, majoritária, sustenta que a responsabilidade civil dos tabeliães e dos notários como direta e subjetiva, fundada na culpa.

Na visão de Loureiro, os argumentos utilizados para fundamentar as decisões que consagram a responsabilidade objetiva desses profissionais partem de premissas errôneas, que devem ser discutidas e analisadas à luz da dogmática jurídica ou da teoria geral do direito. Ensina que a solução adotada no direito comparado é a responsabilidade do notário baseada na culpa ou no dolo.

No campo legislativo, a responsabilidade civil dos notários está prevista no art. 22 da Lei 8.935/1994 (Lei dos Serviços Notariais e de Registro – LNR), no art. 38 da Lei 9.492/1997 (Lei dos Protestos de Títulos) e no art. 28 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), a seguir:

Lei 8.935/1994:

Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Lei 9.492/1997:

Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Lei 6.015/1973:

Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

78 ———. Manual de Responsabilidade Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1260.

Além das disposições legais alhures, o Código Civil de 1916 e o de 2002 trataram do assunto nos em seus artigos 159 do CC/16; 186, 189 e 927, do CC/02. No âmbito jurisprudencial, o tema tem sido debatido e decisões conflitantes sempre surgiram, como os arestos a seguir, colhidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Agravo interno no recurso especial. Responsabilidade civil cartorária. Indenização por dano causado. Lei 8.935/1994. 1. **Responsabilidade objetiva** na época do fato. Precedentes. 2. Reconhecimento, ademais, no acórdão recorrido da existência de atos negligentes e imperitos, os quais não podem ser objeto de revisão junto a esta Corte Superior. Atração de Enunciado 7/STJ. Responsabilidade extracontratual. Termo inicial. Evento danoso. Súmula 54/STJ. 4. Pretensão de discussão de tema pacificado nesta Corte Superior. Manifesta improcedência do recurso. Aplicação de súmula. 5. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa. (STJ, Ag. Int. no REsp 1.471.168/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseveriano, j. 12.09.2017, DJe 18.09.2017). (*negritamos e sublinhamos*).

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO. DANOS MORAIS. VALOR DA COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO. 1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que **os notários e registradores devem responder direta e objetivamente** pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes. 2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, assim como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.935, de 1994. (...). (STJ, REsp 1.134.677/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011, DJe 31.05.2011). (*negritamos e sublinhamos*).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO. CERTIDÃO CONTENDO INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA**. ANÁLISE ACERCA DO DOLO OU CULPA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO.

NÃO REALIZAÇÃO. 1. Pretende o Recorrente provar não ter agido nem com dolo, nem com culpa, o que é inviável em sede de recurso especial. Para proceder a tal análise, faz-se necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, sabidamente obstado pelo enunciado nº 7 da Súmula desta Corte de Justiça. 2. O Recorrente não cuidou de realizar o necessário cotejo analítico entre os arestos, ou colacionar aos autos a cópia integral dos acórdãos, em evidente desconformidade com o disposto no parágrafo único do artigo

541 do CPC e no artigo 255 do RISTJ, que exigem a comprovação e a demonstração da divergência, com o devido cotejo analítico entre a situação concreta e o acórdão paradigma. 3. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 817.856/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Martins [Juiz Convocado do TRF 1ª Região], j. 03.06.2008, DJe 19.06.2008). (*negritamos e sublinhamos*).

Segundo Flávio Tartuce⁷⁹, essas divergências e a falta de clareza sobre a natureza da responsabilidade civil motivaram alterações no texto legal, entre as quais se destaca o art. 22 da Lei 13.286/2016, que assim dispõe: “os notários e os oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso”.

Desse modo, Tartuce afirma que não restam dúvidas de que foi colocado fim à controvérsia acerca da responsabilidade civil dos notários e dos registradores, quanto à responsabilidade direta e pessoal desses profissionais, conforme entendimento da quinta corrente doutrinária exposto alhures, ou seja, a responsabilidade subjetiva, mediante dolo ou culpa. Tal conclusão, porém, não se coaduna com os mais recentes julgados do STJ e do STF, que entendem tratar-se de responsabilidade objetiva, o que se mostra propenso ao alongamento dos debates sobre o tema.

CONCLUSÃO

Com vistas à compreensão dos contornos jurídicos que receberam as atividades cartorárias no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a estagnação experimentada ao longo da história, a nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988 inaugurou um “novo marco” para as atividades notariais, ao estabelecer que seriam exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público, com a entrega das serventias ao particular por meio de sua aprovação em concurso público.

Com efeito, a partir da Constituição Federal de 1988 - cujo art. 236 foi regulamentado pela Lei nº 8.935/1994 - é que foram verificadas mudanças positivas para a disciplina dos registros públicos no País, tendo sido fixadas as diretrizes básicas, bem como os princípios fundamentais da matéria no ordenamento jurídico pátrio.

A partir do estudo apresentado no primeiro capítulo, observou-se que os serviços notariais e registrais revestem-se de natureza pública, uma vez que são tidos como capazes de certificar os atos praticados por particulares, dando-lhes fé pública, que, para ser exercida, envolve parcela de autoridade pública, dado que esse princípio é inerente ao poder estatal.

A assertiva de que as atividades notariais estão compreendidas no âmbito dos serviços públicos, pode ser confirmada por meio dos princípios aplicáveis aos serviços notariais. Tal atividade, em função de sua complexidade, é permeada de características peculiares que funcionam como verdadeiros postulados orientadores dos profissionais encarregados da execução desses serviços.

79 TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1263.

Destaca-se que a doutrina aponta alguns princípios que são aplicáveis especificamente às atividades notariais, visto que constituem diretrizes do Direito Notarial e são caracterizados como princípios de técnica jurídica.

Diante do destaque que a atividade notarial tem na sociedade, o tabelião e o registrador, em observância ao princípio da rogação, não podem agir de ofício, devendo, pois, aguardar a recepção de demandas dos interessados nos serviços notariais. Disso, observa-se que os serviços notariais, por se revestirem de segurança jurídica, são submetidos a normas específicas que lhes confere autenticidade e credibilidade perante terceiros.

No que tange à relevância social dessas atividades, tratada no segundo capítulo, verificou-se que os serviços notariais e registrais possuem aptidão para inibir litígios, evitando, desta feita, que muitos conflitos adentrem a esfera judicial, já tão sobrecarregada.

Pode-se dizer, com isso, que as atividades cartorárias têm evoluído com o Direito e com os interesses da sociedade, que, cada vez mais ávida por rapidez na resolução das questões cotidianas e por segurança jurídica, busca nos serviços cartorários a “solução” de suas necessidades diárias, utilizando-se da qualificação técnica dos notários e registradores, pessoas profissionalmente preparadas para tal *mister*.

A partir do que foi pesquisado, percebeu-se que os titulares das serventias extrajudiciais, como delegados instituídos pelo Estado, desempenham função natureza pública, enquadrados pela doutrina na categoria de agentes públicos (servidores públicos em sentido amplo), que agem em colaboração com o Poder estatal por meio do instituto da delegação. Essa delegação, por seu turno, se opera de maneira *sui generis*, ou seja, por meio de concurso público e não de licitação, como comumente é de se observar.

Em relação à responsabilização civil dos notários, tema tratado no terceiro capítulo, entende-se que deve prevalecer o critério subjetivo para aferição do dever de ressarcir ou reparar eventuais danos a terceiros, decorrentes da atividade notarial. Nesse contexto, destaca-se que a complexidade do tema decorre, especialmente, da abertura da norma contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, uma vez que a natureza da atividade notarial, salvo melhor juízo, não implica risco aos direitos de terceiros.

Pelo critério da reponsabilidade civil subjetiva do notário, em que pese a natureza e a relevância das atividades exercidas, a parte que alegar o dano deve comprovar o dolo ou a culpa do agente, a fim de obter a reparação do mal sofrido.

Desse modo, mesmo que o Código Civil de 2002 tenha inovado no sentido de prever no parágrafo único de seu art. 927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva – demonstrando a tendência atual de ampliação das hipóteses de responsabilização independente de demonstração de culpa – esse fato não foi o bastante para alterar a disciplina de responsabilização dos notários e registradores, porque se trata de lei geral e, nesse sentido, não tem o condão de revogar as normas específicas sobre a matéria consubstanciada na Lei nº 6.015/1973, arts. 28 e 157, e na Lei nº 9.492/1997, art. 38⁸⁰.

Com relação à responsabilidade civil do Estado em decorrência das atividades notariais e de registro, verificou-se divergência na doutrina e na jurisprudência. Alguns doutrinadores

80 QUARANTA, Roberta Madeira. A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2009. p. 184.

advogam a tese de que esta responsabilidade será subsidiária, e não direta, sendo este o entendimento majoritário da doutrina.

Outros posicionamentos, porém, evidenciam a valoração da assunção de riscos próprios por parte do titular da serventia não-oficializada, o que justifica o recebimento integral dos emolumentos por parte dos notários e registradores, implicando, por conseguinte, a atribuição de responsabilidade ao delegado, retirando do Estado o dever de responder diretamente pelos danos causados por notários e registradores, visto que restaria sem sentido a inovação constitucional, quando atribui caráter privado ao modo de exercício dessas atividades.

No âmbito jurisprudencial, encontram-se posicionamentos conflitantes no que tange à responsabilidade civil do Estado em relação a atos notariais que causaram dano a terceiro. Contudo, o STF no julgamento do RE 842846 firmou o entendimento segundo o qual “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

Diante disso, observa-se que a jurisprudência tende a pacificar o entendimento de que o Estado responde objetivamente pelos atos notariais e de registro que causem danos a terceiros, o que se mostra compatível com a relevância e com a natureza jurídica das atividades notariais, uma vez que se trata de serviços públicos cuja execução é delegada ao particular, que a faz em nome do Estado, com observância das regras e normas de direito aplicáveis.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 28.05.2019.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 4. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINS, Caio Mário de Albuquerque. *A atividade notarial e de registro - vol. 1 - col. concurso para notários e registradores*. Companhia Mundial De Publicações. 2016.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. *Novíssima Guia Prática dos Tabelhões*. 2. ed. adaptada à legislação hodierna. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1904. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25394>.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PUGLIESE, Roberto J. *Direito notarial brasileiro*. São Paulo: LEUD, 1989.

QUARANTA, Roberta Madeira. *A atividade dos notários e registradores e o sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro*. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2009.

SANTOS, Moacir Elias. *A formação dos escribas entre os egípcios antigos*. Disponível em: <https://antigoegito.org/artigo-a-formacao-dos-escribas-entre-os-egipcios-antigos/>. Acessado: 10/05/2019.

SIQUERA, Maria Aparecida da Silva e SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. *Tabelhões e oficiais de registros: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/627/r148-02.pdf>. Acessado: 12/05/2019.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico/atualizadores*: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: vol. único*. 9. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

_____. *Manual de responsabilidade civil: vol. único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

O ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO E A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO QUE PROTEGE A MULHER

Ceci Moura Medina (Orientadora: Prof^a. Paloma Neves do Nascimento)

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo analisar o assédio sexual nas relações de emprego, dando ênfase ao fato de a vítima ceder ou não à conduta do assediador. O assunto passará pela análise dos requisitos da relação de emprego, o conceito de assédio, abrangendo o assédio sexual e assédio moral e suas diferenças, em seguida, como é tratado pela reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, o dano moral nos casos de assédio sexual. Ainda, será abordado o trabalho da mulher e suas garantias e, na sequência, jurisprudências que versam sobre a problemática jurídica, ou seja, se o fator de não recusar/denunciar da conduta do assediador pela vítima descaracteriza ou não a configuração do assédio sexual, sendo que a pesquisa tenderá a mostrar que não descaracteriza o crime de assédio sexual.

Palavras Chave: Assédio Sexual. Relação de Emprego. Dano Moral. Consentimento da Vítima.

ABSTRACT: This article aims to analyze sexual harassment in employment relations, emphasizing the fact that the victim gives or not to the behavior of the stalker. The subject will go through the analysis of the employment relationship requirements, the concept of harassment, covering sexual harassment and bullying and their differences, then as it is handled by labor reform, Law 13467/2017, moral damage in cases of sexual harassment. Also, the work of women and their guarantees will be approached and, subsequently, jurisprudence that deals with the juridical problematic, that is, if the factor of not refusing / denouncing the conduct of the stalker by the victim mischaracterizes the configuration of sexual harassment, and the research will tend to show that it does not de-characterize the crime of sexual harassment.

Key Words: Sexual Harassment. Employment Relationship. Moral Damage. Victim's Consent.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico abordará o assunto de assédio sexual nas relações de emprego e a falta de legislação que ampara a mulher trabalhadora, tendo em vista que é uma conduta recorrente nas empresas e ainda não há solução para que o trabalho feminino seja resguardado deste tipo de situação constrangedora e danosa.

Para que haja a configuração do assédio sexual são necessários alguns requisitos, sendo válido destaca-los: a existência de um assediador e um assediado, a conduta sexual

do agente, a prática reiterada da conduta e por fim, a rejeição da conduta pela vítima. Apesar da importância de todos os requisitos para que haja a configuração do assédio sexual, este trabalho irá abordar com mais precisão o quesito de rejeição da conduta do agente pela vítima.

O presente artigo científico terá como objetivo retirar o estigma de que para que haja a configuração do assédio sexual é necessário que a vítima recuse a conduta do assediador, uma vez que este requisito não é o determinante, conforme será apresentado. Além disso, não são todas as mulheres que possuem a capacidade de simplesmente rescindir seu contrato de trabalho.

Na maioria das condutas de assédio sexual, a vítima é a mulher, sendo essa ocupante de diversas posições sociais. Ora, e no caso da trabalhadora que não ocupa uma posição social favorável, ou seja, aquela mulher de classe média baixa? Aquela que têm necessidade do emprego para manter seu sustento e de seus dependentes? Não seria ela vítima do assédio sexual pelo fato de não denunciar a conduta do agente, por medo das consequências que poderiam gerar?

Antes de demonstrar o objetivo do artigo científico em si, será abordado no tópico um, primeiramente, a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego, em seguida serão demonstrados os cinco pressupostos para a caracterização da relação de emprego, quais sejam: pessoa física, personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Ademais, será exposta a diferença entre assédio sexual e assédio moral, adentrando especificamente em cada um e trazendo entendimentos doutrinários. Por fim, serão trazidas as consequências que o assédio sexual gera para o agente que pratica esta conduta.

Já no segundo tópico, será apresentado como funciona o trabalho da mulher, sendo introduzido por um breve parágrafo de como o trabalho feminino era tratado no passado. Posteriormente, abordar-se-á as diferenças salariais entre homens e mulheres que exercem a mesma função, com a mesma qualidade e no mesmo local de trabalho. E, por último, serão constatadas as garantias que a trabalhadora possui, seja por apenas ser mulher e possuir limitações biológicas, seja pelo fato de se tornar mãe e ter que transmitir essas garantias ao nascituro.

O terceiro tópico trará consigo entendimentos jurisprudenciais trazidos pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Tribunal Regional do Trabalho que demonstrarão a problemática jurídica abordada no presente estudo. Primordialmente, mostrar-se-á uma jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que teve como entendimento o de caracterizar o assédio sexual, mesmo não tendo a vítima feito a denúncia ou recusado de forma evidente a conduta do agente.

Em seguida, entendimentos jurisprudenciais apresentados pelo Tribunal Regional do Trabalho que não tiveram o mesmo foco que o primeiro, uma vez que o Relator entendeu por não condenar o assediador pelo simples fato de não ter ocorrido a recusa pela vítima. E, por fim, serão demonstradas, jurisprudências que dizem respeito às consequências psicológicas sofridas pela vítima, e as consequências jurídicas sofridas pelo agente.

O presente artigo científico, apresentará explicações sobre o assédio e suas modalidades, as consequências do ato, o trabalho da mulher antigamente e atualmente e como o assédio sexual é julgado nos casos em que a mulher não demonstra, de forma clara, a recusa da conduta

feita pelo assediador. Todas explicações serão feitas usando a metodologia de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além de demonstração de artigos advindos da Constituição, Consolidação das Leis do Trabalho e Lei específica que versa sobre o trabalho da mulher.

1. RELAÇÃO DE EMPREGO

Antes de tecer informações sobre a relação de emprego, faz-se necessário diferenciar relação de trabalho de relação de emprego. Pois bem, entende-se que relação de trabalho é um gênero e relação de emprego, uma espécie. Dessa forma, conforme expõe Alice Monteiro¹ “Os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, da qual a relação de emprego é uma espécie”.

Portanto, segundo entendimento de André Luiz Paes de Almeida², há relação de trabalho mesmo que não haja relação de emprego, mas como toda relação de emprego é pressuposto de relação de trabalho, o inverso não pode ser afirmado.

Para que se caracterize a relação de emprego, é inescusável o cumprimento de alguns requisitos.

1.1 REQUISITOS

Os requisitos da relação de emprego estão dispostos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho³

Art. 3º - Considera-se empregado toda **pessoa física** que prestar serviços de natureza **não eventual** a empregador, sob a **dependência** deste e **mediante salário**. (grifos nossos)

De acordo com o artigo 3º da CLT, serão apresentados os pressupostos da relação de emprego, quais sejam: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

1.1.1 Pessoa Física

Destaca-se pessoa física pelo motivo de, em uma relação de emprego, não ser possível a atuação de uma pessoa jurídica como empregado.

Maurício Godinho⁴ ensina que

A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física. Os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

1 BARROS, A.M.D. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr80, 2016, 147 p.

2 ALMEIDA, A.L.P.D. **Direito do Trabalho**, 15ª ed. São Paulo: Rideel, 2016, 42 p.

3 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 4 mar. 2019.

4 DELGADO. M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 270p.

Não há que se falar em relação de emprego se houver como empregado uma pessoa jurídica, porque o Direito do Trabalho existe para proteger os bens jurídicos de uma pessoa natural, sendo, dessa maneira, necessário este requisito para fazer existir esta relação.

1.1.2 Pessoaalidade

É estabelecido neste ponto, com o auxílio da explanação de André Luiz Paes de Almeida⁵ que, o empregador poderá substituir o empregado se assim achar necessário, pelo fato de o caráter da relação de emprego ser *intuitu personae* e não personalíssimo, não podendo o empregado, assim, agir da mesma maneira.

Neste ponto, podemos destacar que o empregador poderá substituir um empregado, seja por justa causa ou pela rescisão do contrato por tempo determinado, por exemplo. Acontece que o trabalhador não pode decidir, por conta própria, que se fará substituir por outrem.

1.1.3 Onerosidade

Não há que se falar em contrato de trabalho se não houver uma contraprestação, ou seja, nenhum empregado labora de maneira gratuita a seu empregador. Portanto, é imprescindível que exista uma remuneração.

Segundo entendimento de Yone Frediani⁶ “É da essência do contrato de trabalho a remuneração pelo serviço realizado, em face da necessidade de subsistência do prestador de serviços...”

O trabalho é uma contraprestação que o trabalhador realiza ao empregador, assim, de um lado se presta um serviço e, de outro, recebe-se salário para que haja o sustento e a consequente manutenção de vida. Logo, há uma ajuda mútua, não sendo possível somente para um dos lados a obtenção de êxito.

1.1.4 Não Eventualidade

Maurício Godinho⁷ explica que a prestação de serviços deve ter o caráter de habitualidade se opondo, dessa maneira, à forma esporádica de trabalho. É oportuno observar que a permanência do trabalho, ainda que por um curto período de tempo, é essencial para a relação de emprego.

Para que haja a caracterização da relação empregado e empregador, é de extrema importância a assiduidade do prestador de serviços. Se um trabalhador não frequenta o local de trabalho com habitualidade, não estará enquadrado na relação de emprego.

1.1.5 Subordinação

Diante de todos os demais requisitos supracitados, e, tornando-se claro que sem a junção de todos a relação de emprego não se torna possível, a subordinação é o quesito mais significativo. Tal importância é dada pelo fato de que a relação de empregador e empregado

5 ALMEIDA, A.L.P.D. *Direito do Trabalho*, 15ª ed. São Paulo: Rideel, 2016, 49 e 50 p.

6 FREDIANI, Y. *Direito do Trabalho*. Barueri/SP: Manoele, 2011, 10 p.

7 DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 318 p.

é feita pelo poder de mando do primeiro e da obediência e dependência do segundo, segundo o entendimento de Delgado⁸.

Em relação ao poder de mando, Vólia Bonfim Cassar⁹ subdivide em: poder diretivo, poder disciplinar e poder hierárquico ou de organização.

Sobre o poder diretivo, Vólia, acredita que é aquele que “Constitui a capacidade de o empregador de dirigir a empresa, escolher seus rumos e estratégias, dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando aos objetivos da empresa”.

Já sobre o poder disciplinar, Vólia explicita que é o “poder que tem o patrão de impor punições aos empregados”.

E, por fim, Cassar ensina que o poder hierárquico ou de organização é a “Capacidade do empregador de determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções”.

Em suma, ainda sob a égide do entendimento de Vólia Bonfim, subordinação é o dever de obediência ou estado de dependência na atuação profissional, além do empregado estar sujeito à regras e orientações dadas pelo empregador.

1.2 ASSÉDIO

1.2.1 Conceito

Primordialmente, é pertinente salientar sobre o conceito de assédio de forma geral, para que depois possam ser expostas suas espécies.

Assédio é toda ação malquista praticada no local de emprego, trabalho ou formação profissional, por pessoa que tenha desígnios de constranger alguém, ferir sua integridade ou de tornar o ambiente laboral hostil, perturbador ou humilhante¹⁰.

Seguindo mais pelo significado da palavra em si, o dicionário de língua portuguesa, Dicio¹¹ define a palavra assédio como: “Insistência inconveniente, persistente e duradoura em relação a alguém, perseguindo, abordando ou cercando essa pessoa.”

Pois bem, o assédio é uma forma perturbadora que uma pessoa encontra para conseguir obter vantagem de outrem sem que haja respeito e ética profissional. Além disso, subdivide-se em assédio sexual e assédio moral, os quais serão abordados a seguir.

1.2.2 Assédio Sexual

Godinho¹², narra que o assédio sexual é caracterizado pela prevalência de acontecimentos em situação em que há hierarquia entre o assediador e assediado, mas que não basta somente isso, deve ocorrer um comportamento reiterado, de maneira maliciosa, atingindo uma ou mais pessoas, objetivando a vantagem sexual.

8 DELGADO. M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 324 p.

9 CASSAR, V.B. **Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, 246 p.

10 COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Disponível em <cite.gov.pt/pt/acite/didervtrab005.html> Acesso em: 12 mar. 2019.

11 DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em <https://www.dicio.com.br/assedio/> Acesso em: 2 abr. 2019

12 DELGADO. M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 1.374-1.375 p.

Segundo entendimento de Zéu Sobrinho Palmeira¹³, o conceito de assédio sexual se dá da seguinte maneira:

O assédio sexual – no sentido mais comum – pode ser definido como o ato de constranger ou tentar constranger alguém mediante a prática de ação capaz de ofender-lhe a honra subjetiva, sempre com o objetivo de obter vantagem sexual.

Já Rodolfo Pamplona¹⁴, embora tenha conceito parecido com os autores supracitados, entende que para a configuração do assédio sexual é necessário que se observe alguns elementos caracterizadores, senão vejamos:

Para Pamplona, a existência de um assediador (agente) e um assediado (destinatário) é essencial. O autor entende que, na maioria das vezes, o assediador é homem e a vítima é a mulher. Isso se explica, pois, a posição que a mulher ocupa no local de trabalho, em geral, é de subordinação aos homens.

Outro elemento que Rodolfo traz é a conduta de natureza sexual, a qual expõe como:

A casuística sobre o assédio sexual revela que o mesmo pode se caracterizar através de diversos tipos de atos, que vão desde comentários sexuais (piadas de duplo sentido, insinuações ou gracejos) até, em ponto extremo, à ameaça – física ou verbal – direta com o intuito de obtenção de favores sexuais.

A rejeição à conduta do agente é o terceiro elemento trazido por Pamplona, o qual entende a necessidade desse elemento, pois se a pessoa assediada não deixar claro que não aceita esse tipo de conduta, ainda que o agente a ignore, não terá um conjunto probatório forte para levar o agressor a uma futura condenação. Embora o autor traga esse elemento caracterizador, procura deixar claro que não é essencial para a caracterização do assédio sexual.

Por último, Rodolfo aduz como quarto elemento a prática reiterada da conduta, e explica como funciona:

Como regra geral, o assédio sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada. Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.

O assédio sexual, além de ter vasta abrangência na seara trabalhista, está devidamente tipificado no artigo 216-A do Código Penal¹⁵, conforme adiante descrito:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior

13 PALMEIRA, Z.S. **O Assédio Sexual, Suplemento Trabalhista**. LTr nº 135/98, 135 p.

14 ASSÉDIO SEXUAL. QUESTÕES CONCEITUAIS. Disponível em http://www.iag.usp.br/sites/default/files/jusnavigandi_assedio-sexual.pdf Acesso em: 14 abr. 2019

15 BRASIL. CP (1940). **Código Penal**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 12 mar. 2019.

hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Diante dos conceitos apresentados pelos doutrinadores acima mencionados, o assédio sexual é o tipo de assédio mais invasivo, repugnante, que fere a honra subjetiva, pois é realizado por um superior hierárquico, aquele por quem o trabalhador tem respeito e é subordinado. Além de tudo, é crime devidamente tipificado no código penal, mas, também, pode-se buscar ajuda na esfera extrapenal, pelo fato de ferir a honra subjetiva da vítima, sendo devido o dano moral ou extrapatrimonial.

1.2.3 Assédio Moral

Já o assédio moral, por não ter tipificação expressa no ordenamento jurídico trabalhista, é conceituado por diversos estudiosos, como Rodolfo Pamplona¹⁶ que o exterioriza como uma ação imoderada, de cunho psicológico, que visa prejudicar a saúde mental do indivíduo, feita com habitualidade. Portanto, é notória a intenção de causar desconforto ao empregado, tal como a sensação de o fazer se sentir isolado do ambiente de trabalho e do convívio social.

Delgado¹⁷, por sua vez, conceitua assédio moral como:

O assédio moral, a seu turno, define-se como a conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de desequilíbrio ou tensão emocionais graves.

Conforme explicitado, a forma moral do assédio não visa a obtenção de alguma vantagem, mas tão somente prejudicar o assediado, tanto psicologicamente, como no ambiente de trabalho, tornando aquele lugar de prestação de serviços um espaço hostil, onde a vítima não terá voz e se sentirá humilhada constantemente.

O Senado Federal¹⁸, disponibilizou uma cartilha na qual expõe sobre os três tipos de assédio moral, quais sejam:

Primeiramente, a cartilha versa sobre o assédio na modalidade vertical, a qual é entendida quando há hierarquia nas posições nas relações de trabalho. Sendo assim, entende ser assédio moral por descendente aquele que é praticado do hierarquicamente inferior ao seu superior e, por sua vez, entende ser a modalidade ascendente aquela praticada do superior hierárquico para com o subordinado.

Em seguida, a cartilha elaborada pelo Senado demonstra o assédio na modalidade horizontal, que é aquela conduta realizada entre pessoas que não possuem hierarquia, ou seja, entre colegas de trabalho.

Por último, é mostrada a forma mista, sendo essa explicada como o tipo de assédio em que há o acúmulo das modalidades vertical e horizontal, ou seja, a vítima é assediada tanto

16 PAMPLONA, R.F. *Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr70, 2006, 1079/1089 p.

17 DELGADO, M.G. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 1.376 p.

18 BRASIL. Senado Federal. *Cartilha Assédio Moral e Sexual no Trabalho*. 2017. 10 p. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/programas/pro-equidade/pdf/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>> Acesso em 20 mai. 2019.

por um superior hierárquico, quanto por um colega o qual não possui nenhuma relação de subordinação.

1.2.4 Diferença entre Assédio Sexual e Moral

Destarte, a diferença entre assédio sexual e assédio moral é ensinada por José Cairo Jr.¹⁹ tal como:

O assédio moral difere do assédio sexual, uma vez que neste último caso o agente tem como meta obter favores sexuais da vítima com o uso das prerrogativas do seu cargo dentro da empresa.

De acordo com este posicionamento, o assédio moral se difere do sexual pelo fato de que este é praticado em situação de hierarquia e com o intuito de obter vantagem sexual, já aquele pode ser praticado por qualquer um dentro do ambiente de trabalho e, além disso, tem a finalidade tão somente de humilhar e desgastar mentalmente um trabalhador.

Em uma cartilha feita pelo Senado Federal²⁰, tem-se como diferença o fato de que o assédio sexual é uma forma agravada do assédio moral, e, além disso, na modalidade sexual, a intenção do agente é obter vantagem sexual da vítima, utilizando-se da sua condição de superior hierárquico.

1.2.5 Dano Moral nos casos de Assédio Sexual

O dano causado à pessoa que é assediada sexualmente gera consequências vastas de um modo tão negativo, que é necessária a reparação de forma moral, pelo fato de lesionar o bem imaterial do ser humano, a liberdade, ou até mesmo, na modalidade material.

A vítima do assédio sexual, ao ter sua liberdade sexual violada por outrem, tem o seu direito de reparação assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso V²¹, o qual dispõe que esta pessoa será indenizada pelo dano moral sofrido, na medida em que o indivíduo foi prejudicado.

Este dano abrangerá, além da garantia da integridade física do assediado, o dano moral. Neste diapasão, Maria Helena Diniz²² vislumbra o seguinte entendimento

É evidente que o ressarcimento dos danos não se limita apenas às lesões à integridade corporal. Se houver ofensas ao direito do autor, à honra da pessoa, aos bens que integram a sua intimidade, ao seu nome, à sua imagem ou à sua liberdade sexual, ter-se-á dano moral, que poderá traduzir, também, um dano patrimonial indireto se impedirem ou dificultarem, de qualquer modo, a atividade profissional da vítima...

19 JÚNIOR, J.C. **Curso de Direito do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 13ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, 1053 P.

20 BRASIL. Senado Federal. **Cartilha Assédio Moral e Sexual no Trabalho**. 2017. 14 p. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/programas/pro-equidade/pdf/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>> Acesso em 13 mai. 2019.

21 BRASIL. CF.1988. **Constituição Federal. Brasília**, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 12 mar. 2019.

22 DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 76 p.

A autora faz este breve esclarecimento, uma vez que entende que uma pessoa que sofreu o assédio sexual tem que ter seu dano reparado, mas não somente em relação às lesões corporais, e sim aos demais danos que este crime pode causar, tais como o dano à imagem da vítima, sua liberdade sexual e, até mesmo, danos patrimoniais que possam ser ocasionados em decorrência desta ação.

1.2.5.1 Do Dano Moral trazido pela Reforma Trabalhista

A reforma trabalhista, trazida pela Lei 13.467/17, trouxe consigo um capítulo que dispõe sobre o dano extrapatrimonial²³, neste capítulo está disposto um rol de artigos que expressam diversas formas de recebimento de dano moral. Entre eles, faz-se necessário vislumbrar os danos morais decorrentes do assédio sexual, senão vejamos:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

Conforme os artigos acima mencionados, ao ocorrer o assédio sexual, a vítima, segundo o artigo 223-C, tem o direito à reparação extrapatrimonial quando sua honra, imagem e principalmente sua sexualidade e integridade física são violadas. E, por conseguinte, o assediador tem o dever, conforme o artigo 223-E, de reparar esse extenso dano causado.

Assim é como o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região²⁴ entende, senão vejamos:

TRT 3 Região Doc. LEGJUR 154.1731.0000.5400. Dano moral. Assédio sexual. Assédio sexual. Prova.

A produção da prova, em se tratando assédio sexual, sempre é difícil, uma vez que o autor do assédio, normalmente, efetua suas investidas quando tem certeza do isolamento do assediado, quase nunca havendo qualquer prova documental ou testemunhal dos fatos. Por isso que a proximidade do juízo com as partes é ainda mais importante para o seu convencimento acerca dos fatos, em face da possível situação constrangedora vivenciada pela vítima e

²³ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 24 mar. 2019.

²⁴ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 3039820125030029 MG**. Relator: José Marlon de Freitas, Data do Julgamento: 17/05/13. Disponível em <https://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=154.1731.0000.5400&op=doc> Acesso em: 09 abr. 2019

a exposição da sua intimidade. Nesse contexto, tendo o julgador de origem, mais próximo das partes e dos fatos, com base no conjunto probatório existente nos autos, se convencido da existência do alegado assédio sexual, deve ser mantida a sentença que deferiu o pedido de indenização por danos morais.

O juiz, ao analisar o prejuízo causado, verificará a extensão do dano em relação à vítima e, só assim, poderá fixar um valor que, de forma simbólica, poderá suprir o agravo causado.

2. TRABALHO DA MULHER

Para amenizar as diferenças gritantes entre o trabalho da mulher e trabalho do homem, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe diversos dispositivos que tratam sobre a proteção do trabalho desempenhado pela mulher.

Mulher essa que, segundo João²⁵, no passado, não era nada além de doméstica, mãe e esposa. Os homens e os maridos defrontavam-se com a ideia de a mulher entrar em contato com o sexo oposto, perdendo o recato feminino resguardado pelas famílias tradicionais. Sem contar que estariam completamente vulneráveis às regalias que seus empregadores viessem a requisitar em troca de trabalho assalariado.

2.1 DIFERENÇA SALARIAL

Apesar da mulher ter passado por diversas dificuldades, como por exemplo não possuir um trabalho pelo simples fato de ser mulher, até conseguir chegar no patamar em que exerce poder de chefia, Maurício Godinho²⁶ entende que jamais foi levado em consideração o fator de discriminação salarial em relação ao sexo, tendo em vista que a mulher, em sua grande maioria, não recebe igual salário ao do homem, para idêntico trabalho prestado, sob as mesmas condições.

Alice Monteiro de Barros²⁷, seguindo o mesmo raciocínio diz:

Depois de todas as tentativas no sentido de equiparar os salários por trabalho de igual valor, as estatísticas demonstram que as mulheres continuam recebendo salários inferiores aos que são pagos aos homens, não só no Brasil, mas em todos os países, independentemente do nível de desenvolvimento econômico e social, principalmente no setor privado, pois no serviço público os salários, em geral, se equivalem.

Apesar de ser conhecido que mulheres e homens não recebiam salários equivalentes, pela prestação do mesmo trabalho, até hoje isso é uma realidade, principalmente no setor privado, haja vista que no setor público há uma organização maior e não há tanta discrepância em relação ao salário de ambos.

²⁵ MÁXIMO, S.J. **O trabalho e o direito da mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

²⁶ DELGADO, M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 909p.

²⁷ BARROS, A.M.D. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997, 154p.

2.2 DIREITOS DA GRÁVIDA E DA ADOTANTE

Entretanto, há que se falar que algumas proteções abarcadas pela lei para resguardar o nascituro e a mulher que o carrega em seu ventre e exerce função fora do lar são sim seguidas à risca, como por exemplo o amparo à grávida, que está disposto no artigo 372, incisos II e IV da CLT²⁸ o qual veda, no momento da admissão, recusar emprego, promoção ou ser usada como justa causa para demissão da empregada o fator gravidez e, ainda, exigir exame que ateste gravidez ou infertilidade da candidata.

Além deste dispositivo, há também aqueles que falam a respeito da garantia provisória dada à mulher em estado gravídico, que estão no artigo 391, caput e parágrafo único da CLT²⁹ e o artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁰, estabelecendo o seguinte:

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Portanto, a mulher que se encontrar grávida, ainda que a confirmação seja feita durante o curso do aviso prévio, gozará da garantia provisória, ou seja, ainda que tenha seu contrato rescindido, fará jus à reintegração ou à indenização, caso essa reintegração seja inviável. Inclusive àquela que adotar, conforme o artigo 310, caput e parágrafo único da CLT³¹.

Ademais, entende o Tribunal Superior do Trabalho³², ao negar provimento a um Agravo de Instrumento interposto pelo empregador visando destrancar um Recurso de Revista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.
ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE.
DESCONHECIMENTO DA GESTAÇÃO PELO EMPREGADOR.

28 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 28 mar. 2019.

29 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

30 CONSTITUIÇÃO. ADCT DE 1988. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 09 abr. 2019

31 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

32 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 11398720175100001**, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/04/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019. Disponível em <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697829836/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-11398720175100001/inteiro-teor-697829955?ref=juris-tabs>> Acesso em: 14 abr. 2019

O Tribunal Regional consignou que a trabalhadora se encontrava grávida quando de sua dispensa. Dito isso, predomina nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual os direitos decorrentes do disposto nos arts. 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não têm sua eficácia condicionada ao prévio conhecimento pelo empregador, porquanto erigidos a partir da responsabilidade objetiva do Estado. Desse modo, cuidando-se de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada ou o empregador, ao tempo da rescisão contratual, desconheça a gravidez. Nesse sentido foi editada a Súmula nº 244, I, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 11398720175100001, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/04/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019)

Logo, partindo dessa premissa presente no julgado, pouco importa se o empregador ou a própria empregada desconheciam o estado gravídico, o que importa e o que confirma a garantia provisória da gestante, é tão somente estar grávida durante a vigência do contrato de trabalho.

Ainda nessa seara, à grávida e à adotante é conferida a licença maternidade, de acordo com os artigos 392 e 392-A da CLT³³:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença- maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.

Também está resguardada a mãe que, conforme o artigo 395 da CLT³⁴, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico, pode ficar afastada do labor pelo período de duas semanas, percebendo salário e sem prejuízo de sua função anteriormente ocupada.

Godinho³⁵, ao analisar o artigo 7º da Constituição Federal, explica:

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulou a Constituição, em seu art. 7º, XX, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (grifos acrescidos). Observe-se que aqui a Constituição permite uma prática diferenciada desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher. Nesse quadro, em vista de mais um fundamento constitucional, tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares)

33 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

34 BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

35 DELGADO. M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 911 p.

que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher.

Por fim, devemos extrair desse entendimento que a Constituição Federal permite que sejam criados dispositivos específicos que visam proteger o trabalho feminino, não podendo ser tido como discriminação com o trabalho masculino, uma vez que este sempre esteve abarcado por regalias e aquele sempre foi considerado errado.

3. DAS JURISPRUDÊNCIAS REFERENTES AO TEMA

Iniciamos o presente artigo fazendo explicitações a respeito dos princípios que regem a relação de emprego, em seguida trabalhamos o fundamento de assédio sexual e moral e suas diferenças e, na sequência, elucidamos o trabalho da mulher, trazendo um pouco do passado e fazendo ligações com o presente.

Nesse ponto, trabalharemos a efetiva problemática jurídica, que diz respeito à mulher que, ao sofrer assédio sexual, ao invés de denunciar para as autoridades competentes com a consequente negativa da prática, nada faz, haja vista que seu emprego e seu sustento são extremamente necessários.

Uma vez dito isso, o Tribunal Superior do Trabalho³⁶, ao analisar e indeferir um Agravo de Instrumento apresentado pela empresa reclamada, diz o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA INVIOLABILIDADE PSÍQUICA (ALÉM DA FÍSICA) DA PESSOA HUMANA, DO BEM-ESTAR INDIVIDUAL (ALÉM DO SOCIAL) DO SER HUMANO, TODOS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO MORAL DA PESSOA FÍSICA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA 126/TST, RELATIVAMENTE AOS FATOS EXPLICITADOS NO ACÓRDÃO. VALOR ARBITRADO PARA A INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE OBSERVADOS. 2. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADO EM RAZÃO DO PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA.

A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por dano moral encontra amparo no art. 5º, V e X, da Constituição da República e no art. 186 do CCB/2002, bem como

36 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo de Instrumento n. 201491720155040014**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 31/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646776189/arr-201491720155040014?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. O patrimônio moral da pessoa humana envolve todos esses bens imateriais, consubstanciados, pela Constituição, em princípios fundamentais. Afrontado esse patrimônio moral, em seu conjunto ou em parte relevante, cabe a indenização por dano moral, deflagrada pela Constituição de 1988. Tratando-se de assédio sexual no trabalho, retratado por ações reiteradas de índole sexual ou por grave ação dessa natureza, praticadas por pessoa que integra a organização ou quadros da empresa contra subordinado ou colega, desponta ainda mais relevante a responsabilização pela afronta moral sofrida, porque abala sobremaneira e por longo período a autoestima, honra, vida privada e imagem da vítima, denotando também gestão empresarial desrespeitosa e descuidada em aspecto de alta relevância, segundo a Constituição da República (respeito à dignidade da pessoa humana; respeito à mulher trabalhadora). Na hipótese, o Tribunal Regional, amparado no conjunto fático-probatório produzido nos autos, manteve a sentença que deferiu o pleito reparatório, por assentar que, “tanto o depoimento de Patrícia como o de Aline, muito embora inconsistentes em alguns aspectos, convergem no sentido de que Antônio infligia prática constrangedora, reiterada, contumaz e sorrateira (típica do assédio sexual) em relação à funcionária demandante, e no próprio local de trabalho.” A propósito, explicitou a Corte de origem que “o fato de as testemunhas da empresa nada relatarem não importa reconhecer que o assédio inexistiu, ainda mais ao considerarmos que Alessandro e Valéria não trabalhavam no mesmo setor da reclamante, ao contrário das duas primeiras testemunhas. **Outrossim, a ausência de reclamação por parte da funcionária é plenamente justificável no receio de perder o emprego**”. Concluiu, desse modo, “**desnecessária a comprovação inequívoca do prejuízo, porquanto presumido, especialmente nas circunstâncias postas no caso concreto, em afronta aos direitos de personalidade da empregada, em flagrante violação à liberdade sexual. Inegável, portanto, a ilicitude da conduta da ré, por meio de seu preposto, abalando a honra e a dignidade da funcionária.**” Portanto, nesse contexto, comprovada a conduta censurável do superior hierárquico, adotada contra a Autora subordinada, acarretando-lhe grave constrangimento, e tendo em vista a omissão da empregadora em garantir um meio ambiente do trabalho livre de ocorrências de tal natureza, tem direito a trabalhadora a receber indenização pelo dano sofrido. Desse modo, compreende-se que realmente os fatos ocorridos com a Obreira atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual - bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição -, ensejando a reparação moral, conforme autorizam os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002. Ressalte-se, outrossim, a necessidade de privilegiar a valoração dos depoimentos procedida pelo Juízo de origem, que teve contato direto com a prova, estando, portanto, em posição favorável para aferir a veracidade dos fatos narrados e suas eventuais inconsistências. Ademais, afirmando a

Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, a presença dos requisitos configuradores do dano moral em decorrência de assédio moral e sexual, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Como se sabe, no sistema processual trabalhista, o exame da matéria fática dos autos é atribuição da Instância Ordinária, quer pelo Juízo de Primeiro Grau, quer pelo TRT. Sendo o recurso de revista um apelo de caráter extraordinário, em que se examinam potenciais nulidades, a interpretação da ordem jurídica e as dissensões decisórias em face da jurisprudência do TST, somente deve a Corte Superior Trabalhista se imiscuir no assunto fático se houver manifestos desajustes ou contradições entre os dados fáticos expostos e a decisão tomada, o que não é o caso dos autos. Prejudicado o tema “honorários assistenciais - base de cálculo” em razão do provimento do recurso de revista da Reclamada. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - ARR: 201491720155040014, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 31/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018)

Apesar de ter sido um julgamento com base na lei anterior à Lei 13.467/17, o único aspecto que mudaria se fosse com base na Reforma Trabalhista, seria o fato do dano extrapatrimonial ter mais abrangência na Consolidação das Leis do Trabalho e, por sua vez, a vítima teria mais amparo ao buscar a reparação de seu dano. Fora esse quesito, o Relator Maurício Godinho expressa de forma clara que, mesmo que a pessoa assediada se cale diante de um ato tão repugnante, este mesmo ato não deixa de ser ilícito e o agente não deixa de ser culpado.

Ademais, o Relator Godinho, dispõe que a conduta do superior hierárquico foi evidentemente censurável e, por sua vez, abalou a honra e a dignidade da empregada, violando diretamente sua liberdade sexual e, em decorrência deste fator, o comportamento do réu caracteriza sim o crime de assédio sexual, devendo ele, portanto, sofrer as devidas consequências.

Todavia, nem todos os entendimentos estão voltados para que a conduta do agente não tenha a necessidade de ser denunciada e/ou repelida pela pessoa assediada. Assim expõe o Relator do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região³⁷, ao analisar o Recurso Ordinário interposto pela empresa ré:

ASSÉDIO SEXUAL. CANTADAS NO LOCAL DE TRABALHO.

No universo das relações de trabalho, o conceito de assédio sexual deve ser lido com especial atenção. Isto pois ao mesmo tempo em que se desenvolvem no seio empresarial diversas relações humanas, que podem ser mais ou menos afetuosas, há também o caráter alimentício e vital do emprego que

³⁷ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 00031561220135020017 SP**. Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, Data de Julgamento: 26/03/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/04/2015. Disponível em <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202165290/recurso-ordinario-ro-31561220135020017-sp-00031561220135020017-a28?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

muitas vezes qualifica a situação da vítima, fragilizando-a em face do assediador. A situação ganha contornos ainda mais gravosos quando o agente impertinente é seu superior hierárquico. A vítima além de conviver com o incômodo diário das cantadas nas ruas e nos ambientes públicos em geral, submete-se à pressão de ver aquele a quem é subordinada investindo nas mesmas agressividades. A prova oral indica que houve agressões e que foram várias, em perfeita situação de assédio sexual e moral. Mesmo tendo a Reclamante levado a situação ao conhecimento dos supervisores, externando não só a conduta reprovável como seu descontentamento, não há qualquer notícia nos autos de que a Ré tenha investigado o incidente. A tese defensiva nada menciona neste sentido. Deste modo, impõe-se reconhecer que a Autora conseguiu demonstrar satisfatoriamente os fatos constitutivos de seu direito.

(TRT-2 - RO: 00031561220135020017 SP 00031561220135020017 A28, Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, Data de Julgamento: 26/03/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/04/2015)

Muito embora o Relator tenha negado o provimento do recurso interposto pela Reclamada, ao confirmar que houve o cumprimento dos requisitos para a caracterização do assédio sexual, deixa claro que a Reclamante levou ao conhecimento das autoridades competentes externando o seu desapontamento com a conduta reprovável do réu, ou seja, entende que é necessário a vítima denunciar e/ou expor o descontentamento com a situação.

Acontece que, de acordo com o entendimento do relator da primeira jurisprudência exposta, Maurício Godinho, em seu voto, aduz que é plenamente justificável o fato da reclamante não ter feito alguma reclamação em relação à conduta do assediador, tendo em vista que ela teria medo de perder seu emprego.

Portanto, de acordo com o pensamento do Ministro Godinho, não se pode considerar um elemento caracterizador essencial a rejeição à conduta do agente, porque, na maioria das situações, a vítima necessita daquele emprego para garantir sua subsistência.

3.1 DAS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA PRÁTICA DO ASSÉDIO SEXUAL

Como estabelecido neste presente artigo, o assédio sexual é uma situação perturbadora e gera consequências tanto para a vítima, tanto para o algoz. Diante desse fato, há jurisprudências que demonstram os frutos dessa conduta.

3.1.1 Dos efeitos para a vítima

A vítima é, de fato, a pessoa que mais possui consequências negativas, pois é humilhada psicologicamente, agravando muitas vezes doenças psíquicas que a pessoa já possuía. Isso é o que mostra o seguinte Recurso Ordinário interposto pela reclamada e indeferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região³⁸:

³⁸ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 00009300820135040234 RS**. Relator: MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/10/2017, 4a. Turma. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511664952/recurso-ordinario-ro-9300820135040234?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

ASSÉDIO SEXUAL AFASTAMENTO DO TRABALHO POR DEPRESSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO.

Hipótese em que restou comprovado o assédio sexual, evento traumático que contribuiu para a doença que acomete a autora (depressão). Caracterizada a rescisão indireta do contrato de trabalho pela inviabilidade de manutenção do vínculo empregatício face a animosidade existente entre as partes, é necessário fixar o marco temporal em que essa rescisão pode se operar, o que não pode deixar de considerar a legislação vigente. No caso, é imperativa a observância da garantia provisória de emprego decorrente de doença laborativa equiparada a acidente de trabalho legalmente assegurada (art. 118 da lei nº 8.213/91), restando correta a sentença. Recurso ordinário interposto pela reclamada a que se nega provimento.

(TRT-4 - RO: 00009300820135040234, Data de Julgamento: 18/10/2017, 4a. Turma)

Ao analisar o inteiro teor da decisão, a Juíza Relatora mostra as provas de que a Reclamante, desde antes de sofrer assédio, estava dentro dos quadros depressivos e afirma que, após as condutas reiteradas do superior da Reclamante, sua situação se agravou, motivo pelo qual ela pediu demissão

Logo, em decorrência do assédio sexual sofrido pela reclamante ter agravado sua doença psíquica (depressão), a Relatora entendeu por reconhecer a estabilidade provisória, tendo em vista que houve a caracterização de doença laborativa.

Portanto, ao ter ciência dos fatos narrados, vislumbra-se que a autora da exordial teve como repercussão do ato um sofrimento extremo, devendo então, o agente reparar o dano que causou.

3.1.2 Dos efeitos para o assediador

Para toda ação há uma reação, pois bem, para ação de assediar implica ao assediador reparar o dano causado, como por exemplo o pagamento de dano extrapatrimonial, contido nos artigos 223 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho e a rescisão indireta, expressa no artigo 483, alínea “e”, também da CLT.

Sendo configurado o assédio sexual, o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região³⁹, negou o provimento do Recurso Ordinário interposto pela empresa reclamada, senão vejamos:

ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO DEVIDAS.

O assédio sexual no local de trabalho caracteriza-se por chantagens ou intimidações praticadas por superior hierárquico visando obter da pessoa subordinada vantagens ou favores sexuais, mediante promessas de benefícios profissionais ou materiais, ou sob pena de perda do emprego ou

³⁹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO. Recurso Ordinário n. 00007473920125230106 MT, Relator: ROBERTO BENATAR, 1ª Turma-PJe, Data de Publicação: 09/07/2013. Disponível em <https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/662551110/recurso-ordinario-trabalhista-ro-7473920125230106?ref=juris-tabs> Acesso em: 03 abr. 2019.

outro prejuízo em caso de recusa. Para que o assédio sexual renda ensejo a reparação por danos morais e a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483, 'e' da CLT, é imprescindível que seja robustamente provado em juízo. No caso, a oitiva das testemunhas provou, firme e convincentemente, o alegado assédio sexual, rendendo ensejo à reparação do dano extrapatrimonial e rescisão indireta do contrato de trabalho.

(TRT-23 - RO: 00007473920125230106, Relator: ROBERTO BENATAR, 1ª Turma-PJe, Data de Publicação: 09/07/2013)

Por ser o assédio sexual no local de emprego um ato altamente reprovável e por gerar danos psicológicos e até mesmo físicos à vítima, há que se falar em reparação de dano por parte do agente. Desta feita, o Relator Roberto Benatar, compreende que a reparação do dano gerado poderá ser feita por meio da rescisão indireta do contrato de trabalho, uma vez que a convivência entre empregador e empregado se torna insuportável e por meio do pagamento de indenização do dano moral, pois o ato do assédio sexual fere a honra e a liberdade sexual da vítima.

Entende-se por rescisão indireta aquela que é dada pelo empregado ao empregador, pelo fato de o chefe hierárquico cometer uma das faltas dispostas no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho e, sendo essa a forma de rescisão, o obreiro fará jus ao recebimento de qualquer das parcelas rescisórias, quais sejam: saldo de salário, férias vencidas acrescidas de 1/3 constitucional (se houver), férias proporcionais, gratificação natalina, aviso prévio, seguro desemprego, FGTS e a multa de 40%, de acordo com o entendimento de Maurício Godinho⁴⁰.

Por fim, a empresa reclamada supracitada foi condenada ao pagamento do dano extrapatrimonial e a consequente rescisão indireta, pois foi configurado e confirmado por testemunhas que houve o assédio sexual.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente artigo, foi trabalhado o assédio sexual nas relações de emprego, do qual pode-se extrair que na maioria dos relatos, o assediador é homem, ocupa cargo hierarquicamente superior e possui intenção de obter vantagem sexual da vítima, a qual, em suma, é mulher. O assediador sempre ou na maioria das vezes utiliza seu cargo de superioridade para intimidar a vítima e, conseqüentemente, alcançar seu objetivo.

Ademais, durante o trabalho são frisados os requisitos para que haja a configuração do assédio sexual, dos quais se destacam: a existência de um assediador e de um assediado, a conduta sexual do agente, a prática reiterada da conduta e, principalmente, a rejeição da conduta pela vítima. Destacou-se a rejeição da conduta pela vítima, uma vez que, atualmente, a única maneira de se ter o assédio configurado é a vítima deixando clara sua rejeição e, conseqüentemente será o objetivo do estudo demonstrar que esta não é a principal forma de haver a configuração do assédio sexual.

O objetivo principal do estudo científico, foi o de tentar mostrar, por intermédio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, utilizando as doutrinas escritas por Maurício

40 DELGADO. M.G. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, 1290 p.

Godinho, Alice Monteiro, Yonne Frediani, Rodolfo Pamplona, dentre outros e julgados advindos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Regional do Trabalho, que não há motivos para que o requisito de recusar e/ou denunciar a conduta repugnante do agente seja elementar, haja vista que não são todas as vítimas que possuem capacidade de se manter caso haja a rescisão contratual.

Nesse sentido, teve-se como vítima aquela trabalhadora que é totalmente dependente da renda que o trabalho, no qual foi assediada, lhe proporciona para manter seu sustento e de eventuais dependentes que possa ter e, justamente por esse motivo, não acha outra alternativa a não ser ceder à conduta do agente, para que possa continuar recebendo os subsídios para seu sustento.

Assim, para que o artigo fosse iniciado, fez-se necessário introduzir com a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego e logo em seguida a apresentação dos requisitos para que se configure uma relação de emprego, que são: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e a subordinação. Foi abordado, de forma mais resumida os quatro primeiros requisitos e de maneira mais ampla o requisito da subordinação, tendo em vista que é a partir deste que se deu o desdobramento do presente artigo.

Ainda no primeiro tópico, foi explicada a diferença entre assédio sexual e assédio moral, uma vez que muito se confunde acerca da caracterização de cada um. Após ser explanada a diferença, pôde-se concluir que tanto o assédio sexual como o moral são condutas desprezíveis, mas que o assédio sexual, por ter como finalidade a obtenção de vantagem sexual, utilizando-se como meio a chantagem, é mais repugnante do que o assédio moral, sendo assim, necessita que a legislação brasileira dê uma maior atenção ao assédio sexual.

Ademais, ainda na primeira fase, é mostrada a consequência gerada pelo assédio sexual ao autor do fato. Dessa forma, concluiu-se que o assediador será responsabilizado pelo dano extrapatrimonial causado por sua atitude à vítima, com base nos artigos que preveem este direito, previstos na Lei 13.467/2017, ou seja, a Reforma Trabalhista.

Já na segunda parte do artigo, foi estudado o trabalho da mulher. Para iniciar a explanação, foi demonstrado, de forma breve, como a mulher trabalhadora era tratada no passado e conclui-se que o trabalho feminino antigamente era tratado como se fosse algo errado, haja vista que eram poucas as mulheres que estavam no mercado de trabalho e, por isso, estava fora dos padrões de recato ficar no mesmo ambiente com vários homens.

Mais adiante, foi tratado sobre as diferenças salariais entre os homens e as mulheres, fazendo-se uma breve comparação com o passado e o presente e, percebeu-se que, principalmente, no âmbito privado, as diferenças salariais continuam gritantes para o mesmo trabalho realizado, no mesmo estabelecimento e com a mesma qualidade do serviço. Portanto, é perceptível que essa diferença salarial existe simplesmente pelo fato de ser uma mulher ocupante de um cargo.

Para finalizar o segundo tópico, foram mostradas as garantias que a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal oferecem à mulher, como por exemplo à gestante ou adotante, que detém da garantia provisória, a qual dispõe que nenhuma mulher poderá sofrer dispensa laboral por motivos de gravidez ou adoção. Além disso, à lactante é garantido

períodos de amamentação durante sua jornada, dentre outros direitos em geral, que nos trazem uma certa segurança, uma vez que devem ser cumpridos.

O terceiro tópico traz consigo a problemática jurídica de fato e como efetivamente é tratada no ordenamento jurídico trabalhista, por meio de jurisprudências. Embora seja um conteúdo específico, há julgados que preveem a condenação do agente da conduta no pagamento de danos morais à vítima, mesmo quando esta, por medo de perder seu emprego, não efetivou a denúncia ou recusou, de forma clara, o assédio sexual.

Partindo-se dessa premissa, e analisando o voto do Relator do julgado mencionado, pôde-se perceber que o fato da vítima não ter denunciado ou não ter deixado claro que não cederia ao desejo de seu superior, não faz com que ela seja cúmplice do ato e sim, tão vítima quanto àquela que faz a denúncia. Logo, demonstra-se tão somente o medo de ficar sem os subsídios que servem para sua subsistência.

Além desta jurisprudência, foi juntada também um julgado que demonstra como nem todos os Relatores têm o mesmo pensamento jurídico e que ainda acreditam que para que seja caracterizado o assédio sexual é imprescindível haver a denúncia e/ou recusa da conduta.

Outrossim, como o assédio sexual traz consequências terríveis à vítima, foi explanado, ainda por meio de julgados, os danos psicológicos causados à vítima e a responsabilidade de reparação deste dano, mediante o pagamento de indenização por dano extrapatrimonial, por parte do autor do fato.

Enfim, por ser o assédio sexual nas relações de emprego uma conduta repugnante e por trazer total desconforto e medo à assediada, pelo fato de seu emprego ser fundamental para sua subsistência, é necessária uma medida que traga total segurança às vítimas de assédio, para que estas mostrem seu emponderamento afim de que recusem a conduta sem qualquer receio, seja de ser humilhada, seja por acabar com seu emprego.

Dessa maneira, a medida a qual se faz necessária, poderá ser por meio de atendimentos especiais e sigilosos dentro da própria empresa, que tenha todo aparato jurídico, para que todos os envolvidos sejam resguardados e somente sofra as consequências o único culpado, ou seja, o assediador.

E, por último e não menos interessante julgo necessário frisar, que pelo repúdio do próprio ato de assédio sexual e os danos causados pelo agente à vítima, além de ter o assediador que ser responsabilizado ao pagamento de indenização, a vítima deverá ter um respaldo na legislação brasileira para que possa fazer a devida denúncia sem qualquer prejuízo ao seu sustento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A.L.P.D. **Direito do Trabalho**, 15ª ed. São Paulo: Rideel, 2016.

ASSÉDIO SEXUAL. QUESTÕES CONCEITUAIS. Disponível em http://www.iag.usp.br/sites/default/files/jusnavigandi_assedio-sexual.pdf Acesso em: 14 abr 2019.

BARROS, A.M.D. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr80, 2016.

BARROS, A.M.D. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. CF(1988). **Constituição Federal**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 12 mar.2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO. ADCT DE 1988. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 4 mar. 2019.

BRASIL. CP (1940). **Código Penal**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Cartilha Assédio Moral e Sexual no Trabalho. 2017. 10 p. Disponível em < <https://www12.senado.leg.br/institucional/programas/pro-equidade/pdf/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>> Acesso em 20 mai. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 3039820125030029 MG**. Relator: José Marlon de Freitas, Data do Julgamento: 17/05/13. Disponível em <https://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=154.1731.0000.5400&op=doc> Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 00031561220135020017 SP**. Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, Data de Julgamento: 26/03/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/04/2015. Disponível em <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202165290/recurso-ordinario-ro-31561220135020017-sp-00031561220135020017-a28?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 00009300820135040234 RS**. Relator: MARCELO GONÇALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/10/2017, 4a. Turma. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511664952/recurso-ordinario-ro-9300820135040234?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO. **Recurso Ordinário n. 00007473920125230106 MT**, Relator: ROBERTO BENATAR, 1ª Turma-PJe, Data de Publicação: 09/07/2013. Disponível em <https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/662551110/recurso-ordinario-trabalhista-ro-7473920125230106?ref=juris-tabs> Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 11398720175100001**, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/04/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019. Disponível em < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697829836/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-11398720175100001/inteiro-teor-697829955?ref=juris-tabs>> Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Agravo de Instrumento n. 201491720155040014**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 31/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/646776189/arr-201491720155040014?ref=serp> Acesso em: 03 abr. 2019.

CASSAR, V.B. **Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Disponível em <cite.gov.pt/pt/acite/didervtrab005.html> Acesso em: 12 mar. 2019.

DELGADO, M.G. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009. DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/assedio/>> Acesso em: 2 abr. 2019.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. FREDIANI, Y. **Direito do Trabalho**. Barueri/SP: Manoele, 2011.

JÚNIOR, J.C. **Curso de Direito do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 13ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MÁXIMO, S.J. **O trabalho e o direito da mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1997.

PALMEIRA, Z.S. **O Assédio Sexual, Suplemento Trabalhista**. LTr nº 135/98, 135 p.

PAMPLONA, R.F. **Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr70, 2006.

A (IM) POSSIBILIDADE DE REQUISITAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DA SISTEMÁTICA PENAL VIGENTE

Débora Maria Rodrigues de Souza (Orientador: Prof. Anderson Pinheiro da Costa)

RESUMO: O presente artigo aborda o contexto histórico do tribunal do júri e o seu progresso, passando pelas diversas constituições até chegar ao formato que se conhece hodiernamente. Tem por objetivo geral analisar a possibilidade de absolvição do acusado mesmo reconhecido, por parte dos jurados, a materialidade e autoria do crime ainda que a única tese absolutória seja negativa de autoria. Por objetivos específicos, analisar a inserção do tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro, verificando os quesitos de votação, a sua sistemática e as divergências jurisprudências e doutrinárias a respeito da instituição do júri. Como referencial teórico a pesquisa adotou os postulados de Nucci, (1999, 2014, 2016), Bonfim (2014), Távora, Alencar (2012), Capez (2014) e Lima (2017).

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Quesitos.

RESUMEN: El presente artículo se enfoca en el contexto histórico del tribunal de los jurados y su progreso, pasando por las distintas constituciones hasta llegar a la forma que se conoce actualmente. Tiene como objetivo general analizar la posibilidad de que se absorba el acusado mismo que se reconozca, por parte de los jurados, la materialidad y autoría del crimen mismo que la única tesis de defensa sea la negativa de autoría. Como objetivos específicos, analizar la inserción del tribunal de los jurados en el ordenamiento jurídico brasileño, verificando los quesitos de votación, su sistemática, y las divergencias jurisprudenciales y doctrinarias al respecto de la institución del tribunal. Como referencial teórico la pesquisa adoptó en entendimiento de Nucci (1999, 2014, 2016), Bonfim (2014), Távora y Alencar (2012), Capez (2014), Lima (2017) y otros.

Palabras-clave: Derecho Procesual Penal. Tribunal de los Jurados. Cuestiones.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o contexto histórico que envolve o Tribunal do Júri, podendo ser considerada uma das instituições mais antigas que compõe o poder judiciário (NUCCI, 1999). Profundas e consideráveis mudanças ao longo dos anos marcaram a uniformização dessa instituição no direito brasileiro, até que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil publicada em 1988, o Tribunal do Júri passou a ser previsto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) (BISCOLA, 2015).

Junto com a promulgação da Constituição de 1988 surgiram princípios fundamentais e norteadores dessa instituição, tais como a plenitude da defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, assegurando aos juízes populares não só a função de julgar conforme o que é levado a plenário, mas, julgar com o seu íntimo (NUCCI, 1999).

Em razão de tantas alterações no seu regramento, o tribunal do júri passou por uma profunda mudança com o advento da Lei 11.689/2008, que buscou ajustar o procedimento à ordem constitucional, evitando problemas que vinham ocorrendo, tais como o excesso de formalismo, o grande número de processos anulados e a complexidade dos quesitos. (BISCOLA, 2015).

Uma das grandes mudanças trazidas pela Lei 11.689/2008 foi à inserção do quesito genérico, pelo qual o jurado é indagado sobre a absolvição do réu (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

Frente à nova sistemática adotada com a vigência da referida Lei, e da possibilidade e absolvição por clemência, a outra novidade foi o artigo 490 do Código de Processo Penal, que inovou ao permitir que os jurados sejam novamente questionados, após já terem respondido ao quesito genérico, quando houver suposta contradição entre as respostas já dadas aos quesitos anteriores e o quesito relativo à absolvição (BONFIM, 2015).

Diante disso, entende-se necessária a análise da possibilidade de absolvição do acusado mesmo reconhecida, por parte dos jurados, a materialidade e autoria do crime ainda que a única tese absolutória seja a negativa de autoria.

Em vista da relevância das alterações referentes à quesitação principalmente no que tange ao quesito genérico, a discussão acerca da absolvição chegou aos Tribunais Superiores, que se depararam com a discussão que gira em torno do limite do poder de julgar dos juízes leigos e os princípios da soberania dos veredictos e plenitude de defesa.

A justificativa para a elaboração do presente artigo se deu em função da análise do *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ, julgado pelo STJ, em que é observada uma relevante divergência a respeito da contradição nas respostas dos jurados, que absolveu o réu, mesmo reconhecendo autoria e materialidade, sendo a tese defensiva se restringido à tese de negativa de autoria. Diante desse cenário, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou que fosse realizada uma nova requisição, na forma no artigo 490 do Código de Processo Penal.

A metodologia utilizada para a construção do presente artigo baseou-se nas regras da pesquisa qualitativa. Como método de coleta de dados foi utilizada análise bibliográfica, principalmente a busca em doutrinas e legislações específicas a respeito da temática e subsidiariamente a leitura de artigos científicos e dados oficiais publicados na internet.

Como referencial teórico, a pesquisa se baseou nos postulados de Nucci (2016), que contribuiu elucidando sobre o contexto histórico e a uniformização do Tribunal do Júri no Brasil, à medida que Capez (2014) e Renato Brasileiro (2017) colaboraram com relevantes elucidações sobre os princípios que permeiam a instituição do júri. Távora e Alencar (2012) auxiliaram na compreensão do sistema de quesitos no tribunal do júri e propiciaram uma reflexão sobre a possibilidade de requisição.

A pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo teve por objetivo analisar o contexto histórico do tribunal do júri, seus princípios norteadores e o sistema bifásico que a instituição adota.

Seguidamente, no segundo capítulo, o objetivo foi compreender o sistema de votação adotado pelo Brasil e analisar os impactos que a reforma proposta pela Lei 11.689/2008 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, o objetivo foi analisar como a jurisprudência e a doutrina têm se posicionado à respeito da possibilidade de os jurados serem novamente questionados, em caso de uma suposta divergência observada entre a resposta afirmativa dada ao quesito genérico da absolvição quando a única tese defensiva absolutória foi a negativa de autoria e os jurados reconhecem o réu como autor do delito.

Concluindo-se então, necessário o questionamento a respeito da impossibilidade de se requisitar em desfavor do réu.

1. O TRIBUNAL DO JÚRI E O SISTEMA DE QUESITAÇÃO NO BRASIL

O Tribunal do júri, conhecido também como tribunal popular, existe no ordenamento jurídico brasileiro desde 1822. Até a sua chegada no Brasil sofreu diversas alterações, sobretudo, com as diversas constituições que o Brasil teve desde a sua instituição (NUCCI, 2016).

De forma semelhante, o sistema de quesitação, eleito pelo legislador brasileiro, também teve suas influências e sofreu diversas modificações, sendo a mais recente advinda da Lei 11.689/2008, que mudou significativamente o Tribunal do Júri (BISCOLA, 2015).

1.1 A FORMAÇÃO E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO SISTEMA BRASILEIRO

O Tribunal do Júri é visto como uma das instituições mais antigas de que se tem notícia, sobretudo, quando é feita uma análise sobre a história dos berços da civilização como Grécia e Roma (RANGEL, 2014). Contudo, há quem discorde, dispondo que o júri teve sua origem na Carta Magna da Inglaterra de 1215. (NUCCI, 1999).

Os primeiros relatos do júri foram na Palestina, onde havia o *Tribunal dos Vinte e Três* nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Tal tribunal era conhecido por julgar crimes que fossem puníveis com pena de morte. Os membros desse tribunal eram escolhidos dentre padres, levitas e principais chefes de famílias de Israel (NUCCI, 2014).

Na Grécia, desde o século IV a.C., já se tinha conhecimento da existência do júri, integrando ele o sistema judicial. O Tribunal dos Heliastas era a jurisdição comum, reunia-se em praça pública e era composto por cidadãos, cujas decisões eram produzidas pelo povo (NUCCI, 1999).

Em Roma, durante a República, o júri atuava sob a forma de tribunais ou juízes em comissão que, inicialmente, eram temporárias, conhecidas por *questiones*; quando se tornavam definitivas passavam a ser denominadas de *questiones perpetuae*, isso por volta de 155 a.C. A formação se dava por um pretor e por mais de doze jurados (NUCCI, 1999).

Os primeiros contornos legais do tribunal do júri foram observados na Carta Magna da Inglaterra de 1215, que dispunha em seu artigo 48 que ninguém poderia ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país (NUCCI, 1999). Nesse sentido, a missão do tribunal do júri era de retirar das mãos da autoridade o poder de decidir de forma contrária aos interesses da sociedade da época (RANGEL, 2014).

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído em 1822, quando o Príncipe Regente Pedro I assinou o Decreto 0-031, em 18 de junho daquele mesmo ano (SILVEIRA; MALLET, 2018). Sua competência era para julgar os delitos de imprensa (BONFIM, 2015) e eram compostos por juízes de fato, vinte e quatro cidadãos ao total, homens bons, honrados, inteligentes e patriotas (NUCCI, 1999).

O tribunal ganhou *status* constitucional pela primeira vez em 1824, com a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil, sendo inserido no capítulo referente ao Poder Judicial, Capítulo Único (Dos juízes e Tribunais de Justiça) (BISCOLA, 2015). A competência desse tribunal era tanto cível como criminal e se manifestava para decidir sobre os fatos, e os juízes togados aplicavam a lei (RANGEL, 2014).

Com a primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, o júri estava inserido dentro da seção da Declaração dos Direitos, que estabelecia, no seu artigo 72, parágrafo 31, que era *mantida a instituição do jury*. Essa afirmação de manter o júri impedia que leis posteriores pudessem alterar sua essência (RANGEL, 2014).

Seguindo seu processo evolutivo, em 1934, a Constituição voltou a inserir o júri no capítulo referente ao Poder Judiciário, dispondo: “É mantida a instituição do jury, com a organização e as atribuições que lhe der lei”. (NUCCI, 1999, p. 39), ou seja, confiou ao legislador à organização do tribunal do júri (BISCOLA, 2015).

Com a Constituição de 1937, o tribunal do júri foi retirado integralmente do texto constitucional, fato que viabilizou diversos debates a respeito da manutenção ou não da instituição no Brasil. (NUCCI, 2016). No entanto, com o Decreto-lei n. 167, de 1938, a instituição do júri passou a ser competente para julgar crimes de homicídio, atentado contra a vida de uma pessoa por envenenamento, infanticídio, suicídio, morte ou lesão corporal seguida de morte por duelo, latrocínio e a tentativa de roubo. (RANGEL, 2015).

A instituição do decreto admitia recurso de apelação da decisão dos jurados, podendo o tribunal aplicar a pena justa ou absolver o réu, o que denotava que a soberania dos veredictos era um instituto ainda distante (RANGEL, 2015).

Em 18 de setembro de 1946, o Brasil ganhou sua quarta Constituição, trazendo o tribunal do júri no artigo 141, § 28:

É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contando que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (RANGEL, 2014, p.624-624).

O que parece ter movido o legislador de 1946 a trazer de volta o tribunal popular no texto constitucional, inclusive, com maiores garantias, foi o fato de o júri sempre ter representado um foco de democracia, uma tribuna livre onde suas causas eram debatidas e apreciadas diretamente pelo povo (NUCCI, 1999).

A Constituição de 1967 manteve a instituição do júri no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mas diferente do que retratava a Constituição de 1946, o artigo 150, § 18, limitou a competência do júri, mantendo apenas sua soberania e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida. (NUCCI, 1999).

Ainda, em 1967, a Constituição sofreu uma reforma com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, chamada por alguns de “nova Constituição”, que tratou do júri, mas silenciou quanto a sua soberania (RANGEL, 2015).

Finalmente, em 1988 o constituinte trouxe de volta, e com muito mais força, todos os preceitos trazidos pela Constituição de 1946 que foram suprimidos ou alterados em 1967. Dessa vez, inseriu a instituição no título que tratava dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos”, estabelecendo no artigo 5º, inciso XXXVIII, os princípios regentes da instituição (NUCCI, 1999).

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) A plenitude da defesa;
 - b) O sigilo das votações;
 - c) A soberania dos veredictos;
 - d) A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
- (BRASIL, 1988).

A Plenitude da Defesa passou a ter maior impacto no exercício da defesa, em grau ainda maior do que a ampla defesa assegurada ao procedimento de outros crimes (CAPEZ, 2014), significando uma atuação do defensor de maneira vasta (NUCCI, 2016). Defesa plena é aquela em que o profissional habilitado não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, podendo servir-se de argumentos extrajurídicos, invocando razões de ordem social, emocional, dentre outras. (CAPEZ, 2014).

Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa completa e foi isso que o constituinte quis deixar claro, atribuindo ao júri à plenitude da defesa (NUCCI, 1999).

Por sigilo das votações, entende-se que a ninguém é dado o direito de saber o sentido do voto do jurado, razão pela qual o Código de Processo Penal prevê que a votação ocorra em uma sala especial com uma publicidade restrita, visto que devem estar presentes, além do juiz e dos jurados, o órgão do Ministério Público e o defensor do acusado (CAPEZ, 2014). A votação na sala secreta não é incompatível com o princípio da publicidade, isso porque a própria Constituição Federal permite que a lei possa limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos em que haja interesse social, conforme o artigo 93, IX, c/c artigo 5º. LX. (LIMA, 2017).

Por isso, é do interesse público que os jurados sejam livres e isentos de pressão para proferir seu voto, uma vez que na presença do público em plenário, não se poderia refletir acerca do voto diante de tamanha pressão (NUCCI, 2014).

Da soberania dos veredictos decorre a conclusão de que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Por força constitucional, incumbe aos jurados decidir pela procedência ou não da imputação do crime doloso contra a vida. (LIMA, 2017). Em virtude da soberania dos veredictos, as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pelo juízo *ad quem*, mas não significa dizer que suas decisões são irrecorríveis e definitivas (LIMA, 2017). Tal fato quer dizer que apesar de soberana, havendo recurso de apelação da parte inconformada, o tribunal, julgando a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, determine que o réu seja submetido a novo Júri, conforme artigo 593, § 3º, do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

O Tribunal do Júri tem a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: Homicídio Doloso (artigo 121 do Código Penal), Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (artigo 122 do Código Penal), Infanticídio (artigo 123 do Código Penal) e Aborto provocado pela própria gestante em si mesma ou com seu consentimento (artigo 124 do Código Penal), além do aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante (artigos 126 e 125 do Código Penal). Entretanto a sua competência é mínima, uma vez que o legislador pode ampliar o âmbito da competência, julgando também os crimes conexos aos crimes dolosos contra a vida (BONFIM, 2015).

1.2 PROCEDIMENTO BIFÁSICO NO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento no Tribunal do Júri é bifásico, ou seja, estruturado em duas fases distintas: a primeira, denominada *judicium accusationis* ou sumário de culpa, tendo início com o oferecimento da peça acusatória e perdura até a decisão de pronúncia (LIMA, 2017).

Nesse cenário, o juiz togado é responsável por rejeitar ou receber a denúncia e, em caso de recebimento, designar audiência de instrução e julgamento, nos termos elencados no artigo 411 do Código de Processo Penal. Ao final, o magistrado, formando sua livre convicção motivada pelas provas produzidas, pode absolver sumariamente o acusado, caso constante alguma das causas estabelecidas no artigo 415 do Código de Processo Penal; pode impronunciar o acusado, caso não esteja convencido da materialidade delitiva ou esteja diante da ausência de indícios suficientes de autoria, conforme artigo

414 do Código de Processo Penal; pode desclassificar o crime para crime diverso do da competência do júri, caso entenda que a conduta não foi praticada com vontade livre e consciente de tirar a vida humana, conforme artigos 74 § 2º e 419 do Código de Processo Penal; e por fim, convencido da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria, pronunciará o acusado, encaminhando-o para o julgamento perante o Tribunal do Júri, nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2014).

A segunda fase, conhecida como *judicium causae*, inicia-se com a pronúncia e termina, após os debates orais em plenário, com a votação do questionário pelos jurados e a prolação da sentença (BONFIM, 2015).

2. O SISTEMA DE QUESITAÇÃO E VOTAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, O Brasil adotava o modelo francês de votação. O juiz elaborava um questionário sobre o fato principal, descrito no libelo e os jurados respondiam, sendo questionados sobre cada uma das teses defensivas separadamente (BISCOLA, 2015).

Com a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, passou a vigorar o sistema híbrido de quesitação, ou seja, uma mistura entre os modelos franceses e ingleses (BISCOLA, 2015). Edilson Mougenot Bonfim (2015) assevera que os ingleses deixam a mais ampla possibilidade de escolha aos jurados, em seu mais largo espectro, na medida em que lhes oferecem, sem qualquer sugestão, a tese e a antítese da responsabilidade penal do acusado, perguntando ao júri inglês se o réu é “culpado ou inocente”, dando a cada um dos jurados o direito de votar “culpado” ou “inocente”.

No sistema brasileiro, a manifestação dos jurados não se concretiza pela simples resposta à indagação sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, mas resulta de uma pluralidade de respostas a perguntas referentes ao fato imputado e suas circunstâncias (ANDRADE apud GRINOVER, FERNANDES, FILHO, 2002).

A quesitação no tribunal do júri significa dizer que o colegiado popular realizará o julgamento ao responder quesitos, isto é, serão formuladas perguntas que o juiz presidente fará aos jurados sobre o fato criminoso e demais circunstâncias essenciais ao julgamento (NUCCI, 2014).

Após a instrução probatória e os debates entre as partes, os jurados são indagados, primeiramente, sobre a existência dos fatos, isto é, a materialidade, que compreende a existência de algo, no caso, do fato lesivo à vítima. Em seqüência, os jurados passam a votar a respeito da autoria, ou seja, se o réu concorreu para a prática da infração penal na condição de autor ou partícipe (NUCCI, 2014).

Em seguida, depois de indagar sobre materialidade e autoria, o conselho de sentença é questionado sobre a absolvição, recebendo este quesito a denominação de genérico, que surgiu com a Lei 11.689/2008, responsável por modificar a forma de elaboração dos quesitos, concentrando todas as teses sustentadas em plenário em único quesito: “o jurado absolve o acusado?”. A sua elaboração é obrigatória, mesmo que a defesa se limite a negar a autoria ou participação do acusado nos fatos narrados na denúncia e os jurados a reconheçam (NUCCI, 2014).

Com a reforma, uma das grandes mudanças foi em relação à extinção do libelo, que era a peça acusatória com o conteúdo da decisão de pronúncia que seria debatido em plenário, limitando a acusação e permitindo a defesa ter ciência do que seria alegado em sede de julgamento perante o tribunal do júri (NUCCI, 2014). Dado que o libelo era o espelho da pronúncia, o órgão acusador o utilizava como um futuro questionário, em que toda a forma articulada se transformava em artigos que serviriam de indagações (quesitos) aos jurados. Com a supressão do referido instituto, passou a ser da decisão de pronúncia essa função (RANGEL, 2010).

Hodiernamente, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 482, parágrafo único, a maneira pela qual o Conselho de Sentença será questionado, a fim de atingir um veredicto final a respeito da responsabilidade imputada pelo órgão acusador (LIMA, 2017).

É interessante notar que com o advento da Lei 11.689/2008, o tribunal do júri passou por uma reforma significativa, oferecendo aos jurados uma forma mais simples de analisar os quesitos e chegarem a uma decisão absolutória ou condenatória, além de respaldar o poder judiciário de futuras anulações de julgamentos em virtude de más interpretações dos quesitos elaborados.

2.1 QUESTIONÁRIO

Questionário é o conjunto de quesitos que o conselho de sentença deve responder a respeito do crime levando a julgamento. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2014):

O questionário é a peça elaborada pelo juiz presidente, contendo os quesitos, correspondentes às questões de fato e de direito expostas pelas partes em plenário, além de dizer respeito ao conteúdo da pronúncia, destinados aos jurados para a realização do julgamento em sala especial (NUCCI, 2014).

Vale ressaltar que o juiz presidente ao elaborar os quesitos levará em conta o teor da pronúncia, que será a fonte do questionário e estabelecerá os limites da acusação. (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

2.2 QUESITOS

Trata-se de uma pergunta, que demanda como resposta a emissão de uma opinião ou juízo (NUCCI, 2016). Dessa forma, o já aludido artigo 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, demonstra a forma pela qual os jurados serão inquiridos, devendo os quesitos ser redigidos de maneira simples, de modo que possam ser respondidos pelos juízes leigos com suficiente clareza e necessária precisão.

2.3 ORDEM DOS QUESITOS

Um dos objetivos da Lei 11.689/2008 foi o de simplificar a formulação dos quesitos, afinal, a estrutura anterior era complexa, dando brecha ao reconhecimento de inúmeras nulidades (LIMA, 2017). A disposição dos quesitos está regulada pelo artigo 483 do Código de Processo Penal, iniciando-se a formulação dos quesitos acerca da materialidade e autoria do crime, seguida do quesito relacionado à absolvição do réu. Em sequência, estão os quesitos que especificam as causas de diminuição de pena alegadas pela defesa e, finalmente, os quesitos relativos às qualificadoras ou causas de aumento de pena constantes da pronúncia. (BONFIM, 2015).

As agravantes e atenuantes não são objetos de quesitação, mas devem ser causas de debate para que possam ser valoradas na eventual sentença condenatória. (LOPES, 2014).

Observa-se que se estabelece uma ordem na quesitação. Ordem que não pode ser invertida, sob pena de desrespeito a uma regra e, conseqüentemente, desencadear em nulidade

do julgamento (RANGEL, 2010). Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento acerca do assunto através da Súmula 156 (BRASIL. STF, 1963).

Nota-se que apesar do tribunal do júri ser composto por juízes leigos, a sua sistemática é totalmente amparada por lei, uma vez que o não cumprimento de todo o rito é passível de nulidades.

I. Materialidade do fato

Por materialidade deve-se compreender a prova da existência do fato lesivo à vítima (NUCCI, 2014).

No tocante ao primeiro quesito, busca-se compreender se houve a existência do fato que está sendo imputado ao acusado, dessa forma, o juiz presidente ao formular a indagação a respeito da materialidade, deve acolher o que foi narrado na pronúncia e perguntar aos jurados se houve a lesão ao bem jurídico tutelado (NUCCI, 2016).

Ao formular o quesito a respeito da materialidade do crime há de se levar em consideração as causas que levaram a atitude do agente para se chegar ao resultado, pois a simples constatação acerca da materialidade da ocorrência criminosa não é suficiente para uma condenação. Matar alguém pode não constituir crime, a exemplo do que ocorre quando alguém mata uma pessoa amparada por uma excludente de ilicitude. (NUCCI, 2016).

Antes da Lei 11.689/2008, o sistema de quesitação desdobrava a materialidade e dividia esse quesito no que se chamava de letalidade, ou seja, o nexo de causalidade entre as lesões descritas no primeiro quesito e o resultado morte. (LUZ, 2008).

Para alguns doutrinadores, é importante a divisão desse quesito em dois momentos. Renato Brasileiro (2017) afirma que a divisão desse primeiro quesito é interessante, pois permite ao conselho de sentença o reconhecimento progressivo do evento criminoso. O homicídio consumado, por exemplo, para a sua caracterização exige, necessariamente, a anterior ofensa à integridade corporal da vítima. Isso porque os jurados podem negar a prática da lesão, o que resultará na absolvição do agente, ou reconhecer a lesão e negar a pergunta seguinte, afirmando não ter nexo de causalidade. (LIMA, 2017).

Exemplo do fracionamento do quesito relativo à materialidade num crime de homicídio consumado:

- a) No dia 25 de março de 2011, na Rua “A”, bairro “B”, nesta cidade, a vítima... foi atingida por disparo de arma de fogo, sofrendo as lesões corporais descritas no laudo de fls. xxx? (LIMA, 2017).
- b) Essas lesões foram causas eficientes da morte da vítima? (LIMA, 2017, p. 1422).

Observe que a negação do primeiro quesito implica na absolvição do acusado, em caso de resposta afirmativa segue a votação (LIMA, 2017).

No segundo caso, a resposta negativa dos jurados diz que o resultado morte não adveio da lesão provocada pelo acusado (LIMA, 2017).

Nesse mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2016), pondera que determinadas infrações penais, por suas naturezas, dependem da avaliação do nexos causal, não podendo simplesmente construir um quesito único (NUCCI, 2016).

Portanto, quando se falar em materialidade, há de se levar em consideração pontos relevantes de como se deu a conduta criminosa para que se possa inquirir aos jurados de maneira que o reconhecimento ou não do fato, seja analisado de forma precisa a fim de formar um veredicto.

II. Autoria ou participação

Na autoria, questiona-se sobre ser ou não o indivíduo o responsável pela realização da conduta principal descrita no tipo incriminador (CAPEZ, 2014).

Por outro lado, na participação, ou partícipe, questiona-se se o indivíduo, sem realizar a conduta descrita no tipo, concorreu ou não para a sua realização, ou seja, agiu de alguma maneira para a produção do resultado ou para a consumação do crime (CAPEZ, 2014).

No que se refere à autoria ou participação, o juiz presidente indaga aos jurados se o réu de qualquer modo (autor ou partícipe), contribuiu para o cometimento do delito (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Respondendo afirmativamente a esse quesito, o juiz presidente seguirá com a votação, caso contrário, encerra a votação e decreta a absolvição do acusado (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Entretanto, a partir da resposta afirmativa da questão em tela, se houver tese sustentada pela defesa de desclassificação para delito diverso do doloso contra a vida, a questão desclassificatória será dirigida aos jurados sempre antes do terceiro quesito, qual seja: “o jurado absolve o acusado?” (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Mesma análise deve ser feita a respeito das hipóteses de dúvida na tipificação ou alegação de tentativa, nos termos no § 5º, do mencionado artigo

483 do Código de Processo Penal, que destaca “sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito”. Isso quer dizer que se o quesito se referir à tentativa, necessariamente deve ser respondido após o quesito da autoria ou participação, tendo em vista que o primeiro quesito não será desdobrado em face da análise do nexos causal, pois não ocorreu o evento morte no contexto (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

III. Se o acusado deve ser absolvido

Aqui, os jurados serão inquiridos quanto à absolvição do acusado. Com a alteração promovida pela Lei 11.689/2008 surgiu o quesito genérico e, com ele, a obrigação de se indagar aos jurados, desde que reconhecida a materialidade e a autoria em quesitos anteriores, não importando quais tenham sido as teses sustentadas em plenário (NUCCI, 2016).

Ao concentrar as diversas teses absolutórias nesta questão – “O jurado absolve o acusado?” –, o legislador buscou impedir que os jurados fossem indagados sobre aspectos técnicos. (LIMA, 2017).

Diante dessa obrigatoriedade e por não saber o que será acolhido pelos jurados quando forem questionados a respeito desse quesito, pode a defesa sustentar uma tese principal de legítima defesa, por exemplo, ou subsidiariamente uma tese de legítima defesa putativa, e júri acolher alguma dessas teses ou nenhuma delas, mas, ainda assim, absolver o acusado por clemência, sem se apegar ao que foi debatido em plenário (NUCCI, 2016).

Conclui-se, assim, que com a nova sistemática, os jurados têm a liberdade de absolver o réu unicamente com base na sua íntima convicção e de forma independente das teses defensivas (LIMA, 2017).

IV. Se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa

O inciso IV, do artigo 483 do Código de Processo Penal, referente à causa de diminuição de pena, será formulado se até o momento o réu não tiver sido absolvido (TÁVORA, ALENCAR, 2012).

Em respeito à plenitude da defesa, as teses benéficas ao réu devem ser indagadas antes aos jurados. Por isso, são apresentados os quesitos referentes às causas características de privilégios e de diminuição de pena e, somente após, ingressam os quesitos relativos às qualificadoras e às situações de aumento de pena. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 162 do STF que diz: “é absoluta a nulidade de julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes (NUCCI, 2014).

As causas de diminuição da pena estão previstas na Parte Geral do Código Penal são aquelas que aumentam ou diminuem a pena em quantidades previamente fixadas em lei a depender do grau de participação na conduta. Essas causas são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena, podendo o juiz fixar no máximo ou no mínimo (CAPEZ, 2014).

Dentro das causas de diminuição de pena, há o que se conhece por crime privilegiado, que seria a modalidade em que a lei penal diminui em abstrato, os limites da pena, mínimo e máximo, diminuindo de um sexto a um terço. Essa modalidade de diminuição de pena é uma causa obrigatória de redução (MASSON, 2012).

Sendo então acolhidas as causas de diminuição, fica a critério do juiz o parâmetro para tal diminuição, considerando que se trata de matéria de direito e não de fato (BONFIM, 2015).

V. Se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecido na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação

Quanto às qualificadoras e/ou causas de aumento de penam devem elas estar expressamente reconhecidas na pronúncia (LOPES, 2014).

Para questionar aos jurados sobre as qualificadoras, o juiz presidente precisa fundamentar e explicar claramente sobre o reconhecimento delas, a fim de que sejam compreendidas, para que o conselho de sentença possa votar corretamente (NUCCI, 2016).

É fundamental, para que os jurados compreendam – e votem corretamente – o alcance do cenário existente, a descrição dos fatos envolvidos na qualificação do homicídio. Portanto, é preciso descrever o *motivo fútil*. Em que consistiu?

Como se deu? Enfim, em algum contexto deve ser lançado. O acusado agiu por motivo fútil, consistente em ter feito algo de determinando forma. Tal cenário merece descrição no quesito (NUCCI, 2016, p. 803).

Por isso, é importante que fique claro ao corpo de jurados a existência e como se deram essas qualificadoras, não podendo ficar a critério deles o cenário dessas causas que qualificam o crime (NUCCI, 2016).

As qualificadoras possuem o condão de alterar a pena base do crime, tornando o preceito secundário do delito mais severo. As causas de aumento de pena são circunstâncias legais, ligadas ao tipo penal, que provocam o aumento da pena, por cotas determinadas pelo legislador, porém, aplicadas pelo juiz no momento da individualização da pena (NUCCI, 2016). Essas causas podem elevar a pena além do máximo e diminuir - lá aquém do mínimo, ao contrário das circunstâncias anteriores, quais sejam circunstâncias judiciais e agravantes e atenuantes. São levadas em consideração na última fase da fixação da pena, conforme o artigo 68 do Código Penal e somente na última fase da dosimetria, essas causas poderão sair dos limites legais (CAPEZ, 2014).

Por fim, para casos em que existam mais de um acusado ou mais de um crime, os quesitos serão formulados em séries distintas, uma para cada réu (LOPES, 2014). Desta maneira, o juiz deve separar cada réu em uma série de votação distinta e dentro destas, outras séries para cada um dos delitos praticados (NUCCI, 2016).

3. VOTAÇÃO

Os artigos 484 e seguintes do Código de Processo Penal retratam a maneira como deverá ocorrer a votação no plenário do tribunal do júri. Este deve ser iniciado com a leitura e explicação aos jurados, pelo juiz presidente, dos quesitos, sendo que esse procedimento poderá ser feito na presença do público presente em plenário, observando-se o princípio da publicidade (NUCCI, 2016).

Contudo, a explicação, quanto à significação jurídica de cada quesito, pode ser feita em sala secreta, em virtude de maior liberdade para fazer indagações, o que, em frente ao público, poderia causar constrangimento ao jurado, podendo prejudicar a formação de seu convencimento (NUCCI, 2016).

Em seqüência, inexistindo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o advogado do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial, conhecida como sala secreta, onde será realizada a votação. Não havendo sala especial, o juiz determinará que os presentes se retirem, podendo permanecer apenas os mencionados inicialmente, conforme preleciona o artigo 485, caput, e § 1º do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

Os que forem autorizados pela lei a permanecer durante a votação serão advertidos pelo juiz presidente a respeito da impossibilidade de qualquer intervenção na votação, podendo o magistrado determinar que se retire da sala aquele que agir de forma inconveniente, conforme estabelece o artigo 485, § 2º do Código de Processo Penal (BONFIM, 2015).

A votação será realizada por meio de cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, onde cada cédula conterà uma palavra sim e outra não. Com o intuito de assegurar o sigilo das votações, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as que não foram utilizadas (BONFIM, 2015).

Após cada resposta dada aos quesitos, o juiz verificará as cédulas usadas nos votos e as que não foram utilizadas. O presidente determinará ao escrivão que registre em termo a votação de cada quesito, o resultado dessa votação, e também fará constar as cédulas não utilizadas (BONFIM, 2015).

O disposto no artigo 488 garante o sigilo das votações, pois não é divulgado o quórum total da votação, uma vez atingido mais de três votos, encerra-se a votação, não evidenciando assim como cada jurado votou (NUCCI, 2016). As decisões no tribunal do júri não exigem unanimidade, uma vez atingida à maioria, encerra-se a votação daquele quesito (BONFIM, 2015).

Observando a resposta dada a qualquer dos quesitos, em caso de o juiz verificar que ficaram prejudicados os demais quesitos, declarará e encerrará a votação, conforme artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Terminada a votação, o termo será assinado pelo juiz, pelos jurados e pelas partes (BONFIM, 2015).

Em vista disso, ao final da votação, sendo o réu absolvido, o crime desclassificado ou até mesmo condenado, não poderá o juiz presidente discordar da decisão e imputar definição jurídica diversa, pois nesse caso, tal competência cabe somente aos jurados, sob pena de interposição de recurso de apelação, nos exatos termos do art. 593, III, alínea 'b' do Código de Processo Penal. (BONFIM, 2015).

Se no decorrer da votação houver contradição entre as respostas dadas aos quesitos, o juiz explicando aos jurados no que consiste a contradição, submeterá novamente a votação os quesitos referentes a essas contradições (BONFIM, 2015).

Aqui se afigura o cerne da problemática trazida no presente trabalho, visto que, a partir do momento em que o juiz presidente, na figura de representante de Estado, diz que houve contradição quanto à votação, há de convir que o princípio da soberania dos veredictos e a íntima convicção não foram ponderados, uma vez que os jurados não fundamentam os seus votos, o que leva à conclusão de que não há que se falar em contradição.

4. A (IM) POSSIBILIDADE REQUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

O sistema de quesitos adotado pelo Brasil atribui ao corpo de jurados a autonomia de votarem não apenas se baseando no que é explanado em plenário, mas também com sua íntima convicção. (LIMA, 2017).

Nessa perspectiva, como já visto alhures, o artigo 483 do Código de Processo Penal traz a ordem em que os jurados serão questionados e, em decorrência desse questionário, estão sendo levantadas pela doutrina e jurisprudência divergências acerca dos limites a serem observados no poder de decisão atribuído aos juízes leigos, principalmente no que se refere ao quesito absolutório, ainda que não seja ignorado o princípio da soberania dos veredictos. (NUCCI, 2016).

Nesse viés, no *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, é observada uma relevante divergência

com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que considerou haver contradição nas respostas dos jurados e determinou que fosse realizada a requisição, na forma do artigo 490 do Código de Processo Penal (RANGEL, SOUZA, 2016).

Como consta no relatório, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime descrito no artigo 121, §2º, II, c.c.o art. 14, II e art. 29, todos do Código Penal. Os jurados foram submetidos a um novo questionário, oportunidade em que responderam afirmativamente o primeiro quesito, referente à materialidade; quanto ao segundo quesito, referente à autoria, também responderam de forma positiva, mas ao julgarem o terceiro quesito, o genérico, com a indagação “o jurado absolve o acusado?”, o Conselho de Sentença votou favoravelmente, resultando na absolvição do réu, mesmo a tese defensiva em debates ter ser restringido à absolvição por negativa de autoria. (BRASIL. STJ, 2016).

A questão em tela abarca justamente a contrariedade promovida pelo artigo 490 do Código de Processo Penal, que autoriza a sujeição do acusado a um “novo” julgamento pelo mesmo conselho se sentença que o acabara de julgar.

Em seu voto, o Exmo. Ministro Nefi Cordeiro, entendeu ser possível a absolvição do réu, sendo reconhecida pelo júri a materialidade e a autoria delitiva, mas somente em caso de haver a existência de alguma tese absolutória diferente da negativa de autoria e de materialidade, senão a situação revelar-se-á como absolvição contrária à prova dos autos e os jurados não podem absolver fora das hipóteses legais. (BRASIL. STJ, 2016)

Contudo, alguns doutrinadores sustentam que o júri possui um poder de maior amplitude para julgar, quando o assunto gira em torno das hipóteses legais, tanto que um dos princípios que permeia o instituto é o da plenitude de defesa, que preconiza ser possível a defesa utilizar qualquer prova não proibida pelo direito, enquanto na ampla defesa, atinente aos demais ritos que não do júri, a defesa se restringe ao uso das provas permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio (CAPEZ, 2014). Nesse sentido, há possibilidade dos jurados absolverem o réu por clemência, ou seja, conceder um perdão de modo a isentar inteiramente o culpado da pena ou moderar sua condenação, ainda que a defesa não a tenha sustentado, lembrando que essa tese não se enquadra no rol de hipóteses legais. (SILVEIRA, MALLET apud SILVA, 2018).

Em contrapartida, o Ministro Nefi, em seu voto no Habeas Corpus mencionado, sustenta que o que se chama de clemência é o simples impedimento a um segundo julgamento pelo júri, como no caso do réu ser absolvido mesmo diante das provas em sentido contrário e o Código de Processo Penal vedar nova apelação em caso de nova absolvição, conforme § 3º do artigo 593, do Código de Processo Penal, pois para ele não existe clemência no direito. (BRASIL. STJ, 2016).

Sob outra ótica, o Ministro Antonio Saldanha Palheiro pondera que, com a reforma do Código de Processo Penal proveniente da Lei 11.689/08, houve uma desvinculação entre a votação dos quesitos técnicos elaborados com base no que foi apresentado pela acusação e no que foi sustentado pela defesa, o que permitiu ao jurado votar “não” a qualquer dos dois primeiros quesitos obrigatórios, e absolver o acusado, ainda que acredite que ele tenha sido o responsável pela conduta criminosa, mesmo sem o amparo de qualquer tese defensiva. Dessa forma, o jurado ao responder “sim” ao quesito genérico, mesmo reconhecendo autoria e materialidade, está privilegiando a sua própria e íntima convicção, ainda que não seja a mais racional (BRASIL. STJ, 2016).

Além disso, o fato de os jurados não motivarem o veredicto, respondendo apenas “sim” ou “não” para indagações técnicas, torna mais difícil a impugnação na via recursal, por não se ter conhecimento das razões que motivaram o júri a optar pela absolvição (LOPES, 2014).

Ainda no mesmo julgamento, o Ministro Rogério Schietti Cruz argumentou que após a vigência da Lei 11.689/08 a quesitação não foi apenas simplificada, mas passou a permitir ao jurado absolver o acusado com base em sua convicção íntima e sem se vincular às provas trazidas pelas partes, e que se o constituinte consagrou esse instituto no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, assegurando expressamente a soberania dos veredictos, inovou ao fazer constar o quesito genérico sobre a absolvição, devendo ser respeitada a decisão de absolvição do acusado por ser soberana, não podendo ela ser examinada por juízes togados em recurso de apelação. (BRASIL. STJ, 2016).

Com base nas argumentações analisadas, percebe-se que o entendimento de que o Júri não pode absolver o acusado pelo quesito genérico do artigo 483 do Código de Processo Penal, caso reconheça a materialidade e autoria, se choca frontalmente com as determinações do artigo 483 do Código de Processo Penal, pois, conforme o seu § 2º, mesmo diante da resposta afirmativa dos jurados, por maioria, aos quesitos da materialidade e autoria, o juiz presidente deve formular o terceiro quesito: o jurado absolve o réu? (BRASIL, 1941). Vale asseverar que o dispositivo em análise não faz qualquer ressalva sobre o fato de os jurados rejeitarem a tese de negativa de autoria e por isso serem impedidos de responderem ao quesito absolutório, o que denota uma falácia do art. 490 ao permitir a requisição com base numa suposta contradição autorizada pela própria lei.

Nessa perspectiva:

[...]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. AUTORIA E MATERIALIDADE RECONHECIDAS. CONTRADIÇÃO COM O QUESITORDA ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. QUESITO OBRIGATÓRIO. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

O art. 483, III do CPP, após a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, prevê o quesito de absolvição genérica, independentemente da tese sustentada pela defesa em plenário.

Trata-se de quesito obrigatório, não se revelando contraditório com a resposta afirmativa ao primeiro e segundo quesitos de materialidade e autoria.

[...]

(AgRg no REsp n. 1.215.688/DF, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/11/2015)

Sendo assim, releva-se incoerente, sob o manto da plenitude de defesa e soberania dos veredictos, o fato de os jurados somente serem questionados sobre o quesito genérico se tiverem votado afirmativamente sobre a autoria e a materialidade, mas tiverem outra possibilidade advinda de outras teses absolutórias aventada nos autos, como uma excludente de ilicitude por exemplo.

Nessa mesma perspectiva, outro *Habeas Corpus* (n. 276.627/RJ) de relatoria do então Ministro Sebastião Reis Junior, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em decorrência de aparente contradição, trouxe a tese de absolvição por clemência, pois em plenário os jurados reconheceram a materialidade e a autoria, mas ao votarem o quesito genérico de absolvição responderam afirmativamente. (BRASIL. STJ, 2016).

Nota-se que é possível sim o Tribunal do Júri absolver o acusado com base na clemência, pois o jurado é orientado por sua íntima convicção e não estão vinculados à razões legais, podendo se valer do seu senso de justiça e decidir o caso consoante sua livre consciência, descabendo submetê-los a votar novamente certas proposições em virtude de aparente contradição (COSTA, 2016).

Para fomentar ainda mais o debate, Guilherme de Souza Nucci (2016), defende que a aplicabilidade do artigo 490 do Código de Processo Penal, isto é, a submissão dos jurados à nova votação no tocante à contradição de suas respostas, é inviável, pois é de competência do juiz presidente evitar qualquer contradição no momento em que são elaborados os quesitos e, caso isso ocorra, a contradição teria sido implantada por ele mesmo, não sendo de responsabilidade do Conselho de Sentença, o que revela ser absurda a imposição preceituada no artigo 490 do Código de Processo Penal. Além do mais, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, considerando que os jurados são leigos e não estão vinculados a decisões legais, se valendo somente do senso de justiça que lhes pertence, mostra-se absurdo o fato de obrigá-los a votar novamente quando já se relevaram aptos para julgarem e externaram seus votos. (NUCCI, 2016).

Em contrapartida, Aury Lopes Júnior (2014) faz uma dura crítica à instituição do júri, pois a motivação nas decisões judiciais serve para um controle da racionalidade da decisão, não se exigindo plena demonstração de saber jurídico, mas sim, de explicitar o que levou o julgador a tal conclusão. Com essa argumentação, conclui que a falta de motivação vigente nas decisões do tribunal do júri é absolutamente ilegítima aos olhos de um Estado Democrático de Direito. (LOPES, 2014).

Os jurados podem então decidir completamente fora da prova dos autos sem que nada possa ser feito. Possuem o poder de tornar o quadrado, redondo, com plena tolerância dos Tribunais e do senso comum teórico, que se limita a argumentar, fragilmente, com a tal “supremacia do júri”, como se essa fosse uma “verdade absoluta”, inquestionável e insuperável (LOPES, 2014, p. 771).

Diante disso, os posicionamentos acerca do tema não são pacíficos, doutrinadores e as instâncias superiores não chegaram a um consenso sobre o referido tema, mas analisando a historicidade da instituição do júri e os caminhos que tomaram até chegar ao que se conhece hoje, há de se levar em conta que a essência do tribunal do júri é a participação do povo que não se prende apenas ao que está positivado no poder judiciário, mas também, à sua íntima convicção e às suas próprias razões, podendo absolver ou condenar o réu, fazendo jus aos princípios da soberania dos veredictos e da plenitude de defesa, responsáveis por balizarem à instituição em estudo.

CONCLUSÃO

Ao analisar o Tribunal do Júri, observa-se que grandes são as peculiaridades que cercam essa instituição, uma vez que não é atribuído ao juiz na figura do Estado julgar aquele que tenta contra a vida de outrem.

O presente artigo buscou demonstrar a evolução histórica do júri, visto que o referido instituto é umas das entidades mais antigas que se tem (NUCCI, 2016).

Evoluindo historicamente, chegando ao Brasil e passando por todas as Constituições até a Carta Magna vigente, o Júri foi reconhecido e junto com ele foram instituídos princípios constitucionais que o regulam, entre eles a soberania dos veredictos e plenitude da defesa (NUCCI, 1999).

Assim, com as constantes mudanças que o Júri sofreu, o Código de Processo Penal passou definir a maneira como os jurados seriam questionados e com a reforma do referido Código advindo da Lei 11.689/2008, simplificou ainda mais essa quesitação (LIMA, 2017), trazendo o quesito genérico, ao perguntar “O jurado absolve o acusado?”, sendo indagados após o reconhecimento da materialidade e autoria do fato não importando o que tenha sido debatido em plenário (NUCCI, 2016).

Diante dessa nova sistemática, atribuiu aos jurados a possibilidade de absolver o réu exclusivamente com base na sua íntima convicção não se baseando apenas nas teses defensivas (LIMA, 2017), por essa razão passou a discutir acerca dos limites no poder de decisão dos jurados, no que se refere ao quesito absolutório (NUCCI, 2016)

Nesse sentido, teve por objetivo compreender a possibilidade dos jurados reconhecerem a autoria, mesmo que a única tese absolutória seja a negativa de autoria e ainda assim os jurados absolverem o acusado, abarcando justamente a contrariedade trazida pelo artigo 490 do Código de Processo Penal.

Dado isso, ao analisar essa possibilidade de absolvição, o *Habeas Corpus* nº 350.895 – RJ trouxe uma discussão a respeito do assunto, no sentido que não é possível submeter os jurados a responder um novo questionário, pois com a reforma do Código de Processo Penal, os jurados não respondem aos quesitos de forma técnica, o que dá a eles a possibilidade de reconhecer materialidade e autoria e ainda assim absolver o réu, priorizando a sua íntima convicção (BRASIL, STJ, 2016).

Sendo assim, ao analisar a temática do presente artigo, sobre a (im) possibilidade de expor os jurados a um novo questionário em decorrência da contrariedade da votação, se questiona até onde os princípios são respeitados frente a um veredicto diferente do que é sustentado em plenário pela acusação e até mesmo pela defesa. Pois a possibilidade de se requisitar novamente com base numa contradição levantada em face da decisão diferente das provas dos autos é absurda, pois a decisão dos jurados não está vinculada a decisões legais, se valendo somente do senso de justiça que julgam corretos.

Diante de todo o exposto, é possível identificar que o artigo 490 do Código de Processo Penal se diverge diretamente com o que determina o artigo 483, §2º do referido Código, pois diante da resposta afirmativa dos jurados aos quesitos da materialidade e autoria, obrigatoriamente deve o juiz formular o quesito genérico, ressaltando que o dispositivo citado não faz qualquer ressalva sobre o fato de os jurados rejeitarem a tese de negativa de autoria

impedir a formulação do quesito absolutório, o que mostra um erro do artigo 490 ao permitir a requisição com base numa suposta contradição autorizada pela própria lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Guido. **Quesitos no júri**. São Paulo, 2000. p. 34 – 49.

BONFIM, Edmilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, **Decreto – Lei n. 2.848**, 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL, **Decreto – Lei n. 3.689**, 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 276.627 – RJ (2013/0294836-2). Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 25 nov. 2013. Dje, 27 nov. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus Nº 350.895 – RJ (2016/0061223-6). Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Nilson Felix da Silva. Sexta Turma. Relator (a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. 16 de maio de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739323/habeas-corpus-hc-350895-rj-2016-0061223-6/inteiro-teor-465739333>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

DA COSTA, Lucas Sales. Da obrigatoriedade do quesito genérico absolutório no âmbito do tribunal do júri. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, v. 107, n. 2, p. 188-197, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUZ, Delmar Pacheco. Tribunal do júri: a nova quesitação. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 70, p. 11 – 32, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.

NASSIF, Aramis. Juri o dogma da soberania dos veredictos, 2018. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/juri-o-dogma-da-soberania-dos-veredictos>>. Acesso em: 21 mai. 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Tribunal do júri**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

RANGEL, Emanuel Queiroz; SOUZA, Ricardo André. Julgamento do STJ será decisivo para soberania dos veredictos do júri. **Revista Consultor Jurídico**, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SILVEIRA, Edson Damas; MALLET, Luiz Fernando Castanheira. A soberana virtude da clemência proclamada pelo tribunal do júri e seus contornos. **Dom Helder Revista de Direito**, v. 1, n. 1, p. 79-91, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASÍLIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Tribunal do júri**. Disponível em: <https://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2019.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **O tribunal do júri e suas origens**, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/tribunal-juri-origens/>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

PLEA BARGAINING: A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Fabício Carlos Silveira Portela (Orientador: Prof. Sidio Rosa de Mesquita Júnior)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo elucidar acerca do instituto denominado *Plea Bargaining* e sua aplicação no processo penal brasileiro. Serão analisados os diversos tipos de negociações de pena atualmente em vigor no país e que se amoldam ao conceito de justiça negociada, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, advindos da Lei n. 9.099, 26 de setembro de 1995 e, ainda, a delação premiada, proveniente da Lei n.12.850, de 2 de agosto de 2013. Além disso, analisaremos o próprio instituto a ser trazido do direito norte americano, por intermédio do projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, e suas variáveis, bem como, o comparativo entre o sistema de normas utilizado no Brasil, *civil law*, que decorre do enquadramento do caso concreto ao constante nos dispositivos da lei e o sistema utilizado nos Estados Unidos, *common law*, no qual o direito é revelado pelos usos e costumes e pela jurisdição.

Palavras chaves: *Plea Bargaining*. Negociação de Pena. *Civil Law*. *Common Law*. Projeto de Lei Anticrime.

ABSTRACT: The present work of conclusion of course has the objective to elucidate about the institute denominated *Plea Bargaining* and its application in the Brazilian penal process. It will analyze the various types of punishment negotiations currently in force in the country and that conform to the concept of negotiated justice, such as the criminal transaction and the conditional suspension of the process, arising from Law 9,099, September 26, 1995 and, still, the award-winning delation, derived from Law No. 12,850, of August 2, 2013. In addition, we will analyze the institute itself to be brought from US law, through the Anti-Crime Bill, presented by the Minister of Justice, Sergio Moro, and its variables, as well as the comparative between the system of norms used in Brazil, *civil law*, that stems from the framework of the concrete case to the constant in the provisions of the law and the system used in the United States, *common law*, in which the law is revealed by the uses and customs and by the jurisdiction.

Keywords: *Plea Bargaining*. Feather trade. Civil Law. Common Law. Anti-crime Bill.

INTRODUÇÃO

O *Plea Bargaining*, ou acordo de não persecução penal, é um instituto que tem por origem o direito norte americano e está em discussão no Congresso Nacional por ser um dos dispositivos do projeto de Lei anticrime.

O problema a ser analisado será a consequência fática da aplicação do referido instituto anglo-americano, caracterizado pelo sistema *Common Law*, no direito pátrio em benefício ou malefício do réu, tendo em vista que já houve a importação de alguns mecanismos de justiça negocial no processo penal brasileiro, que tem como característica o *Civil Law*.

Serão analisadas como hipóteses para a solução da problemática, o desafogamento do aparelho estatal ou da máquina pública com a diminuição das ações penais no poder judiciário, haja vista que esse poder somente terá como papel a homologação das sentenças previamente acordadas, e a maior celeridade na solução dos conflitos que, por conseguinte, o acordo de vontades gerará.

Deverá ser colocada como hipótese a possibilidade de condenação de pessoas inocentes por medo de penas mais rigorosas, limitando à ampla defesa e o contraditório, assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil.¹

O objetivo geral do artigo será demonstrar o impacto que o modelo de justiça negocial trazido da justiça norte americana trará ao direito penal e processual penal brasileiro, viabilizando o entendimento da matéria.

Especificamente, o estudo do tema em comento tem por objetivo analisar os limites da discricionariedade do Ministério Público nas negociações de pena, identificar as deficiências do acordo de confissão nos países que o utilizam, visando atender as demandas do direito pátrio sem prejudicar os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição e, ainda, analisar a proposta de *Plea Bargaining* prevista no projeto da lei anticrime.

O presente estudo se justifica em virtude no cenário político atual, tendo em vista a proposta de lei apresentada ao Congresso Nacional pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro, que visa implementar mecanismos da justiça negocial americana no país. Assunto esse de extrema importância, tendo em vista que a justiça brasileira já utiliza algumas ferramentas que se assemelham ao acordo de confissão, tais como a transação penal, a delação premiada e a suspensão condicional do processo, mas sem toda a amplitude que a ideia central da proposta a ser estudada nos traz.

1. CIVIL LAW E COMMON LAW

Tradicionalmente há dois tipos de estruturas jurídicas no direito, o Civil Law e o Common Law. Dessa forma, é oportuno realizar a explicação do significado desses tipos de institutos, para dar continuidade ao estudo do *Plea Bargaining*.

Miguel Reale, em sua obra *Lições Preliminares ao Direito*, diz que:

Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (common law). A primeira caracteriza-se pelo Primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (civil law) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial.²

Nesse diapasão, Pedro Lenza se manifesta da seguinte forma:

Como anotou Tavares, “[...] Realmente, enquanto o modelo codificado (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do common law está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (judge made law). É, pois, um sistema nitidamente judicialista. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei [...]”.

E continua Tavares: “o chamado precedente (stare decisis) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira).”³

Dessa maneira, os autores nos esclarecem que o *Civil Law* decorre da tradição romanística, precipuamente das nações latinas, germânicas e Europa Continental, o qual acentuou-se após a revolução francesa, ocasião em que a lei formalmente constituída passou a ser tratada como a única expressão de vontade autêntica da Nação. Este modelo codificado é o mais usado no direito brasileiro, atendendo ao pensamento abstrato e dedutivo e estabelecendo normas gerais organizadoras.

Assim, depreende-se da leitura que se trata da codificação das normas, ou seja, de forma simples e exemplificativa, de estruturá-las e colocá-las no papel. A norma é criada com o objetivo de estabelecer premissas normativas e obter conclusões por processos lógicos.

No Brasil, ocorreu a filiação à essa escola, ou seja, ao direito positivado. Por consequência, os litígios judiciais são resolvidos por meio do enquadramento do caso concreto ao constante nos dispositivos da lei. Contudo, é oportuno salientar que esta filiação tem sofrido relativizações em virtude da forte influência dos mecanismos do sistema de *Common Law*.⁴

² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 357.

³ Tavares, A. R. 2007. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.02.2006*. Elsevier/Método, p. 20, *apud* Lenza, Pedro. 2014. *Direito Constitucional Esquemático*. Saraiva. p. 891.

⁴ CAMPOS, Fernando Teófilo. *Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações*. Breves apontamentos sobre os Sistemas de Common Law e de Civil Law. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

O *Common Law* é elucidado pelos autores como sendo de tradição anglo- americana, ou dos povos anglo-saxões, nos quais o direito é revelado pelos usos e costumes e, ainda, pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Esse modelo jurisprudencial obedece a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular. Está fortemente centrado na primazia da decisão judicial, sendo um sistema nitidamente judicialista. O precedente utilizado neste modelo, é o caso já decidido, cuja primeira decisão acerca do tema atua como fonte para o estabelecimento de diretrizes para que os demais casos sejam julgados. Esse precedente será seguido para futuras decisões como paradigma.

Cumprido ressaltar do texto de Pedro Lenza que no direito brasileiro existem laços ligados ao modelo em comento, como no caso das súmulas vinculantes que se aproximam da ideia de precedente a ser seguido para os litígios de igual teor.

2. TIPOS DE NEGOCIAÇÕES DE PENA NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO

No Brasil, com o advento da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, foram criados os Juizados Especiais Criminais, responsáveis pela conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

As referidas infrações, consideradas para efeito da normativa, são os crimes que a lei atribui pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa e as contravenções penais.

Cabe mencionar que os processos perante os juizados se orientam pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, conforme disposto no artigo 62 da referida lei. Dessa forma, vimos que o legislador buscou simplificar os processos penais, dando maior celeridade e economicidade, com uma justiça mais especializada.

Buscou-se a implementação de mecanismos visando aos objetivos outrora mencionados, tais como a Composição Civil, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do processo, frutos de um novo paradigma para solução dos conflitos, o da justiça criminal consensual.⁵

Outro instituto a ser destacado, não pertencente a Lei n. 9.099/1995, mas de suma importância para o entendimento do estudo, é o da delação premiada ou colaboração premiada que é uma técnica de investigação consistente na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso.⁶

Para melhor entendimento do presente artigo, os aludidos institutos serão analisados a seguir.

⁵ ALMEIDA, Luiza Helena. **Transação penal: pena sem processo?** DireitoNet. 08 de junho de 2004. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁶ HAYASHI, Francisco. **Entenda a “delação premiada”**. 2016. Disponível em: <https://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada>. Acesso em: 08 de abril de 2019.

2.1 COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS

Instituto criado por meio da Lei 9.099/1995, a composição civil surgiu como forma de reparar os danos sofridos pela vítima, nas infrações que acarretem prejuízos materiais, morais e estéticos, como se pode extrair das palavras de Renato Brasileiro de Lima.⁷

Teddy Marques Farias Junior nos exemplifica o instituto da seguinte maneira:

Nos casos em que a vítima tenha sofrido prejuízos com o delito praticado pelo infrator, pode haver uma indenização mediante o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Por exemplo, o autor do fato picha o muro da casa da vítima, mas na audiência ele faz um acordo e paga o valor do prejuízo. Em casos como o do exemplo dado, o acordo de indenização se chama composição civil e põe fim à questão criminal.⁸

Depreende-se que a composição civil é um acordo que tem por objetivo a reparação do dano patrimonial sofrido pela vítima, de modo a atender aos seus anseios, haja vista que terá reparado o dano o qual tenha sofrido e, ainda, aos anseios do acusado, já que ocorrerá a extinção da punibilidade⁹.

O artigo 74, *caput* e § 1º, da referida lei preceitua:

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

A *composição civil* terá eficácia de título executivo judicial, podendo ser executado fora da esfera criminal. Destarte, poderá ser feita em crimes de ação penal de iniciativa privada e de ação pública condicionada à representação, acarretando a renúncia ao direito de queixa, com a consequente extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso V, do Código Penal.¹⁰

A renúncia ao direito de queixa decorrente da composição dos danos civis estende-se a coautores e partícipes do fato delituoso, ainda que não estejam presentes à audiência preliminar.¹¹

2.2 TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é uma medida despenalizadora com efeitos penais e processuais penais que tem cabimento nas ações penais públicas e privadas de menor potencial ofensivo, visando a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multas no lugar da pena privativa de liberdade,¹² conforme preleciona o artigo 60, *caput* e § 1º, da Lei n. 9.099/1995, *in verbis*:

7 DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: JusPodivm. 2017. p. 158.

8 JUNIOR, Teddy Marques Farias; VIEIRA, Michele Alves; DO CARMO, Maria Luísa. **Transação penal e composição civil dos danos nos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53719/transacao-penal-e-composicao-civil-dos-danos-nos-juizados-especiais-criminais>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

9 DE LIMA, Renato Brasileiro. *op. cit.*, p. 159-160.

10 DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: editora JusPodivm. 2017. p. 160.

11 DE LIMA, *loc. cit.*

12 MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Penal Prática**. 5. Ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 409.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de **menor potencial ofensivo**, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei n. 11.313, de 2006)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da **transação penal** e da composição dos danos civis. (Grifo nosso)

Nos moldes da composição civil, a medida se configura em uma proposta oferecida pelo Ministério público ao autor da infração penal, conforme disposto no artigo 76, *caput*, da Lei 9.099/1995, sendo discricionário ao acusado a aceitação ou rejeição.¹³ Dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de **pena restritiva de direitos ou multas**, a ser especificada na proposta. (Grifo nosso)

Trata-se de uma proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo, extinguindo-se, assim, a punibilidade do agente, conforme indica o artigo 84, parágrafo único da Lei 9.099/1995.

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará **extinta a punibilidade**, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial. (Grifo nosso)

Cabe salientar que o momento de oferecimento da proposta será primeiramente na Audiência Preliminar, depois da tentativa de conciliação sem êxito. Posteriormente, se fracassada a tentativa de transação naquela audiência, será oferecida novamente na Audiência de Instrução e Julgamento.¹⁴

2.3 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A Suspensão Condicional do Processo é uma medida que visa extinguir a punibilidade do agente que praticou determinado delito sem a necessidade de aplicação da pena privativa de liberdade.¹⁵

Nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/1995, o Ministério Público poderá propor a referida suspensão, no período de dois a quatro anos, ao oferecer a denúncia do agente que

¹³ MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Penal Prática**. 5. Ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 409.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Ministério Público do Estado de São Paulo. 2018. p. 07. < Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontad_es.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2019.

tenha cometido crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, mesmo que não abrangidos pela referida Lei, nos termos abaixo:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, **abrangidas ou não por esta Lei**, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (grifo nosso)

Para que seja possível a aplicação da referida medida, o acusado não poderá ter sido condenado por outro crime e nem mesmo poderá estar respondendo processo. Destarte, deverão estar presentes os requisitos que autorizam a Suspensão Condicional da Pena ou *Sursis*, nos termos do artigo 77 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

Deverá ser observado se o indivíduo não é reincidente em crime doloso, se as circunstâncias judiciais são favoráveis. Quanto ao requisito não ser “cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o artigo 44 do Código Penal”, não se aplica à suspensão condicional do processo, visto que essa análise se dará após a sentença condenatória.¹⁶

2.4 DELAÇÃO PREMIADA

Antes de adentrar no estudo do instituto ao qual o presente trabalho busca elucidar, explanaremos acerca de um mecanismo que faz parte do *plea bargaining* e que está presente no nosso ordenamento jurídico, a delação ou colaboração premiada.¹⁷

Nas palavras de Marco Paulo Dutra Santos,¹⁸ “a colaboração premiada é um instituto que, ideologicamente, afina-se ao movimento de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*), de inspiração norte-americana.” Ademais, demonstra o autor que o instituto foi introduzido no Brasil, na década de 1990, principalmente com o advento da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90).¹⁹

Destarte, tal instituto é uma ferramenta própria de um sistema processual penal inteiramente pautado na barganha que no final das contas impõe ao delator uma pena menor

16 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 438-439.

17 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 37.

18 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 37.

19 *Ibidem*.

do que fixada aos demais réus. Conforme o referido autor dispõe em sua obra, “o que ocorre é uma verdadeira delação: um dos acusados, em troca de favores penais veiculados pelo Estado, acaba denunciando os demais que a ele se aliaram para a prática delitiva.”²⁰

Nos termos da obra aqui ora explicitada:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador.²¹

Depreende-se que a colaboração premiada visa garantir a punição de vários indivíduos que cometeram determinada infração penal em troca da colaboração de um dos envolvidos, enquanto os demais institutos analisados nos títulos anteriores buscam a solução do processo com a isenção de penas ou abolição das sanções previstas em lei para o indivíduo que delinuiu.

Junior Salvador nos esclarece que, “atualmente, doutrina e jurisprudência tem defendido que, quando da aplicação da pena, o magistrado deve ter especial atenção com todas as possibilidades de substituição da pena restritivas de liberdade por outras”.²² Nesse diapasão, continua o autor, no sentido de que “a privação de liberdade deve ser vista como *ultima ratio* da pretensão penal”.²³

Destarte, nas palavras de Junior, a colaboração premiada está contida em vários dispositivos da legislação penal brasileira, tais como:

Lei 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos (art. 8º, parágrafo único); Lei 8.137/1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único) - com redação dada pela lei n. 9.080/1995; Código Penal, no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, § 4º) - redação dada pela Lei n. 9.269/1996; Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º, § 5º) - com a redação conferida pela Lei n. 12.683/12; Lei 9.807/1999, que dispõe sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e as testemunhas ameaçadas (arts. 13 e 14); Lei 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de drogas (art. 41) e Lei 12.850/2013, que dispõe sobre organização criminosa, investigação criminal e meios de obtenção de prova.²⁴

Essas leis, na visão do autor, estão, em sua maioria, preocupadas com a recuperação dos danos patrimoniais sofridos.²⁵

Neste tópico, não adentraremos de maneira aprofundada na análise das referidas leis, nem mesmo em relação a ferramenta, de modo a dar maior evidência ao próprio *Plea Bargaining*, objeto principal da presente pesquisa.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem. p. 39.

²² SALVADOR, Junior. *A colaboração premiada, a ética e a proporcionalidade da pena*. Ebook Kindle: Amazon. 2017. p. 1135.

²³ Ibidem. p. 1137.

²⁴ Ibidem. p. 189.

²⁵ Ibidem. p. 1260.

Assim, no próximo capítulo, avançaremos no conteúdo chave do presente trabalho, buscando conhecer as características principais do instituto e relacionar a realidade do sistema judicial brasileiro.

3. PLEA BARGAINING

Nas palavras da Procuradora de Justiça Criminal, Luciene Angélica Mendes, no seu artigo “O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos”, o *Plea Bargaining* consiste, basicamente:

Na aceitação da culpa pelo acusado (podendo incluir a delação de coautores ou partícipes), em troca de benefícios como retirada ou redução das imputações (*charge bargaining*) ou recomendação, ao Juiz, de sentença mais favorável ou não oposição, pela acusação, ao pedido de sentença feito pela defesa (*sentence bargaining*).²⁶

No que tange a matéria, Marcos Paulo aduz que “nos EUA, o procedimento negocial é denominado *plea bargaining* e os acordos quanto à sanção imposta correspondem às *guilty pleas*.”²⁷ O autor nos explica:

O réu possui, em geral, três alternativas: declarar-se expressamente culpado - *plea of guilty* -, afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa - *plea of nolo contendere* -, ou declarar-se inocente - *plea of not guilty*. No silêncio do acusado, há de se entender que ele se declarou inocente [...].²⁸

Na acepção dos referidos autores, o *Plea Bargaining* é um procedimento negocial consuetudinário da justiça criminal americana que busca, basicamente, a realização de acordos entre a acusação e a defesa, em troca de benefícios, como a retirada ou redução das imputações impostas ao réu (*charge bargaining*), a recomendação feita ao juiz de aplicação de sentença mais favorável e/ou, ainda, a não oposição por parte da acusação ao pedido de sentença feita pela defesa (*sentence bargaining*).

O réu deverá optar, em geral, por declarar-se expressamente culpado (*plea of guilty*) ou afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa (*plea of nolo contendere*) ou, ainda, declarar-se inocente (*plea of not guilty*), sendo que o seu silêncio será considerado como declaração de inocência. Dessa maneira, passemos a análise das alternativas do réu quanto às sanções impostas (*guilty pleas*) pela acusação no referido procedimento negocial.

²⁶ MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Ministério Público do Estado de São Paulo. 2018. p. 16. < Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2019.

²⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 45.

²⁸ SANTOS, loc. cit.

3.1 PLEA OF GUILTY

Com relação a declaração de culpa (*plea of guilty*), funciona, em suma, conforme demonstra Marcos Paulo, da seguinte maneira: “o réu prefere declarar-se culpado, obtendo, por causa disso, uma reprimenda mais leve, a enfrentar um julgamento e assumir o risco de ser apenado com mais rigor em caso de condenação.”²⁹ Destarte, segue o autor no sentido de que a medida “implica condenação criminal, com todos os gravames daí decorrentes, inclusive título executivo judicial à disposição da vítima.”³⁰

Destarte, nas palavras de Luciene:

Quando isso ocorre, o réu abre mão de diversos direitos constitucionais, como a proteção contra auto-acusação, o julgamento pelo júri, o direito de contrariar as provas da acusação e até mesmo o direito de apelar (que, todavia, persiste em se tratando de sentença manifestamente ilegal ou no caso do chamado **conditional plea of guilty**, aceito em algumas jurisdições).³¹(grifo nosso)

No tocante ao *conditional plea of guilty* ou declaração de culpa condicionada, o autor Marcos Paulo, citando Charles H. Whitebread e Christopher Slobogin, esclarece que sempre que o acusado não contesta a conduta a ele imputada pela promotoria, mas a legalidade da persecução, a refletir na própria condenação criminal, ocorre a referida declaração condicionada.³²

Afirma, ainda, que o referido instituto “apenas é veiculado após prévio consentimento da Promotoria e ulterior aprovação judicial, podendo encerrar tanto a declaração de culpa (*plea of guilty*), como a de não contestação da acusação (*plea of nolo contendere*).”

Continuando com as considerações da Promotora de Justiça, Luciene, “pode haver admissão de culpa (*plea of guilty*) mesmo que não tenha havido negociação entre as partes (*bargain*), o réu pode decidir-se por confessar os fatos imputados, ainda que nenhuma concessão tenha sido acordada com o Promotor de Justiça.”³³

3.2 PLEA OF NOLO CONTENDERE

Em relação a não contestação à acusação (*plea of nolo contendere*) Marcos Paulo assevera que “o acusado não reconhece a culpa. Apenas opta por não impugnar a acusação. Como inexistente admissão de culpa, a condenação criminal decorrente dessa espécie de declaração não constitui título executivo judicial à disposição do lesado”.³⁴ Além disso, “trata-se de uma sentença penal condenatória, inclusive com a imposição de sanção privativa de liberdade, ostentando todos os demais ônus oriundos de qualquer condenação criminal”.³⁵

29 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 45.

30 Ibidem.

31 MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Ministério Público do Estado de São Paulo. 2018. p. 17. < Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2019.

32 Criminal Procedure, An Analysis of Cases and Concepts. 4. ed. Nova Iorque: University Textbook Series, Foundation Press, p. 693. *apud* SANTOS, op. cit., p. 46.

33 MENDES, Luciene Angélica. **O acordo...** *op. cit.* p. 18.

34 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019. p. 46.

35 Ibidem.

Nesse Liame, Luciene esclarece que a medida:

é uma manifestação de conhecimento dos fatos descritos pela acusação, sem, porém, os efeitos de uma admissão formal de culpa. Porém, o Promotor não é obrigado a aceitar o *plea of nolo*, podendo preferir dar andamento ao procedimento criminal, produzindo provas que fundamentarão futura decisão condenatória.³⁶

Marcos Paulo afirma que a medida “enseja uma condenação criminal despida de efeitos civis e sua implementação dependerá de aprovação do Tribunal que, para tanto, sopesará os pontos de vista invocados pelas partes e pelo interesse público.”³⁷

João Ozório de Melo exemplifica que “no julgamento de um acidente de automóvel, por exemplo, em que existe o potencial de uma vítima mover uma ação de responsabilidade civil contra o réu, a parte acusada na ação penal pode negociar *nolo contendere* — ou culpado com ressalva civil”.³⁸ Dessa forma, continua o autor no sentido de que “a vítima de um crime não poderá usar a condenação criminal como admissão de culpa em uma ação civil contra o réu (como de indenização)”.³⁹

3.3 TIPOS DE *PLEA BARGAINING*

Nas palavras de João Ozório de Melo, existem alguns tipos de *Plea Bargaining*, dentre os quais se destacam: o *charge bargaining*; o *count bargaining*; o *fact bargaining* e o *sentence bargaining*. Ademais, o sucesso do réu ou do promotor depende do poder de barganha e do tipo de *plea bargain* que cada um usará:⁴⁰

Dessa forma, o autor exemplifica da seguinte maneira os diferentes tipos do referido instrumento de negociação:

charge bargaining: negociação da minimização da acusação. É uma transação em que o promotor concorda em reduzir a acusação mais grave original para uma acusação menos grave, em troca da confissão judicial. Por exemplo, o promotor pode propor a troca de uma acusação de violação de domicílio por uma de invasão de bem imóvel, de menor potencial ofensivo;

count bargaining: negociação da quantidade de acusações. É uma transação em que o promotor concorda em retirar uma ou mais acusações de sua lista, mantendo as demais. Por exemplo, o promotor pode acusar o réu de roubo e agressão. Ele propõe — e o réu topa — retirar a acusação de roubo e manter a de agressão;

fact bargaining: negociação dos fatos. Em troca da confissão judicial, o promotor concorda em celebrar acordo no qual ele pode omitir ou modificar um ou mais fatos na acusação que poderiam afetar a pena que seria imposta

36 MENDES, Luciene Angélica. **O acordo...** *op. cit.* p. 18.

37 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração...** *op. cit.* p. 47.

38 MELO, João Ozório. **Faca de dois gumes: Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA.** Revista Consultor Jurídico. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

39 MELO, João Ozório. **Faca de dois gumes: Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA.** Revista Consultor Jurídico. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

40 MELO, loc. cit.

ao réu. Por exemplo, o réu foi preso com 5 kg de cocaína, um crime que resulta em muitos anos de prisão (pela quantidade). O promotor pode acusar o réu de posse de menos de 5 kg de cocaína, em troca da confissão de culpa, o que minimiza a pena;

sentence bargaining: negociação da sentença. O promotor concorda em recomendar uma sentença mais leve do que seria a normal para o crime cometido, se o réu se declarar culpado ou nolo contendere. Por exemplo, o réu pode confessar a infração de resistir à prisão, e o promotor recomenda ao juiz que o sentencie a uma pena alternativa à prisão.⁴¹

Cabe destacar que o referido autor enfatiza que para aprovar um *plea bargain*, o juiz deve estabelecer que a negociação entre as partes, para evitar o julgamento, é do interesse da Justiça.⁴²

3.4 PROJETO DE LEI ANTICRIME

Foi encaminhado ao Congresso Nacional, no início de 2019, um anteprojeto de Lei denominado projeto de lei anticrime. O referido projeto foi apresentado pelo novo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro,⁴³ e possui dentre as diversas medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa, medidas relacionadas ao tema do presente estudo, quais sejam, introdução de soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade.⁴⁴

Desta feita, vamos a análise dos dispositivos do projeto que propõe a introdução dos artigos 28-A e 395-A, no Código de Processo Penal, e a alteração do § 1º do artigo 17, da Lei 8.429/92, *in verbis*:

Mudanças no Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor **acordo de não persecução penal**, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (grifo nosso)

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

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

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo

41 MELO, loc. cit.

42 MELO, João Ozorio. **Faca de dois gumes: Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea*** <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

43 BRASIL. Governo Federal. **Combate ao crime: Sérgio Moro apresenta projeto de Lei Anticrime a deputados na Câmara**. 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2019/02/sergio-moro-apresenta-projeto-de-lei-anticrime-a-deputados-na-camara>>. Acesso em 19 de maio de 2019.

44 BRASIL. Ministério da Justiça. **Projeto de Lei Anticrime**. 2019. p. 17. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-anticrime-ministerio-justica.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

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

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de **acordo de não persecução**, com concordância do investigado e seu defensor. (grifo nosso)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a **extinção de punibilidade**.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução.”
(NR)

Analisando a proposta do presente artigo, infere-se que o Ministério Público poderá propor um acordo de não persecução penal nos casos de crimes com pena máxima de até 4 anos, sem violência ou grave ameaça, em que o agente confesse a infração penal. O cumprimento integral do acordo ensejaria a extinção da punibilidade do agente.⁴⁵ Isso não poderá importar em transformação do réu em culpado, haja vista o princípio da culpabilidade, expressamente contido na Constituição Federal (art. 5º, inc. LVII).

Este acordo fica condicionado à necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime e deve observar uma série de condições (reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo MP como instrumentos, produtos ou proveitos do crime; prestação de serviços à comunidade pelo período da pena mínima cominada ao delito, diminuída de 1/3 a 2/3; prestação pecuniária, preferencialmente destinada a entidades que tenham a função de proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados pelo crime; cumprimento de outras condições indicadas pelo MP, desde que proporcionais e compatíveis com a infração).⁴⁶

É vedado o acordo de não persecução a casos que admitam transação penal; a investigados reincidentes ou com indícios de que tenham conduta criminal habitual, reiterada ou profissional relevante; a pessoas que já tenham sido beneficiados por medida despenalizadora dentro de 5 anos; e a investigados cujos antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias, não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida.⁴⁷

O juiz designará audiência para aferir a legalidade e a voluntariedade do acordo e para ouvir o beneficiado. O magistrado terá o poder de rejeitar as condições celebradas e de devolver os autos ao MP para readequação, caso as repute inadequadas ou insuficientes. Não havendo emenda, o juiz pode recusar a homologação, oportunidade na qual mandará os autos ao MP para reformular a proposta de acordo de não persecução.⁴⁸

Assim, no caso de homologação do acordo, este será executado perante o Juízo da execução penal. Do contrário, o juiz encaminha os autos ao Ministério Público para complementação das investigações ou oferecimento de denúncia. Em caso de descumprimento do acordo, o Ministério Público comunica o juízo, para fins de rescisão e, em seguida, oferece a denúncia. O acordo não serve como antecedente criminal. Durante sua vigência, não corre a prescrição.⁴⁹

45 MASI, Carlo Velho. **Comentários aos Projeto de Lei Anticrime do Min. Sérgio Moro**. Canal Ciências Criminais. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/comentarios-projeto-sergio-moro/>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

46 Ibidem.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Ibidem.

Nas palavras de Carlos Velho Mais, “é o chamado *plea bargain*, importado do direito anglo-saxão, onde negocia-se a existência ou não do processo de acordo com o comportamento do acusado e mediante a imposição de determinadas condições”.⁵⁰

O referido projeto altera, ainda, no Código de Processo Penal, o momento posterior ao recebimento da denúncia, *in verbis*:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer **mediante acordo penal** a aplicação imediata das penas. (grifo nosso)

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

⁵⁰ Ibidem.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

O acordo visa a execução imediata das “penas”, mediante a confissão do réu, a sugestão de pena concreta a ser aplicada e a renúncia à produção de qualquer prova ou a interposição de qualquer recurso, sendo proposto pelas partes durante a instrução processual.⁵¹ A palavra pena, aqui, deve ser vista como a do art. 76 da Lei 9.099/1995, ou seja, não será efetiva pena, porque *nulla poena sine iudicio*.

O grau de colaboração do réu poderá ter efeitos sobre sua pena, como a redução até a metade, substituição por restritiva de direitos ou sobre o regime de cumprimento.⁵²

O acordo também deve ser homologado pelo juiz em audiência especialmente designada para aferir a legalidade e a voluntariedade. Este acordo terá os mesmos efeitos de uma sentença penal condenatória. Caso não haja homologação, a documentação é desentranhada dos autos e as partes ou o juiz não poderão fazer referência a ele.⁵³

Por último, foi proposta a alteração do parágrafo 1º, do artigo 17, da Lei 8.429/1992, nos seguintes termos:

Art.17.....
§ 1º A transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.
.....

Na redação original, consta que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput do referido artigo.⁵⁴ Todavia, no novo texto seria possível a celebração de tais instrumentos por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta.

3.5 REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Vários autores se manifestaram em relação ao tema. Dessa maneira, Carlo Velho Mais aduz que o acordo “levanta uma série de indagações de ordem moral e principiológica, estimulando a barganha de benefícios com o afastamento do exercício do direito de defesa”.⁵⁵

51 Ibidem.

52 Ibidem.

53 MASI, loc. cit.

54 BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

55 MASI, Carlo Velho. **Comentários aos Projeto de Lei Anticrime do Min. Sérgio Moro.** Canal Ciências Criminais. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/comentarios-projeto-sergio-moro/>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

Assevera, ainda, que:

Busca-se, cada vez mais, afastar o suspeito do resguardo de uma defesa técnica e combativa no âmbito do processo penal. A fim de “agilizar” a persecução, impõe-se a aceitação de um acordo que segue a lógica comercial do custo/benefício e relega a segundo plano diversas garantias constitucionais historicamente construídas.

Destaca o autor que introdução de novos mecanismos de negociação no âmbito do processo penal tem o objetivo de propiciar uma resposta social rápida e eficaz. Todavia, tal resposta será às custas da violação de um ou outro direito fundamental do indivíduo, o que pode violentar diretamente o Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal.⁵⁶

Cabe ressaltar a seguinte opinião acerca da inconstitucionalidade do projeto em estudo:

A tendência atual, de se importarem, “à brasileira”, ou conforme a conveniência do julgador, institutos do *common law* estadunidense (como o *plea bargaining*), mas sem que haja, para tanto, uma reforma global do sistema brasileiro vigente, que é de tradição (romano- germânica) e sistema jurídico distintos (*civil law*), implica um paradoxo — ou talvez reforça a razão tupiniquim do “jeito” (Roberto Gomes). Incompatibilidades sistêmicas gritantes não estão sendo solucionadas, colocando-se em risco a estabilidade e a segurança do sistema para todos.⁵⁷

De mesmo modo, Aury Lopes Jr. afirma:

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade.⁵⁸

Para o autor, “isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor.”⁵⁹

Ademais, Aury acredita:

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança.⁶⁰

56 MASI, loc. cit.

57 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição.** Revista Consultor Jurídico, 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

58 LOPES JR, Aury. **Adoção do *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?** Revista Consultor Jurídico, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

Aduz, conforme se vê, que “a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto”.⁶¹ Nesse contexto, o autor assevera:

A diferença entre o remédio e o veneno não raras vezes está apenas na dosagem. À Justiça negocial se aplica essa metáfora: se bem utilizada e na dose certa, pode salvar o sistema de Justiça; mas, se abusamos dela, matamos o processo penal brasileiro.⁶²

O Ministério Público Federal, por intermédio da Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 105/2019, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Criminal), da Procuradoria Geral da República, assinada pelos Subprocuradores-Gerais da República, Carlos Alberto Vilhena e Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, já se manifestou de forma favorável a iniciativa legislativa de regulamentação do acordo de não persecução penal do Ministro da Justiça e Segurança Pública.⁶³

A referida Nota Técnica aduz que “o ordenamento jurídico já está familiarizado com institutos oriundos do Direito Penal Consensual”.⁶⁴ Afirmam os Subprocuradores que, com o advento da Lei 9.099/1995, que introduziu os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, e da Lei 2.850/2013, que regulamentou o instituto da colaboração premiada, foram incorporados modelos da justiça penal consensual no direito pátrio.⁶⁵

Destaca-se, ainda, a edição da Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017, que, nos termos do artigo 18, introduziu o acordo de não persecução penal, conforme abaixo:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado **acordo de não persecução penal** quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).⁶⁶ (grifo nosso)

Os Subprocuradores-Gerais da República afirmam que o referido acordo encontra-se “em pleno funcionamento e apresentam um procedimento negocial transparente e respeitoso em relação aos direitos fundamentais”.⁶⁷

Asseveram que “a ideia é possibilitar à Justiça encerrar antecipadamente o processo penal nos casos em que o réu se declara culpado, por meio da homologação de acordo celebrado entre o Ministério Público (acusação) e o investigado (defesa)”.⁶⁸

61 Ibidem.

62 Ibidem.

63 BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 105/2019. **Acordo Penal. Constitucionalidade, Juridicidade, relevância e oportunidade da matéria. Apoio à iniciativa legislativa.** Brasília. 15 de janeiro de 2019. p. 02.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

66 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Brasília, 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

67 BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 105/2019. **Acordo Penal. Constitucionalidade, Juridicidade, relevância e oportunidade da matéria. Apoio à iniciativa legislativa.** Brasília. 15 de janeiro de 2019. p. 2.

68 Ibidem, p. 1.

Cabe mencionar que, conforme entendimento do Ministério Público Federal:

A expansão dos espaços de consenso para a resolução antecipada do processo ganha espaço no cenário jurídico como forma alternativa de solução dos conflitos penais. Com isso, os encarregados da persecução penal ganham tempo para se dedicar à criminalidade mais grave, complexa e organizada, trazendo, por conseguinte, importantes benefícios para a sociedade.⁶⁹

Em relação aos benefícios enumerados pela Nota Técnica, a priori, o instituto poupa tempo e o alto custo de um processo judicial, a defesa sabe desde logo a pena a que o réu será submetido, deixando de lado as incertezas e as delongas do processo judicial e a acusação economiza recursos que poderão ser direcionados para a atuação mais dedicada e eficiente em casos que não comportarem resolução consensual.⁷⁰

Conforme explicitado pelo Ministério Público Federal, o acordo de não persecução penal traduz-se em “um importante instrumento para a consecução de uma justiça mais ágil, eficiente, moderna e desburocratizada, sem, contudo, afastar-se da perspectiva de garantia dos direitos fundamentais do cidadão”.⁷¹ Por fim, os Subprocuradores-Gerais da República afirmam que:

a celebração de acordos penais pelo Ministério Público decorre da opção pelo sistema acusatório realizada pela Constituição Federal. Se o Ministério Público detém o monopólio da ação penal pública (art. 129, I, CF), também possui o poder discricionário de negociar ajustes em troca da não deflagração da ação penal ou de sua desistência, sendo a autoridade do Estado responsável pela negociação dos acordos penais, que será submetido ao crivo do Poder Judiciário.⁷²

Acerca do tema, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, em seu trabalho sobre a expansão da justiça negocial e as perspectivas para o processo justo, aponta o seguinte entendimento:

É certo que a aceleração do resultado final do processo através do mecanismo do *plea bargaining* possui algumas vantagens indubitáveis. A economia processual e a resposta célere e efetiva às transgressões penais pode ser hábil a restaurar a confiança da sociedade na justiça penal. Além do mais, por ser orientada para o consenso, a ideia de retribuição inerente à pena seria substituída por um ideal de prevenção e pareceria possível um fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização. Enfim, essa legitimação proveniente de um acordo não se poderia obter por meio do processo penal tradicional.⁷³

69 Ibidem. p. 06.

70 BRASIL. loc. cit.

71 BRASIL. ibidem, p. 07-08.

72 BRASIL. ibidem, p. 08.

73 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte americana e suas traduções no âmbito do *civil law***. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

Ademais, a referida autora esclarece:

A solução da justiça negociada é, de fato, um tanto quanto tentadora, eis que, em um modelo processual penal comprometido com a concretização das garantias fundamentais, com a produção das provas sob o crivo da oralidade e tendo como princípio norteador o da busca da verdade, parece muito mais eficiente adotar o meio abreviado de resolução onde se propõe um acordo que, se aceito, implicará na sanção imediata. Isso sem contar na aparência para a sociedade e eficientismo da justiça e resposta penal imediata, se opondo à demora processual e ao apego às garantias que acabam passando, por vezes, a sensação de impunidade.⁷⁴

A autora aponta que “a consciência da existência de uma crise que permeia os sistemas processuais penais de civil law favorece a busca por soluções mais imediatas que primam pela celeridade e eficiência”.⁷⁵ Assim, tendo em vista que tais soluções vieram para ficar, resta procurar estabelecer alguns padrões para que tais acordos possam respeitar minimamente o conteúdo material das garantias processuais.⁷⁶

Dentre os meios de consecução dos objetivos ora expostos, “faz-se necessário reformular as bases da investigação preliminar de modo a que esta sirva para suprir, de alguma forma, a falta da etapa processual.”⁷⁷

Nesse sentido, a autora faz valer-se pelo entendimento de Schünemann, de maneira que “a incorporação na fase da investigação das garantias necessárias para preservar os interesses em jogo, de modo que o acordo que venha a substituir a fase oral conduza a um resultado justo que corresponda à verdade”.⁷⁸ Dessa forma, seria necessário o aumento da participação da defesa na fase investigatória, mesmo sabendo da dificuldade gerada para essa maior atuação.⁷⁹

Outra solução apontada no artigo ora analisado seria:

A necessidade de se registrar os depoimentos por meio audiovisual. Sendo assim, como mesmo nessa hipótese as perguntas continuarão a ser formuladas por apenas um lado, deve-se oportunizar algum tipo de investigação defensiva, a fim de que a defesa também possa inquirir a testemunha e registrar a inquirição pelos mesmos meios.⁸⁰

Destaca-se, ainda:

a necessidade de limitação da discricionariedade do acusador no que toca ao oferecimento de redução de penas e outras vantagens, a fim de evitar a

74 NARDELLI, loc. cit.

75 NARDELLI, loc. cit.

76 NARDELLI, loc. cit.

77 NARDELLI, loc. cit.

78 SCHÜNEMANN, Bernd. Obras... cit., p. 413-414. *Apud*: NARDELLI, loc. cit.

79 SCHÜNEMANN, Bernd. Obras... cit., p. 413-414. *Apud*: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte americana e suas traduções no âmbito do civil law**. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

80 SCHÜNEMANN, Bernd. Obras... cit., p. 413-414. *Apud*: NARDELLI, loc. cit.

quebra da isonomia entre o imputado que aceita e o que não concorda e opta pelo devido processo.⁸¹

Outrossim, cabe salientar que também seria interessante para adoção do *Plea Bargaining*:

a participação da vítima é importante na qualidade de um terceiro não movido por interesses eficientistas. Deve-se permitir que esta seja ouvida e oponha objeções para evitar que a proposta de diminuição da pena acabe em uma política de barganha inadequada.⁸²

Surge a necessidade para a aplicação do instituto que o Magistrado, mesmo diante de uma confissão, analisasse sua validade, voluntariedade, idoneidade, bem como, contrastá-la com os demais meios probatórios.⁸³

Em relação a aplicação da pena, “não seria admissível um acordo sobre a medida concreta da pena, função esta que seria exclusiva do tribunal.”⁸⁴ Todavia, poderia ocorrer a inclusão de um limite máximo de pena que o juiz se comprometesse a não ultrapassar. Ademais, outro ponto que deveria ser levado em consideração seria a necessidade de observância da publicidade dos acordos.⁸⁵

ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise do acordo de não persecução penal previsto no projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, à luz do direito criminal brasileiro, haja vista que se trata de uma medida oriunda do direito anglo americano, que possui como estrutura jurídica o *Common Law*, diferentemente do direito pátrio, que possui como parâmetro o *Civil Law*.

O objetivo geral do artigo é demonstrar o impacto que o modelo de justiça negocial trará ao direito penal e processual penal brasileiro, viabilizando o entendimento da matéria. Tal objetivo foi alcançado no sentido de que será possível a aplicabilidade do instituto *Plea Bargaining*. Todavia, deverão ser observados os limites atinentes aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Quanto aos objetivos específicos relativos a análise dos limites da discricionariedade dos Ministério Público nas negociações de pena, identificação das deficiências do acordo de confissão nos países que o utilizam e análise da proposta de *Plea Bargaining* previstas no projeto de lei anticrime, esclarecemos que os objetivos foram alcançados, tendo em vista que o Ministério Público não poderá extrapolar os limites previstos na legislação penal, tampouco, os da Constituição Federal quando do oferecimento de acordos aos acusados.

81 SCHÜNEMANN, loc. cit.

82 SCHÜNEMANN, loc. cit.

83 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. *Apud*: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte americana e suas traduções no âmbito do *civil law*. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

84 *Ibidem*.

85 *Ibidem*.

Em relação as deficiências, foi identificado que nos países que utilizam o acordo de não persecução penal o Ministério Público possui maior liberdade de negociação, extrapolando, por vezes, limites não permitidos no direito brasileiro, como por exemplo, a confissão por medo de uma condenação em pena capital.

No que concerne a análise da proposta prevista na lei anticrime, foi observado que a proposta se adequa ao nosso ordenamento jurídico, mas com ressalvas, tendo em vista que deverá ser dada maior equidade as partes para que o processo possa estar de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A pesquisa trouxe como resultado a compilação de diversos entendimentos acerca do *Plea Bargaining*, sendo que diversas ferramentas já estavam presentes no Direito Processual Brasileiro, mas não com a tamanha amplitude que o instituto, em si, nos traz. Ainda, foi possível entender as diferenças e igualdades existentes entre o ordenamento jurídico americano e o do nosso país.

No tocante as hipóteses de desafogamento do aparelho estatal com a diminuição das ações penais no poder judiciário e a maior celeridade na solução dos conflitos, o trabalho mostrou que a medida a ser implementada realmente traz os referidos benefícios para o Poder Judiciário e o Ministério Público, haja vista que poderão se concentrar na solução de infrações penais mais graves. Contudo, em relação a possibilidade de condenação de pessoas inocentes e limitação da ampla defesa e contraditório, a pesquisa demonstrou ser possível a aplicação da justiça negocial sem afetar tais direitos se for dada igualdade de tratamento as partes para produção de provas na busca pela justiça.

A consequência fática da aplicação da justiça negocial pela diferença de estruturas jurídicas entre Brasil e Estados Unidos, restou configurado que a aplicabilidade da negociação nos processos judiciais poderá ser amoldada de maneira positiva ao Direito Brasileiro, caso seja descartada qualquer incongruência que a medida poderia trazer ao que dispõe a nossa Carta Magna.

O estudo utilizou como instrumento de pesquisa diversas obras doutrinárias, no tocante a parte inicial. Já em relação ao tema propriamente dito, foram usados como base diversos artigos científicos, além da Constituição Federal e da Lei 9.099/1995.

Cabe destacar as dificuldades e limitações para a consecução do presente trabalho, haja vista a escassez de doutrinadores brasileiros que dialoguem acerca do *Plea Bargaining*, sendo que o resultado da maior parte da pesquisa foi alcançado pela leitura dos artigos encontrados na internet. Além disso, por ser um tema relativamente novo no âmbito brasileiro, as fontes de informações quase não abarcaram de forma totalitária o tema.

Dessa forma, recomenda-se a continuidade das pesquisas relativas à justiça negocial de forma a robustecer e complementar o entendimento da matéria, principalmente, por ser um tema já presente na realidade da justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiza Helena. **Transação penal: pena sem processo?** DireitoNet. 08 de junho de 2004. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo> >. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Brasília, 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

BRASIL. Governo Federal. **Combate ao crime: Sérgio Moro apresenta projeto de Lei Anticrime a deputados na Câmara.** 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/seguranca-e-justica/2019/02/sergio-moro-apresenta-projeto-de-lei-anticrime-a-deputados-na-camara>>. Acesso em 19/05/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Projeto de Lei Anticrime.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/projeto-lei-anticrime-ministerio-justica.pdf>>.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 105/2019. **Acordo Penal. Constitucionalidade, Juridicidade, relevância e oportunidade da matéria. Apoio à iniciativa legislativa.** Brasília. 15 de janeiro de 2019.

CAMPOS, Fernando Teófilo. **Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações.** Breves apontamentos sobre os Sistemas de Common Law e de Civil Law. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* **Limite Penal – Do Projeto de Reforma do CPP ao Projeto de Lei “anticrime”: mirando a Constituição.** Revista Consultor Jurídico. 12 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

Criminal Procedure, An Analysis of Cases and Concepts. 4ª ed. Nova Iorque: University Textbook Series, Foundation Press. *Apud* SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Salvador: JusPodivm. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. *Apud*: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte americana e suas traduções no âmbito do *civil law*. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

HAYASHI, Francisco. **Entenda a “delação premiada”**. 2016. Disponível em: <https://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada> . Acesso em: 08 de abril de 2019.

JUNIOR, Teddy Marques Farias; VIEIRA, Michele Alves; DO CARMO, Maria Luísa. **Transação penal e composição civil dos danos nos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53719/transacao-penal-e-composicao-civil-dos-danos-nos-juizados-especiais-criminais>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

LOPES JR, Aury. **Adoção do *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?**. Revista Consultor Jurídico. 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

MASI, Carlo Velho. **Comentários aos Projeto de Lei Anticrime do Min. Sérgio Moro**. Canal Ciências Criminais. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/comentarios-projeto-sergio-moro/>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

MELO, João Ozorio. **Faca de dois gumes: Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA**. Revista Consultor Jurídico. 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

MENDES, Luciene Angélica. **O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos**. Ministério Público do Estado de São Paulo. 2018. < Disponível em : http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores/acordo%20vontades.pdf>. Acesso em 23 de abril de 2019.

MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane. **Penal Prática**. 5. Ed. Salvador: JusPodivm. 2018.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Execução criminal: teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte americana e suas traduções no âmbito do *civil law***. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALVADOR, Junior. **A colaboração premiada, a ética e a proporcionalidade da pena**. Ebook Kindle: Amazon. 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm. 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. Obras... cit. *Apud*: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte americana e suas traduções no âmbito do *civil law***. 2014. Artigo (Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 28 de nov. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

TAVARES, A. R. 2007. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.02.2006**. Elsevier/Método, p. 20, *apud* Lenza, Pedro. 2014. Direito Constitucional Esquematizado. Saraiva.

O DIREITO FUNDAMENTAL À REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO EXTRAPATRIMONIAL REFLEXÕES DIANTE DA LEI 13467/17 E A TARIFAÇÃO DO DANO MORAL

Mylena Mitsuyo Venancio Ywata (Orientadora: Prof^a. Maria Cecilia Lemos)

RESUMO: Este trabalho tem por objeto o estudo da tarifação do dano extrapatrimonial inserida na Consolidação das Leis Trabalhistas pela Lei 13.467/2017. Sustenta-se que a tarifação do dano não se coaduna com a Constituição Federal e os preceitos do Estado Democrático de Direito. O ordenamento jurídico pátrio prevê proteção integral ao patrimônio material e imaterial do trabalhador conforme disposto nos artigos 5º, incisos V e X, e artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal. Ressalta-se que o Código Civil e a doutrina conceituam o dano, elencando suas espécies e elementos caracterizadores e estruturando, pois, a teoria da responsabilidade civil, sendo que a tarifação do dano moral não era prevista no ordenamento jurídico até a Lei 13.467/17. Ademais, a tarifação do dano moral é tema que já foi discutido pelos tribunais do Brasil, tendo sido sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça ao examinar a recepção da Lei de Imprensa pela nova ordem constitucional, além de ser considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo apresenta a evolução do entendimento jurisprudencial de forma a concluir pela incompatibilidade da tarifação do dano moral inserida pela reforma trabalhista com os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Dano Extrapatrimonial. Tarifação. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This work has the objective to study the charging of extra financial damages inserted in the Consolidation of Labor Laws by Law 13.467/17. It is certain that the charging of the damage does not conform to the precepts of the Democratic State of Law and direct violation of the principle of the human dignity, the pillar of the Federal Constitution. The Brazilian legal system establishes the integral protection to the material and intangible assets of the worker as provided in articles 5º item V and X, and article 7º, item XXVIII of the Federal Constitution. The Civil Code and doctrine conceptualize the damage, listing the species, components and structuring the civil responsibility which the payment of moral damages was not provided for in the legal system until Law 13.467/17. The theme has been discussed several times in the Brazil courts, having been understanding by the Superior Court of Justice that the damage pricing provided in the Media Law is not applicable, and finally, it was not approved by the Constitution according to Federal Supreme Court. The article presents court's understanding evolution that accomplish the incompatible of taxation damage in the Labor Reform and Constitution principles.

Key words: Labor Law. Extra-financial damage. Taxation. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho debruça-se sobre o estudo da tarifação do dano extrapatrimonial, inovação trazida pela Lei 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista, que alterou diametralmente a legislação laboral vigente.

Apresenta-se a problemática da tarifação do dano extrapatrimonial laboral inserida pelo art. 223-G da CLT e o conseqüente esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A Constituição Federal Brasileira consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, que visa assegurar ao indivíduo um mínimo de direitos a seres respeitados pelo Estado e pela sociedade, de forma garantir a valorização do ser humano, eixo central de proteção do Estado Democrático de Direito. Tal garantia deve ser preservada ao ser humano enquanto trabalhador, respeitadas as normas constitucionais e infraconstitucionais, assim como as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

A tarifação do dano extrapatrimonial na esfera laboral fere o princípio da dignidade da pessoa humana ao permitir a limitação da indenização por danos morais aos trabalhadores vítimas de lesões aos direitos de personalidade. A matriz constitucional de 1988 consagrou o princípio da reparação integral do dano e da igualdade, o que não se coaduna com a mudança infraconstitucional implementada pela nova legislação laboral.

Diante do exposto, este estudo abordará uma análise jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e da magistratura trabalhista de primeiro grau, bem como a voz da doutrina e do estudo do direito, na perspectiva da inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial decorrente das relações trabalhistas.

1. A DINÂMICA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO E A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para entender como a sociedade evoluiu para o que temos hoje é importante observar as causas que nos trazem a este modelo de convivência econômico-social.

Evidente que o mundo passou por várias transformações, sendo que nos interessa neste estudo as de ordem jurídica, política, econômica e sociais que resultaram na consagração constitucional da proteção integral da pessoa humana.

O Estado Liberal antecedeu o Estado Social, por fim, aperfeiçoando-se para o Estado Democrático de Direito, paradigma da matriz constitucional de 1988.

O Estado Liberal surgiu com a Revolução Francesa. A Revolta de 1789 tinha por objetivo o fim da monarquia absolutista e um Estado não intervencionista. Liderada pelos burgueses, a revolução social foi guiada pelo lema: "*Liberté, Egalité, Fraternité*"- Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

Nesta senda, Leonardo Cacau Santos La Bradbury:

“[...] as características básicas do Estado Liberal se fixaram nas premissas de não intervenção do Estado na economia; vigência do princípio da igualdade formal; adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu; supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e; garantia de direitos individuais fundamentais¹.”

Surgiram os chamados “direitos de primeira geração”, que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano que exige do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade de ir e vir, de propriedade, o direito à vida e à segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais e de substantivos².

O Estado Liberal deu espaço a um crescente avanço nas relações econômicas decorrentes do capitalismo e, com essa evolução, a classe trabalhadora foi profundamente afetada.

Fruto do surgimento da máquina a vapor e de novos mecanismos de produção, a Revolução Industrial submeteu o ser humano a condições de trabalho subumanas e degradantes.

No intuito de conter as rebeliões da classe trabalhadora decorrentes dos abusos patronais e diante do temor de uma revolução socialista como a ocorrida na Rússia em 1917, instituiu-se o Estado Social, caracterizado pela intervenção do Estado em âmbito econômico e social visando à promoção de uma melhor qualidade de vida aos cidadãos.

Para Leonardo Cacao Santos La Bradbury:

O Estado passou a ter uma ação ativa, implementando políticas governamentais que efetivassem e garantissem o mínimo de bem-estar à população. Assim, ampliaram-se os direitos subjetivos materiais, exigindo-se um compromisso dos governantes em relação aos governados, com vista a lhes proporcionar, dentre outros, direito a educação, saúde e trabalho, que se situam no plano do ter, diferentemente dos direitos assegurados pelo liberalismo, que se estabelecem no plano do ser. O Estado de Bem-Estar busca implementar a seguinte premissa lógica: “é preciso ter para ser” ou seja, é necessário ter, materialmente, um mínimo de direitos assegurados e realizados, para que o indivíduo possa ser, realmente, um cidadão³.

No decorrer da consolidação do Estado Social de Direito surgiu um processo histórico de regulamentação do Direito do Trabalho em torno da relação de emprego.

Para Gabriela Neves Delgado:

Importante ressaltar que o direito do trabalho despontou a partir da segunda metade do século XIX como notável instrumento de melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida econômica e social, além de garantir uma influência civilizatória e democrática no contexto da

1 LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

2 Idem.

3 LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

sociedade civil e política. O Estado Social de Direito representava alternativa não só às demandas dos trabalhadores, mas também às crises do capitalismo desenvolvidas no decorrer de sua trajetória histórica, entre as quais duas se destacaram por seus grandes impactos e efeitos reprodutivos⁴.

Neste sentido, vislumbra-se a necessidade da adoção e proteção do direito ao trabalho como direito social de ordem fundamental, uma vez que o homem encontra sua essência no trabalho, sendo, portanto, um direito imprescindível à dignidade da pessoa humana e uma responsabilidade estatal a promoção do trabalho digno por meio de regulamentação jurídica⁵.

O Estado Social é marcado pela conquista da incorporação e efetivação de direitos sociais, denominados de “segunda geração”, no entanto, a concretização e aperfeiçoamento dos direitos sociais só vêm se consolidar no Estado Democrático de Direito.

O pensamento jurídico passa a se ocupar das relações sociais e do indivíduo como um todo, em sentido moral e existencial, sendo a pessoa alçada ao centro de direitos, proteções e deveres do ordenamento jurídico e não mais a regulação do patrimônio. Nesta perspectiva, o homem e sua dignidade se tornaram o sinete do Estado Democrático de Direito, uma vez que, toda lógica jurídica é aprovada pelo selo do ideal perpetrado na Constituição, visando proteger não só o patrimônio como também a essência da pessoa humana. O Estado Democrático de Direito é, portanto, o surgimento do cidadão, como titular de direito, sendo o Estado incumbido de efetivar e garanti-los perante a sociedade⁶.

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o Estado Democrático de Direito é o mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se na pluralidade e no reconhecimento universal de direitos⁷.

A democratização do Estado, o reconhecimento do cidadão como detentor de direitos e o aprofundamento do papel do Estado como garantidor do bem-estar social veio concretizar-se no Brasil com a Constituição de 1988, que ficou conhecida como a Constituição cidadã. Assim, a Constituição da República enfatizou a proteção de direitos fundamentais, consistindo em um instrumento essencial para a coesão do ordenamento jurídico a partir de sua matriz, que valoriza o ser humano em sua integralidade.

Este, portanto, é o cenário que permeia o pensamento da Constituição de 1988, tendo por parâmetro a pessoa humana e sua dignidade e sendo o Estado o responsável por prover meios para garantir a efetivação da plenitude humana.

Outra característica do Estado Democrático de Direito é a força normativa dos princípios. A Constituição Federal tem como fundamento princípios normativos, que devem ser levados em consideração tanto para criação de norma infraconstitucional, quanto para interpretação da própria norma.

4 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 20.

5 DELGADO, Gabriela Neves. O trabalho enquanto suporte de valor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.49. Jul. Dez. 2006. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/article/>>. p. 74. Acesso em: 25 mar. 2019.

6 DELGADO, Maurício. Reforma Trabalhista e perspectivas para a Justiça do Trabalho. Avançar ou retroceder? In: *Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, 19 mai. 2018, Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4SQgUKBL7P4>>. Acesso em 25 mar. 2019.

7 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 25.

Sendo assim, ao analisar o ordenamento jurídico, há que se levar em conta o princípio da dignidade humana, entabulado no artigo 1º, inciso III da Constituição, juntamente com o princípio do valor social do trabalho, do inciso IV, ambos intitulados como princípios fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Neste aspecto, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se reflete em vários direitos estatuídos na Constituição, quais sejam, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, e o direito à integridade moral⁸, aqui assegurado pelo princípio da reparação integral do dano, elencado no artigo 5º, inciso X da Carta Magna.

O princípio da valorização social do trabalho descrito no inciso IV do artigo 1º da Carta Magna constitui princípio fundamental a ser observado, verdadeira condição fundante da ordem econômica do país, como preceitua o artigo 170 da Constituição.

Conforme Eros Grau, na interpretação ao artigo referido, a ordem econômica deve, obrigatoriamente, ser sujeita à valorização do trabalho para que, necessariamente, assegure a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social⁹.

Assim elucida o citado autor¹⁰:

[...] qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, inconstitucional.

Objetivar a uma ordem econômica acima da valorização do trabalho, de forma que o desenvolvimento econômico prejudique, impeça ou dificulte aplicação da justiça social, é flagrantemente inconstitucional.

O ordenamento jurídico infraconstitucional deve assegurar a proteção ao patrimônio material e imaterial do trabalhador, no sentido de honrar o disposto na Constituição Federal, nesta senda, a responsabilidade civil decorrente do dano causado na relação de trabalho tem amplo amparo na legislação brasileira.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1.2.1 A garantia constitucional de proteção aos direitos materiais e imateriais do trabalhador

A partir da evolução histórica, admitiu-se a intervenção do Estado na liberdade individual do agente para a garantia do bem comum e da responsabilização por condutas abusivas. Assim, a constitucionalização da responsabilidade por danos é resultado do pensamento do Estado Democrático de Direito, que passa a adotar medidas para proteção da essência da pessoa humana, nesta senda, os direitos materiais e imateriais.

8 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p. 107.

9 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196.

10 *Idem*. p.197.

Constitui-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Tal entendimento encontra-se no primeiro artigo de nossa Constituição, tamanha sua importância em nosso ordenamento jurídico.

Para que houvesse equilíbrio entre a ordem econômica e social, a Constituição incluiu no artigo 6º o trabalho com o direito social, elencando, ainda, em seu artigo 7º, diversos direitos materiais dos trabalhadores, num rol exemplificativo, visando a todo tempo a melhoria de sua condição social, em observância aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Em atenção ao equilíbrio entre a economia, ordem fundante do Estado Liberal e a efetivação dos direitos sociais, a Lei Maior estatui que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa, tendo como fim a justiça social.

Verdadeiramente, a Constituição vigente é a expressão do Estado Democrático de Direito e trouxe em seu texto diversos dispositivos que tratam da dignidade da pessoa humana. No título Direitos e Garantias Fundamentais, o capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos traz em seu artigo 5º, V e X, o direito fundamental à reparação do dano moral.

Neste aspecto, a novel Carta Magna se preocupou não apenas com a mera declaração quanto a proteção da dignidade da pessoa humana, como criou elementos para garantir que esses direitos se efetivassem de forma duradoura.

Decorre dessa preocupação constitucional em garantir à reparação de danos, a inclusão no ordenamento infraconstitucional das bases da responsabilidade civil.

1.2.2 Breve análise da Responsabilidade Civil

O ser humano, por ser dotado de razão, expressa o livre arbítrio através de suas ações. Para que fosse possível conviver em sociedade, a todos os homens foram impostos certos limites, a fim de que se chegasse a um equilíbrio social. Tais limites, quando ultrapassados, resultam na responsabilidade de reparar lesão resultante de uma ação. Segundo Carolina Tupinambá:

“Além da razão, a espécie humana tem como uma de suas principais características o livre-arbítrio. O homem tem capacidade de tomar suas próprias decisões e atuar segundo o que tenha eleito. Contudo, a toda liberdade corresponderá determinado grau de responsabilidade. O agir limita-se aos direitos do próximo, razão pela qual se mostra fundamental a consciência acerca das consequências de nossos atos. Ao lado da liberdade, o direito, em sua essência, visa resguardar os atributos do ser humano, sancionando atentados à individualidade de cada um, seja no aspecto material ou extrapatrimonial¹¹.”

Desse modo, para garantir seus direitos, o homem, ao conviver em sociedade, pactua o contrato social e dispõe de parte de sua liberdade para o Estado, afim de que este proporcione

11 TUPINAMBÁ, Carolina. Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2018. p.17. *apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. (totalmente revista com as alterações da Lei n. 13.467/2017). São Paulo: LTr, 2017. p. 4.

seus direitos e que outros também cumpram os contratos pactuados, devendo, portanto, limitar suas ações ao direito de outrem.

Segundo Carolina Tupinambá, a teoria da responsabilidade civil tem pelo menos três atribuições, construídas jurisprudencialmente: a compensatória ou indenizatória, em que se objetiva o retorno ao *status quo* antes do dano; a sancionatória, de caráter penal, que visa punir o ofensor, persuadindo-o para que não lesione a outrem e, não menos importante, a função socioeducativa ou preventiva, que busca tornar pública a intolerância frente a condutas semelhantes¹².

1.2.3 Responsabilidade civil subjetiva: elementos caracterizadores

Para a configuração do dever de indenizar é necessário confirmar a existência de certos elementos para que se caracterize a responsabilidade civil.

Segundo Alexandre Agra Belmonte, a responsabilidade civil pode ser classificada em objetiva e subjetiva, em observância à natureza do ato danoso¹³.

Para autor, o fundamento da responsabilidade subjetiva é a conduta do agente em seu comportamento culposos:

Partindo do pressuposto de que a essência da responsabilidade reside na indagação do modo como o comportamento pode contribuir para a verificação do prejuízo experimentado pela vítima, foi a doutrina da responsabilidade subjetiva assentada no erro de conduta, enfim, no comportamento culposos do agente¹⁴.

Todavia, a culpabilidade não necessita do dolo, bastando a negligência ou imperícia, mediante ação ou omissão do ofensor, conforme dispõe o artigo 927 c/c artigos 186 e 187, todos do Código Civil.

De acordo com Alexandre Agra Belmonte, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva devem estar presentes a conduta culposa (que se configure ato ilícito), o dano extrapatrimonial ou patrimonial, e a relação de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano causado à vítima¹⁵.

1.2.3.1 Dano

Segundo Flaviana Rampazzo¹⁶, o dano, que pode ser material, que tem seu objeto indenizável definido, ou imaterial, causando desequilíbrio pessoal de grande relevância, prejuízos permanentes, afetando a vítima em seu íntimo, na sua imagem, em seus planos, no seu convívio.

12 TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p.17.

13 BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da Composição dos danos morais nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014. p. 38.

14 *Idem*. p. 38.

15 BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da Composição dos danos morais nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014. p. 39

16 RAMPAZZO, Flaviana Santos. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul. v. 39, n. 127, Set 2012. p. 199. Disponível em: < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765/459> > Acesso em 29 mai. 2019.

Por certo que este requisito deve estar presente tanto para o encampamento na teoria subjetiva quanto objetiva visto ser o elemento que se busca reparação.

Nesta senda, em se tratando das relações trabalhistas, ora objeto desse estudo, em casos de constatação de dano extrapatrimonial, cabe ao ofensor o dever de indenizar o ofendido pela ação que resulte em dano moral, estético, existencial, socioambiental ou coletivo, ou qualquer outra forma de violação ao patrimônio imaterial do trabalhador.

1.2.3.2 Nexo Causal

Para configuração do dano indenizável se faz necessária a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o próprio dano.

Segundo Carolina Tupinambá, o nexo causal tem sido utilizado como elemento determinante da extensão da responsabilidade, ou seja, quem será responsabilizado, mais do que efetivamente indicar quem é o responsável¹⁷.

Para a configuração do nexo causal na modalidade subjetiva é necessário que a conduta praticada, seja ela dolosa ou culposa, tenha relação direta com o dano experimentado pela vítima.

Na responsabilidade objetiva também há necessidade do estabelecimento do nexos causal, mas a indenização independe de dolo ou culpa.

1.2.3.3 Conduta lesiva

Conforme já salientado, a conduta lesiva nos casos de responsabilidade subjetiva é a chave para a configuração da responsabilidade civil. Portanto a conduta lesiva enquadrada na modalidade da responsabilidade subjetiva se configura pela intenção de dolo ou culpa.

O dano é comumente resultado de uma ação, contudo, ao definir o ato ilícito por meio de ação ou omissão, por negligência ou imprudência, o legislador deixa claro a obrigatoriedade pela reparação do dano decorrente do dever de vigilância.

O ordenamento jurídico pátrio prevê o dever de agir preventivo, no sentido de que, nas relações de trabalho, o empregador tem o dever de cuidado e prevenção com o empregado, uma vez que é o responsável pelo meio ambiente do trabalho.

Nesse sentido, cabe aferir que a culpa não é elemento determinante para caracterização do dano, sendo apenas elemento usado para distinguir a modalidade de responsabilidade civil, podendo esta ser objetiva ou subjetiva, pois em todos os casos, deve-se assegurar a reparação.

1.3 IN RE IPSA

O dano moral *in re ipsa* (da própria coisa) é o dano presumido, destarte não necessita de provas que demonstrem a ofensa moral sofrida, ou seja, o dano moral *in re ipsa* dispensa a prova do prejuízo e da culpa, bastando apenas a comprovação de que o fato realmente ocorreu¹⁸.

17 TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 58.

18 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Agu Explica- Dano In Re Ipsa*. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=K88Vc0GkQOc>. Acesso em: 05 mai.2019.

Segundo José Afonso Dallegrave, há certa dificuldade em condenação à reparação do dano sob argumento da falta de prova da dor ou sofrimento por parte da vítima. No entanto, diante dos elementos caracterizadores da responsabilidade já alinhavados neste trabalho, entende-se que, configurados apenas o dano, o nexo causal e a conduta, não cabe ao magistrado prova da dor para configuração do dano, uma vez que a dor e o constrangimento são resultado do dano, que, restando comprovado, deve ser indenizado.

Nesse sentido expõe o autor:

Não se negue que o dano moral existe *in re ipsa*, o que vale dizer: ele está insito no próprio fato ofensivo. A vítima precisa apenas fazer prova do fato em si, ou seja, demonstrar que foi caluniada ou difamada ou que sofreu um acidente do trabalho que a levou à incapacidade para o trabalho. A dor e o constrangimento daí resultantes são meras presunções fáticas. Logo, as circunstâncias agravantes ou atenuantes provadas em audiência e que envolveram a ofensa ao direito de personalidade da vítima podem apenas ser usadas como parâmetros de majoração ou redução no arbitramento do valor, mas jamais para acolher ou rejeitar o pedido de dano moral, o qual é sempre presumido da simples violação de algum direito de personalidade¹⁹.

Conforme entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, a configuração do dano moral *in re ipsa* decorre, por exemplo, da retenção da CTPS no prazo de 48 horas²⁰, atraso reiterado no pagamento de salários²¹ e do descumprimento de diversas normas de saúde e segurança do trabalhador, gerando aqui o dano moral coletivo²², entre outros.

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Na responsabilidade objetiva o elemento culpa é absolutamente desprezado, pois bastará ao lesado provar o nexo de causalidade entre o dano que experimentou e ato do agente que o causou para fazer surgir a obrigação de indenizar. Ou seja, para configuração da responsabilidade civil objetiva de que trata o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, importa a existência de previsão normativa para configuração do dano ou a assunção do risco, o dano em si e o nexo de causalidade, inexigindo, portanto, a culpa do ofensor²³.

19 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007. p.443.

20 BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. E-RR-189-15.2012.5.05.0641. Retenção indevida da CTPS. Comprovação do dano. Desnecessidade. Dano moral *in re ipsa*. Art. 53 c/c art. 13, ambos da CLT. Embargante: Saulo da Silva Rocha. Embargado: Geometria Pré-Moldados LTDA-ME. Relator: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 28 de setembro de 2017. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consesjt=&numeroTst=189&digitoTst=15&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0641> > Acesso em 05 mai.2019.

21 BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. (2. Turma) RR 19-08.2015.5.23.0004. Indenização por dano moral. Mora reiterada no pagamento de salários. Desnecessidade de comprovação de prejuízo. Dano *in re ipsa*. Valor da indenização fixado em R\$3.000,00 (três mil reais). Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino do Estado de Mato Grosso – Sintrae. Recorrido: Instituto Cuiabano de Educação. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, 18 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst> >. Acesso em 05 mai.2019.

22 BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. (2. Turma) RR 11399-22.2015.5.01.0301. Recurso de Revista. Danos Morais Coletivos. Descumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho, dano *in re ipsa*. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 1ª região. Recorrido: R S Demétrio Ferro Velho – Me. Relator: Min.Maria Helena Mallmann, 04 de maio de 2018. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst> >. Acesso em 05 mai. 2019.

23 BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da Composição dos danos morais nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014. p. 40.

Segundo Carolina Tupirambá, em se tratando da responsabilidade civil na modalidade objetiva, há que se falar emnexo causal decorrente do risco, modalidade correlacionada a teoria do risco.

O nexocausal denominado “risco” decorre da ideia de que quem aufere rendimentos ou visa auferi-los em decorrência de prática de condutas arriscadas deva suportar os ônus a elas inerentes²⁴.

Nesse sentido, o empregador deve arcar com qualquer ônus decorrente de sua atividade por, eventualmente, se beneficiar dos lucros oriundos de atividade mercante que expõe o trabalhador a risco acentuado.

Portanto, no que concerte a relação de emprego, ao utilizar o trabalho do obreiro em proveito do lucro gerado para a empresa na exploração de atividade de risco, o empregador deverá assumir o dever de indenizar os acidentes conexos com a atividade laboral do trabalhador.

1.5 A FINALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem em seu fim não só a reparação para o ofendido, aqui tratada como função compensatória, busca-se ainda atingir o caráter punitivo para com o ofensor, bem como visa inibir a prática do ato lesivo pela sociedade, neste ato, denominada função pedagógica.

Embora alguns doutrinadores refutem a tese da função compensatória, seja por alegar que o dano extrapatrimonial não pode ser quantificado em razão da imoralidade da tentativa de se medir a dor em pecúnia, a Constituição Federal previu a indenização resultante do dano extrapatrimonial.

Importante salientar que a função compensatória não guarda relação direta com o dano, uma vez que o dano extrapatrimonial não se pode mensurar de maneira exata, ou quantificar, nem ao menos restaurar o *status quo ante*. O sentido da função compensatória se dá pela tentativa de se atenuar o dano, de maneira a minimizar suas consequências.

Conexa à função compensatória do dano está a função punitiva, também denominada sancionatória, que visa à punição do ofensor frente ao lesado, mediante a condenação ao pagamento de um valor indenizatório.

Para Sergio Cavalieri Filho:

[...] não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima²⁵.

Desta maneira, a função precípua da sanção punitiva é não deixar impunes as condutas que atinjam gravemente a dignidade da pessoa humana, e se faz necessária especialmente

²⁴ TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p.59.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.

em se tratando do dano extrapatrimonial, justificada pela dificuldade de demonstração da extensão do dano, sendo também conduta aplicável na incidência do dano coletivo²⁶.

A função preventiva, também denominada como Socioeducativa ou Pedagógica visa à publicidade da intolerância frente a condutas semelhantes²⁷.

Assim, a função preventiva busca impedir que o agente lesivo realize a mesma conduta, e, levada à público, desencoraja outros à prática da mesma conduta, atuando de forma educativa, no sentido de conscientização da sociedade quanto ao ato lesivo e sua reprovabilidade.

1.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Direito do Trabalho como ramo especializado, se debruça sobre o estudo das relações de trabalho e emprego, sendo um ramo autônomo e independente do direito, uma vez que possui características próprias, que o dissocia dos demais ramos, encontrando total harmonia com a Constituição Federal e outras áreas do Direito.

O contrato de trabalho, tácito ou expresso, é o meio pelo qual se externa a relação de emprego. Segundo José Afonso Dallegrave, o contrato de trabalho é fonte de obrigações, uma vez que o instrumento é fato jurídico capaz de vincular dois sujeitos: empregado e empregador. Ao empregado incumbe o dever de prestar o trabalho pactuado e, por consequência, se tornar credor do salário, e ao empregador, por sua vez, ser devedor do salário e credor do produto fruto do trabalho²⁸.

O autor preceitua que a natureza do contrato de trabalho resulta em uma multiplicidade de danos, que devem ser analisados sob a ótica civilista da teoria da responsabilidade civil, sem deixar de observar as condições principiológicas próprias do Direito do Trabalho e tendo como paradigma a Constituição da República²⁹.

Ainda, segundo o citado autor, no contrato de trabalho há dois tipos de responsabilidade: a primeira, resultado de uma inexecução culposa de obrigação (responsabilidade civil subjetiva); a segunda, o dano decorrente do simples exercício regular da profissão baseada na teoria do risco da atividade empresarial (responsabilidade civil objetiva)³⁰.

No Direito do Trabalho, a teoria da responsabilidade civil é amplamente utilizada, tanto para danos decorrentes de culpa (responsabilidade subjetiva) da reclamada quanto pelo risco da atividade empresarial que resulta em responsabilidade objetiva.

Nesta senda, há que se definir e analisar os elementos caracterizadores do dano para se alcançar a reparabilidade do ato danoso.

1.7 DA CARACTERIZAÇÃO DO DANO

O atual Código Civil define nos artigos 927 e 186 a obrigação de indenizar o dano, e preceitua que o agente que causar dano por meio de ato ilícito, ainda que exclusivamente moral deve reparar. Ainda, complementa o artigo 187, ao estabelecer que o exercício do titular de

26 ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p.165.

27 COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38.

28 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 90.

29 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007. p.90.

30 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 90.

direito deve respeitar os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes, caso contrário comete ato ilícito sujeito à reparação.

O parágrafo único do artigo 927 aduz sobre a possibilidade de reparação do dano independente de culpa (responsabilidade objetiva), nos casos especificados em lei ou ainda, quando da atividade implicar, por natureza, riscos para o direito de outrem.

Sendo assim, cabe reparação do dano se cometido mediante ato ilícito contra pessoa física ou jurídica, que viola interesse patrimonial ou extrapatrimonial. Nesta senda, constitui o ato ilícito tanto a ação quanto a omissão, ainda que mediante negligência ou imprudência ou imperícia, e ainda, quando o agente causador do dano for titular de um direito o exercer de forma manifestamente abusiva os limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé ou bons costumes³¹, podendo a obrigação de reparar decorrer de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva.

A lei elenca ainda excludentes de responsabilidade. Caso haja no contexto analisado, alguma excludente de responsabilidade, seja ela derivada da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de direito, que afete diretamente a composição de um ou mais dos elementos da responsabilidade civil, resta prejudicado o dever de indenizar. Esta situação é cabível apenas nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, uma vez que na responsabilidade objetiva a responsabilidade civil independe de culpa do agente.

1.8 DANO EXTRAPATRIMONIAL

A doutrina tem encontrado certa dificuldade na definição de dano extrapatrimonial. Numa análise preliminar, dano extrapatrimonial é todo dano não patrimonial, indo além da mera definição de dano moral, uma vez que este é apenas gênero daquele. Ao se aprofundar na razão do tema, pode-se entender que o dano extrapatrimonial é todo dano que afeta a pessoa em sua plenitude, ou seja, o dano que tem por característica o abalo na égide da dignidade da pessoa humana em sua complexidade.

São exemplos de bens jurídicos extrapatrimoniais da pessoa física a vida, a saúde, a integridade física e psíquica. No âmbito da pessoa jurídica, cita-se a imagem, a marca, o nome e o segredo empresarial como exemplos desses bens.

A Reforma Trabalhista implementada pela Lei n.13467/2017, ao inserir o Título II-A: “Do Dano Extrapatrimonial”, especificamente no art. 223-B, conceituou o dano extrapatrimonial como sendo “a ação ou omissão que ofende a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, sendo essas titulares exclusivas do direito à reparação”.

Denota-se que a atual legislação trabalhista não se aprofundou no conceito de dano extrapatrimonial, não adotando, portando, o conceito formulado pela doutrina majoritária, introduzindo o dano moral e existencial em seu conceito sem analisar as demais espécies que decorrem do dano extrapatrimonial. Contudo, ao tratar dos bens juridicamente tutelados e, portanto, passíveis de indenização, o artigo 223-C foi mais específico, indicando o ato ilícito que ferir a honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e a integridade física. No entanto, a inclusão de rol exemplificativo na lei não impede a

³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

inclusão de novas formas de danos, uma vez que devem ser tutelados todos os bens jurídicos do trabalhador passíveis de proteção.

1.8.1 Espécies de dano extrapatrimonial

Este tópico tem por função elencar as principais espécies de dano extrapatrimonial, fazendo relação com o dano decorrente das relações de trabalho, ora objeto deste estudo.

1.8.1.1 Dano Moral

Conforme demonstrado, o dano moral é apenas espécie do dano extrapatrimonial. Na visão de Carolina Tupinambá o dano moral é aquele verificado quando decorrente das lesões sofridas pelas pessoas, em certos aspectos de sua personalidade, atingindo a esfera íntima e valorativa do lesado, ou melhor, seu cabedal ético, psicológico e biológico³².

São exemplos de dano moral nas relações de trabalho aqueles que decorrem do assédio sexual, exposição vexatória, revista íntima, anotação desabonadora na carteira de trabalho, entre outros.

1.8.1.2 Dano Estético

Segundo Carolina Tupinambá, o dano estético é aquele que altera a harmonia física da vítima e a sua reparação indenizatória visa proteger as circunstâncias de normalidade do aspecto da pessoa que foram atingidas, ou seja, o bem a ser tutelado não se trata da beleza física, mas sim a incolumidade física da vítima³³.

A ocorrência de dano estético na seara laboral decorre de acidente de trabalho em que o empregado tem parte do corpo mutilado total ou parcialmente, ou ainda, de acidente que resulte em deformação do corpo. Nesta senda, o dano estético é aquele que gera alguma alteração visível no corpo.

1.8.1.3 Dano Existencial

Segundo Rúbia Zantelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, o dano existencial na seara trabalhista se caracteriza pela conduta do empregador que viola o equilíbrio entre a vida pessoal do empregado e o trabalho.

Pela definição de dano extrapatrimonial dos autores temos que:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus

³² TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p.45.

³³ *Idem*, p.47.

projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal³⁴.

Na seara trabalhista, a jornada de trabalho excessiva é uma das causas que geram o dano existencial, merecendo destaque ainda a não concessão de férias e de descanso semanal, isso porque, a não observância desses direitos fere o direito constitucional ao lazer, estabelecido no artigo 6º da Constituição.

1.8.1.4 Dano Socioambiental

Visando o bem-estar social coletivo, a Carta Magna elevou o direito a vivência em um meio ambiente equilibrado como Direito Fundamental.

Em se tratando de meio ambiente, temos que o local de trabalho é onde o trabalhador passa a maior parte do dia, portanto, não há como se falar em qualidade de vida sem considerar este aspecto.

Portanto, o meio ambiente do trabalho equilibrado é direito fundamental protegido em nossa Constituição no artigo 225, § 3º, tendo sido regulado ao longo dos anos por Convenções da Organização Internacional do Trabalho-OIT, as quais o Brasil é signatário, sendo incorporado ao nosso ordenamento jurídico por meio de Decretos-Leis e Normas Regulamentadoras emitidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as quais visam a busca de um meio ambiente saudável na relação de trabalho, implementando normas de segurança e saúde no trabalho. Nesta senda, a violação ao meio ambiente equilibrado e saudável causa dano ao trabalhador.

Dentre várias medidas de proteção socioambiental no trabalho podemos citar: promoção de um ambiente de trabalho inclusivo que valorize a diversidade; promoção de condições de trabalho adequadas ao bem-estar dos colaboradores por meio de padrões de saúde e de segurança ocupacional; a prática de palestras e treinamentos treinamento da equipe de trabalho visando a interação social e promoção de programas de qualidade de vida no trabalho³⁵.

1.8.1.5 Dano Moral Coletivo

O dano moral coletivo é aquele decorrente de violação de normas de ordem pública, que transcendem o dano individual.

Enoque dos Santos define dano moral coletivo como:

[...] todo ato antijurídico ou abusivo que provoca a comoção extrapatrimonial que atinge e transcende a personalidade de um trabalhador, individualmente considerado, decorrente da violação de normas de ordem pública, para atingir toda a comunidade ou sociedade, a exigir a reparação pela violação a direitos metaindividuais, encartados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos³⁶.

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

35 BRASIL. *Resolução nº 4.327*, de 25 de abril de 2014. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/prenorm/ativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf>. Acesso em 10 mai. 2019.

36 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6.ed. (totalmente revista com as alterações da Lei n. 13.467/2017). São Paulo: Ltr, 2017. p. 235.

Na seara trabalhista, o dano moral coletivo pode ser verificado nas hipóteses de violação a direitos fundamentais dos trabalhadores, por exemplo, quando não observado o cumprimento das cotas sociais de inserção no mercado de trabalho, da constatação de trabalho forçado ou degradante, de trabalho infantil nas piores formas, dentre outros casos em que se verifique ofensa a direitos trabalhistas de relevância social, bem como no caso de ofensa aos direitos de personalidade de um grupo de trabalhadores determinados ou indeterminados.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Das relações de trabalho decorrem várias situações que podem configurar danos tanto para o empregado como para o empregador ou para terceiros envolvidos na relação de trabalho. O conflito de interesses inerente existente entre capital e trabalho expõe os trabalhadores a abusos empresariais implementados em nome do lucro. Assim, o meio ambiente de trabalho é palco comum de violações de direitos materiais e imateriais dos trabalhadores.

Em se tratando dos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, tanto a legislação, a doutrina, quanto a jurisprudência reconhecem que do dano decorre o dever do empregador de indenizá-lo.

Contudo, o novo Título II-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista - alterada pela Medida Provisória 808 de 2017 ³⁷, passou a tratar sobre a tarifação do dano extrapatrimonial, até então nunca aplicada às relações de trabalho, tendo inclusive sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em análise de outras leis, conforme se demonstrará adiante.

2.1 A REFORMA TRABALHISTA E O DANO EXTRAPATRIMONIAL

A Reforma Trabalhista alterou significativamente todo o contexto normativo do ordenamento jurídico trabalhista. Muito embora as modificações tenham ocorrido no plano infraconstitucional, inegavelmente que estas alterações afrontam diretamente direitos constitucionais.

Nesta senda, a Lei 13.467/17 alterou quatro legislações trabalhistas, sendo elas a CLT, a Lei 8.212 /91 (Lei da Seguridade Social), a Lei nº 8.036/90 (Lei do FGTS) e a Lei 6.019/74 (Trabalho Temporário), que já havia sido alterada pela Lei 13.429/17.

No que tange ao propósito deste trabalho, cabe destaque à alteração da Lei 13.467/17 ao inserir na CLT o Título II-A ao qual dispõe do Dano Extrapatrimonial. Os artigos 223-A a 223-G-, dispõem sobre o dano extrapatrimonial abordando seu conceito, titulares do direito à indenização, os bens atingidos pela ação ou omissão afeta ao dano de pessoa física e jurídica, os responsáveis pelo dano, bem como a possibilidade de cumulação de pedido de dano extrapatrimonial com dano material decorrente do mesmo ato lesivo e, por último, parâmetros que o juiz deve analisar para fixação do valor de indenização.

³⁷ A Medida Provisória 808 de 2017, publicada em apenas três dias após a Lei 13.467/17, perdeu eficácia ao dia 23 de abril de 2018 pois seu texto não foi analisado pela Comissão mista por não haver relator eleito, ainda que o regime de tramitação fosse considerado de urgência, restando os Projetos de Decreto Legislativo nº 925, 926 e 930, todos arquivados em razão do decurso do prazo de 60 dias para edição de Decreto Legislativo.

A Lei 13467/17 almejou para a sistemática trabalhista o sistema de reparação fechado ao tabelar o dano extrapatrimonial disposto no artigo 223-G da CLT. Salienta-se que este sistema vai contra todo o restante do ordenamento jurídico que, ao tratar da responsabilidade civil, adotou o sistema aberto, com o fim de alcançar a reparação integral do dano.

2.2 SISTEMAS DE REPARAÇÃO DO DANO

Hodiernamente, temos dois tipos de sistemas de reparação do dano extrapatrimonial, denominados sistema aberto e o sistema tarifário.

O primeiro deles, denominado sistema de reparação aberto, consiste em atender à premissa de que o juiz é o competente para fixação do quantum indenizatório, levando-se em conta o caráter de compensação pelo dano sofrido atendendo ao princípio da razoabilidade. Desta feita, entende-se o sistema aberto como um modelo sem valores predefinidos, atualmente adotado em todo ordenamento jurídico brasileiro, à exceção do Direito do Trabalho com a publicação da Lei 13.467/17, ora objeto de estudo. Desta feita, a exclusividade do tema em ordenamento jurídico especial destaca, por si só, a anomalia jurídica a que se propõe a nova lei.

De outro lado, o sistema denominado tarifário consiste numa predeterminação do valor da indenização, cabendo ao juiz apenas aplicação do valor ao caso concreto, observando apenas os limites já estabelecidos em cada situação.

Este modelo defende a tarifação sob a ótica de que a prefixação dos valores das indenizações uniformiza os julgados e, portanto, garante a segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

O sistema tarifário, atualmente exclusivo da normativa trabalhista, já foi objeto de análise constitucional pela Suprema Corte,³⁸ que considerou tal sistema inconstitucional por ferir os preceitos insculpidos no artigo 5º, incisos. V e X e no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, que asseguram o direito à reparação integral prevista na matriz constitucional e à indenização, sempre proporcional ao dano.

2.3 CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO E A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL: A PARAMETRIZAÇÃO DO DANO NA LEI 13.467/17

Conforme exposto alhures, para a indenização do dano extrapatrimonial é necessário a presença de alguns requisitos para sua configuração, entretanto, identificados o dano, nexos causal e a conduta lesiva, ainda persiste em alguns a incerteza quanto à quantificação do valor indenizatório. Nesta senda, a novel normativa trabalhista fixou parâmetros a serem seguidos pelo magistrado para fixação do *quantum* indenizatório.

Os defensores da medida aduzem que, ainda que os parâmetros sejam questionáveis, pois não abarcam com completude a matéria, tal previsão trazida pela Reforma Trabalhista trouxe a sensação de segurança jurídica e previsibilidade, tendo por consequência evitar que indenizações com valores totalmente discrepantes para fatos similares poderia ocorrer em decisões judiciais.

38 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 396386/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado em 13 ago 2004; Recurso Extraordinário 240250/RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado em 19 ago. 2005; AI 496406/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado em 10 ago. 2006; Recurso Extraordinário 447584/RJ. Relator: Min. Cezar Peluzo. Publicado em 16 mar. 2007.

Contudo, tal previsão não pode engessar a decisão judicial ao ponto de fixar-lhe o valor a ser indenizado, não só porque a normativa tolhe o juiz do livre exercício da jurisdição, uma vez que, atrelado aos parâmetros há que se sujeitar a análise da tarifação, mas porque a norma fere o princípio constitucional da reparação integral do dano, assim disposto no artigo 5º, incisos V e X da Constituição e no inciso XXVIII do art. 7º, que contempla a indenização ampla para a hipótese de ocorrer dano extrapatrimonial decorrente de relação de trabalho ao empregado.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO PELA CLT

Conforme apresentado neste artigo, entende-se que a tarifação do dano extrapatrimonial adotada pela CLT afronta diretamente os princípios normativos constitucionais da reparabilidade integral do dano, do valor social do trabalho e o não retrocesso social. Ainda, há que se destacar que a tarifação do dano extrapatrimonial já foi, por diversas vezes, discutida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, e por inúmeras vezes foi debatida no Superior Tribunal de Justiça, tendo resultado na edição da Súmula 281 por este Tribunal, a qual prevê que a indenização por dano moral não está sujeita a tarifação da Lei de Imprensa. Nesta senda, passa-se a análise de julgados para melhor elucidação do tema.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Importante a análise dos votos dos Ministros do STF que compõem o Pleno do Supremo Tribunal Federal atualmente e que, portanto, apreciarão a constitucionalidade da tarifação do dano moral instituída pela Lei 13.467/2017.

A Lei 5.250/67, denominada Lei de Imprensa, é anterior à Constituição vigente, desse modo, coube aos julgadores a análise da recepção desta lei pelo novo ordenamento jurídico a partir da promulgação da Lei Maior.

Ao regular a liberdade de manifestação do pensamento e informação, a lei limitou a tarifação do dano moral em salários mínimos, e instituiu parâmetros que o juiz deveria analisar para tarifação do dano, tal como fez a Lei 13.467/17.

A ADPF 130 foi interposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT ao dia 19 de fevereiro de 2008 e tinha por objeto a impugnação da Lei de Imprensa, devido à adoção da tarifação pelos artigos 51 e 52, dentre outros, frente ao disposto no art. 5º, inc. V e X da Constituição de 1988. O pedido feito na inicial requeria que fosse declarada a não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição e, pelo princípio da eventualidade, caso o pedido principal não fosse acatado, que a lei fosse interpretada conforme os preceitos e fundamentos da Constituição Federal.

No entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Britto deve-se observar a relação de proporcionalidade entre o dano moral sofrido e a indenização a receber, no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido³⁹.

³⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >. Acesso em 17 mai.2019.

Ou seja, para efetividade do princípio da reparação integral do dano e, em atenção ao princípio da proporcionalidade, deve-se analisar cada caso de maneira individual, não sendo possível uma prévia tarifação do dano.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski⁴⁰ a Lei 5.250/67 é incompatível com o princípio democrático. Em seu voto, o Ministro afirma que a indenização por dano moral vem sendo aplicada por juízes e tribunais sem qualquer exagero, baseando-se no princípio da equidade e razoabilidade, além de outros parâmetros como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor. Neste sentido, o voto trouxe à baila, diversos julgados anteriores à apreciação da ADPF, nos quais a Suprema Corte já havia adotado entendimento no sentido de contrário à tarifação do dano moral, tendo sido, inclusive, matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

À época do julgado, a Ministra Cármen Lúcia⁴¹ acompanhou integralmente o voto do Ministro Relator, no sentido da não recepção por inteiro da Lei de Imprensa pela Constituição Federal. Segundo a Ministra, a democracia é o fundamento da Constituição Federal e, neste sentido, não se coaduna com qualquer tipo de restrição de direito à indenização. Ao concordar com o voto do Relator, a Ministra enfatizou que a Constituição de 1988 tratou integralmente o que era necessário para que os abusos não ocorressem, desse modo, a Ministra entendeu que o Direito tem mecanismos próprios para fazer cessar os abusos que sejam praticados em nome da liberdade em caráter universal, ou seja, pela imprensa e por todos. Neste sentido, para a Ministra a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição vigente. Especificamente em atenção a tarifação do dano, a Ministra menciona que o artigo que trata do tabelamento do valor indenizatório foi o primeiro a ser declarado não recepcionado pela Lei Maior, citando voto de lavra do Ministro Carlos Velloso o qual faz-se menção de apenas um trecho:

Mas o que deve ser tomado em linha de conta é que a Constituição de 1988 emprestou ao dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. É o que ressaí, efetivamente, do disposto nos citados incisos V e X: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (inciso V); “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (inciso X). Posta a questão nesses termos, considerado o tratamento especial que a Constituição emprestou à reparação decorrente do dano moral, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa, como bem decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 52.842 (“DJ” de 27.10.97) A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do artigo 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade,

⁴⁰ Idem.

⁴¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. APDF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 17 mai.2019.

a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o ‘perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional’ (Direito Constitucional, Liv. Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição de 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela lei de imprensa. Por tais razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1ª Câmara Cível, período que aguardo sempre na melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa.⁴²

O Ministro Marco Aurélio⁴³ foi voto vencido neste julgado. Segundo o Ministro, o Legislativo deveria editar nova norma que substituísse a lei em questão e que, enquanto não ocorresse, permanecia vigendo a Lei de Imprensa para que não houvesse um “vácuo jurídico”

Em seguida, o Ministro Celso de Mello⁴⁴ votou no sentido de também declarar a Lei 5.250/1967 incompatível com a Constituição Federal. No tocante ao dano moral, o Decano cita obra de Sérgio Cavalieri Filho o qual dispõe que:

(...) ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, ‘e de comunicação’, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). **Essa mesma Constituição**, todavia, logo no inciso X do seu art. 5º, dispõe que **‘são invioláveis a intimidade’, a vida privada, a ‘honra’ e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’**. Isso evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 348827. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 06/08/2004.

43 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. APDF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 17 mai.2019.

44 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. APDF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 17 mai.2019.

se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa **do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito**, porquanto, em face do ‘princípio da unidade constitucional’, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...) (grifos nossos) ⁴⁵.

Nesta senda, entende-se que o valor do dano deve ser auferido em atenção ao princípio da proporcionalidade, entre os princípios constitucionais da livre expressão e da inviolabilidade moral do indivíduo, sendo do magistrado a tarefa de encontrar o equilíbrio entre os princípios na valoração do *quantum* indenizatório, não cabendo, portanto, à lei, tarifá-lo de maneira prévia.

Ainda, o Ministro Celso de Mello ⁴⁶ traz à baila julgado de sua relatoria do qual trata da inaplicabilidade e não recepção da tarifação do dano moral pela Constituição:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. P R E R R O G A T I V A
CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER
ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO
DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM.
A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS,
QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA
PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO
DA DOUTRINA. O EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE
DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO
PATRIMÔNIO MORAL /MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA
LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O DIREITO À REPARAÇÃO
CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X).
INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO
JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO
DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR
INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO
MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS
EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE
RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO
IMPROVIDO. O reconhecimento ‘a posteriori’ da responsabilidade civil,
em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de
indenização por danos materiais, morais e à imagem da pessoa injustamente
ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República,
pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa
(CF, art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando
caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da

45 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129.

46 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. APDF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >. Acesso em 17 mai.2019.

liberdade de informação. Doutrina. - A Constituição da República, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, a necessária observância de parâmetros - dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos da personalidade - expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Doutrina. - **Não subsistem**, por incompatibilidade material com a Constituição da República **promulgada** em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), **as normas inscritas no art. 52** (que define o regime de indenização tarifada) **e no art. 56** (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), **ambos** da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67). **Hipótese de não-recepção. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (AI 595.395/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).** (grifos do autor).

Em atenção ao julgado acima exposto, mesmo antes do julgamento da ADPF 130, o Ministro Celso de Melo já havia exposto entendimento de que a tarifação do dano moral é inconstitucional, tendo em vista a Constituição ter atribuído ampla reparabilidade, ou seja, reparação total do dano, ao ofendido, que deverá ser analisado pelo poder judiciário caso a caso o valor da indenização.

Para o Ministro Gilmar Mendes⁴⁷, conforme voto proferido em sessão, a Constituição Federal de 1988, sob análise do artigo 200 da Carta Magna, requer seja regulamentada norma atinente a liberdade de imprensa. Contudo, entende que a Lei 5250/67 deve ser substituída por outra a ser editada pelo Poder Legislativo. No tocante a tarifação do dano, o Ministro entende que os artigos que tratam desse assunto (artigos 51 e 52) na Lei de imprensa são patentemente contrários à Constituição.

Conforme mencionado anteriormente, o estudo traz somente entendimento dos Ministros da atual composição do STF, o que se faz para questionamento do tópico seguinte, quanto ao direcionamento do julgamento da ADI 5870/2017.

Após análise do voto da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes, resta análise jurisprudencial esparsa relativa à tarifação do dano moral o entendimento dos Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin e da Ministra Rosa Weber. Nesta senda, passa-se a análise das decisões.

Em julgado de sua relatoria, o Ministro Dias Toffoli exarou decisão no sentido de reforçar o entendimento dos Ministros no julgamento da ADPF 130:

ACÇÃO RESCISÓRIA – CONDENAÇÃO DE JORNAL E SEUS DIRETORES A COMPENSAREM DANO MORAL, DECORRENTE DE MATÉRIA OFENSIVA PUBLICADA DE MODO APÓCRIFO EM PERIÓDICO – SENTENÇA RESCINDENDA QUE SE DIZ OFENSIVA

47 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 17 mai.2019.

DO ART. 3º, CPC, POR TER REJEITADO A ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA – ILEGITIMIDADE NÃO OCORRENTE – DANO MORAL SOFRIDO PELA PESSOA OFENDIDA – CRÍTICA FEITA À PESSOA, NA CONDIÇÃO DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUE NÃO ANULA NEM TRANSFERE PARA O ÓRGÃO POR ELA REPRESENTADO A OFENSA PESSOAL – SENTENÇA QUE, COM ALEGADA OFENSA AO ART. 3º, CPC, E ART. 49, § 2º, L. 5.250/67, HAVIA RECONHECIDO A LEGITIMIDADE PASSIVA DOS DONOS DO JORNAL – POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DO JORNAL E DE SEUS PROPRIETÁRIOS – OFENSA À LEI NÃO CONFIGURADA (ART. 12, L. 5.250/97) – ALEGADA VULNERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA IGUALDADE E A PRECEITOS LEGAIS, EM DECORRÊNCIA DO JULGAMENTO ANTECIPADO – CAUSA QUE NÃO DEPENDIA DE PROVAS EM AUDIÊNCIA, DE MODO QUE DILAÇÃO PROBATÓRIA ERA DESCABIDA – CASO EM QUE NÃO É OBRIGATÓRIA A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO – ARBITRAMENTO DO DANO MORAL – TARIFAÇÃO LEGAL NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DESCABIMENTO DA RESCISÓRIA PARA REVER A JUSTIÇA ATRIBUÍDA AOS DEMANDADOS – SUGESTÃO PARA FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM VALOR MAIOR QUE O ADMITIDO – FATO QUE NÃO IMPORTA EM SUCUMBÊNCIA, DESDE QUE O PEDIDO COMPENSATÓRIO DOS DANOS FOI ACOLHIDO – VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÕES LEGAIS NÃO OCORRENTE – PRETENSÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. É parte legítima ativa para reclamar compensação por dano moral a pessoa natural que haja sido ofendida por publicação ofensiva de sua honra e imagem, ainda que a crítica tenha feito referência à sua pessoa como representante de órgão público, órgão este que também pode ter sua imagem arranhada com a mesma reportagem. O fato de a pessoa exercer cargo público não impede de ela ser pessoalmente atingida, não se transferindo para a pessoa pública por ela representada o direito de reclamar reparação das ofensas por ela própria experimentadas. Não excluída a possibilidade de, mesmo em matéria apócrifa, além da empresa jornalística, serem também causadores do dano os proprietários dela, respondendo pela reparação todos os que cometerem abuso causador de dano (art. 12, L. 5.250/67), estão legitimados para o pólo passivo esses donos do jornal. Não afronta a lei (art. 49, § 2º, L. 5.250/67, e art. 3º, CPC) a sentença que não acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva. A lei não obriga que, invariavelmente, o juiz tente a conciliação das partes, recomendação (art. 125, IV, CPC) de cuja desatenção não decorre a nulidade do processo. Aliás, descabida é audiência para esse efeito, se a causa comportar julgamento no estado do processo (art. 331, CPC). Não cabe dilação probatória, se, à vista da controvérsia estabelecida, não existia fato determinado e controvertido que possa influir no julgamento do pleito a ser demonstrado. Desde que a **Constituição Federal** prevê a **integral reparação** para os danos materiais e morais, **não** recepcionou a **tarifação** feita pela Lei de Imprensa (arts. 51 e 52), [...] ante o exposto, nos termos do

artigo 557, caput, da Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário⁴⁸. (grifo nosso)

Nesta senda, o Ministro Dias Toffoli reforçou entendimento do STF no tocante a tarifação do dano moral pela Lei de Imprensa ser incompatível com o normativo constitucional, uma vez que a Constituição auferiu ao dano a reparabilidade integral.

O Ministro Luiz Fux enquanto atuava como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, entendia que o valor da indenização a título de danos morais devia assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica fática do réu, tendo ainda que se observar que o STJ pode aumentar ou reduzir o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando restar configurado que o valor é irrisório ou exorbitante, sem que isso implique análise de matéria fática⁴⁹. Nesta senda, para o Ministro Fux, a decisão do quantum indenizatório cabe ao magistrado, devendo levar em conta para a fixação do valor o princípio da proporcionalidade entre a valoração da indenização e a capacidade econômica do ofensor.

Em voto proferido no Recurso Extraordinário 580.252/MS, o Ministro Roberto Barroso afirma que Constituição é clara ao assegurar a ampla indenização decorrente do dano moral:

Em linha com a centralidade da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, a Carta de 88 assegura a ampla indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de violações a uma ampla gama de interesses existenciais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, V e X, CF). Como observou Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade humana e os danos morais correspondem a duas faces de uma moeda. A causa do dano moral nada mais é do que a lesão à dignidade, de modo que “quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injusto sofrido⁵⁰”.

O Ministro exara entendimento no sentido de que a lesão à dignidade configura dano moral, exigindo-se, portanto, para a reparação do dano observado, o exercício do preceito constitucional que assegura a ampla reparação do dano.

O Ministro Edson Fachin, ao tratar da responsabilidade civil contemporânea, afirma que o ordenamento jurídico está passando por um “*giro paradigmático do eixo central da responsabilidade civil*”⁵¹. Para o Ministro, trata-se de mudança no sentido de que muito mais importa a dignidade da pessoa humana da vítima que para o ato ilícito *per si*. Entendendo, por fim, que a finalidade do sistema de reparação civil é a vítima, sendo esta atual concepção baseada à luz do ordenamento constitucional, trabalhista e civilista.

48 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 556176 MS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 nov. 2011. DJ-E 02 dez. 2011. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2539868>>. Acesso em 17 mai.2019.

49 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 427560 TO. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 set. 2002. DJe 30 set. 2002. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente= ITA &sequencial=371100&num_registro=200200446278&data=20020930&formato=PDF>. Acesso em 17 mai.19.

50 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 580.252/MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 set 2017. DJE 11 set. 2017. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em 17 mai.2019.

51 FACHIN, Edson. Perfil da Responsabilidade Civil Contemporânea no Brasil *In* Congresso: Perfil Contemporâneo da Responsabilidade Civil, 10 nov. 2014, Brasília. Disponível em: < <http://www.enamat.jus.br/?p=10217>>. Acesso em 17 mai.2019.

A Ministra Rosa Weber, em decisão, entendeu pela aplicação de norma instituída na Convenção de Varsóvia sobre o Código do Consumidor, no que tange à tarifação de dano material. Contudo, no que tange ao dano moral, evidenciou a impossibilidade de tarifação do dano:

Esclareço que o enfoque se dá apenas quanto aos danos materiais, pois, como ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, quando do início do julgamento deste feito, na sessão de 08.5.2014, **a Convenção de Varsóvia não cuidou dos danos morais, não cabendo, nessa perspectiva, estender a estes a aplicação dos limites indenizatórios estabelecidos no mencionado pacto internacional**. Transcrevo, por oportuno, a ementa de julgado da Segunda Turma desta Corte, em que sufragado tal entendimento: “INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.” (RE 172720, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997 PP-02831 EMENT VOL-01858-04 PP-00727 RTJ VOL-00162-03 PP-01093)⁵².

Para a Ministra, em se tratando da indenização pelo dano moral, há de se atentar ao que declara a Constituição no artigo 5º, incisos V e X quanto a reparação integral do dano.

Do entendimento expressado pelos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal nos precedentes analisados decorre a expectativa de declaração de inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial, sendo certo de que qualquer decisão contrária resultaria em total dissonância com o que preceitua a Constituição Federal e em rompimento com a tendência jurisprudencial consolidada na Corte Maior.

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.870/2017

A Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho- Anamatra, ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5870, com pedido de medida cautelar, contra a novel legislação trabalhista.

Isso porque, a Lei 13467/17 inovou o ordenamento jurídico trabalhista ao vincular o dano extrapatrimonial ao sistema de tarifação fechado, tendo inserido na CLT o Título II-A- Do Dano Extrapatrimonial, precisamente no artigo 223-G e parágrafos, que tratam dos valores pré-fixados para valoração do dano.

Em apertada síntese, traz-se à baila a argumentação da Associação que é no sentido de que a Lei 13.467/17 não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenização

⁵² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agr Re 766.618. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 mai 2017. DJE 13 nov. 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028508> >. Acesso em 17 mai. 2019.

por dano moral, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição. Nesta linha, faz menção a Lei de Imprensa declarada não recepcionada pela Constituição face ao entendimento da Suprema Corte. Aponta que o referido julgado considerou que a Constituição Federal emprestou à reparação do dano moral tratamento especial pelos incisos V e X do art. 5º, desejando que a indenização decorrente desse dano fosse o mais amplo possível.

De acordo com os fundamentos da ADIN, a tarifação tal como foi sugerida ofende o princípio da isonomia, uma vez que valora os danos oriundos do mesmo dano com base no salário dos ofendidos.

Convém lembrar que a Medida Provisória que previa a fixação do dano com base no valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social perdeu validade, voltando a vigorar o texto original da Lei 13.467/17, que estabelece o salário do ofendido como base de cálculo da indenização.

Requer a Anamatra, caso o Egrégio Tribunal não entenda pela inconstitucionalidade do artigo 223-G, parágrafo 1º e incisos, um julgamento de interpretação conforme à Constituição para, em atenção ao entendimento da Corte Máxima no julgado da ADPF 130, possibilitar ao magistrado ultrapassar os limites previstos na lei para, de maneira justificada, conferir a indenização ampla prevista no texto constitucional.

Elucida a ADIN que tal como foi declarada não compatível com o texto constitucional a tarifação do dano moral decorrente da ofensa praticada pela imprensa, há que se declarar inconstitucional também o dano moral decorrente das relações de trabalho. Isso porque a Constituição, de maneira expressa, além da previsão do artigo 5º, inciso V e X, contempla no inciso XXVIII do artigo 7º o direito à ampla indenização para a hipótese de ocorrer dano extrapatrimonial decorrente de relação de emprego ao trabalhador, ainda que previsto seguro contra acidente de trabalho. A tarifação do dano moral viola ainda os artigos 225, caput, § 3º (direito ao meio ambiente equilibrado com previsão de indenização caso haja violação) e artigo 170, caput e inciso VI (sujeição da ordem econômica ao princípio da valorização social do trabalho), assim como o art. 1º, que estabelece a dignidade humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República.

Em Parecer exarado pela Procuradoria Geral da República, opinou a Procuradora Geral Raquel Dodge pelo recebimento da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade no tocante ao art. 223-G-§1º-I-II-III-IV da CLT, conforme requerido na exordial e, por arrastamento, sugere sejam também declarados inconstitucionais os parágrafos 2º e 3º do art. 223-G e os artigos 223-A e 223-C da CLT, todos com redações inseridas pela Lei 13.467/2017, que tratam de forma direta ou indireta da tarifação do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.

Ainda foram ajuizadas mais duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADI nº 6.069 e ADI nº 6.082, tendo sido apensadas a ADI em comento por se tratar do mesmo objeto, e, nesta senda, distribuídas por prevenção ao Ministro Relator Gilmar Mendes. O Ministro deferiu o ingresso de seis entidades como *amicus curiae* até o momento. O processo se encontra concluso ao Relator para confecção do voto e inclusão em pauta para julgamento.

Por todo o exposto, denota-se que o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto a reparação integral do dano moral tem observado os preceitos estabelecidos na matriz constitucional em seu artigo 5º, incisos V e X.

Corroboram a tese da inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial diversos magistrados da Justiça do Trabalho, como os Desembargadores Grijalbo Fernandes Coutinho⁵³, Jorge Luiz Souto Maior⁵⁴ e a Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva⁵⁵. Em seus julgados, os referidos magistrados defendem a interpretação conforme a Constituição para dar reparabilidade integral ao dano extrapatrimonial, em atenção aos precedentes adotados, ao julgamento da ADPF 130 e à Súmula 281 do STJ, que sustentam o entendimento no sentido de que a tarifação do dano é inconstitucional.

Nesta senda, entende-se que o magistrado, ao julgar ações de reparação de dano moral, poderá arbitrar o valor indenizatório do dano decorrente da relação trabalhista com base no que dispõe a Constituição Federal, de acordo com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional instituidora da tarifação da indenização.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, denota-se que a Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) foi forçosamente inserida no ordenamento jurídico pátrio sob o falacioso fundamento da modernização das relações de trabalho e a necessidade da flexibilização das normas trabalhistas para o avanço da economia do país que se encontra em profunda crise econômico-financeira.

Contudo, o teor da norma é manifestamente inconstitucional, vez que se contrapõe ao que preconiza a Constituição Federal e aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Ora, a evolução da sociedade e do Estado elevaram a dignidade da pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, asseguraram a proteção do indivíduo perante Estado e a garantia de suas necessidades básicas, protegendo seus direitos materiais e imateriais. Tendo por certo que a nossa Lei Maior seguiu esta premissa, não é cabível que uma lei infraconstitucional seja contrária ao que a Constituição almeja proteger.

A tarifação do dano moral é verdadeira afronta aos princípios constitucionais da reparação integral do dano, disposto no artigo 5º incisos V e X da Constituição, da livre iniciativa que deverá estar arraigada ao valor social do trabalho, disposto no artigo 170 da Constituição, que tem por objetivo de assegurar a todos existência digna (atendendo a premissa maior de assegurar a dignidade da pessoa humana), e ainda, a vedação do retrocesso social, que garante ao indivíduo a não supressão, restrição, modificação ou interpretação dos direitos fundamentais conquistados, seja por alteração legal ou por entendimento jurisprudencial.

53 BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (10. Região)*. Recurso Ordinário nº 1100-39.2017.5.10.0018 Recorrente: Livia Niara Silva e Drogaria Rosário S/A. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 24 abr.2019. DJ-e 30 abr. 2019; Recurso Ordinário nº 0543-34.2018.5.10.0821. Recorrente: Adeivaldo Andrade Carvalho e Raphael Gonçalves e Sousa. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 6 mai. 2019. DJ-e 14 mai. 2019; Recurso Ordinário nº 01154-41.2017.5.10.0006 Recorrente: Jose Adalto Souza Lira. Recorrido: Auto Posto Sof Norte Ltda. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 12 abr. 2019. DJ-e 22 abr. 2019.

54 BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (15. Região)*. Recurso Ordinário nº 0010753-76.2017.5.15.0034. Recorrente: Cooperativa de Credito de Livre Admissão União Paraná-Sicredi União PR. Recorrido: Gabriela Doval Betti. Relator: Jorge Luiz Souto Maior. Campinas, 16 mar. 2019. DJ-e 23 mar. 2019.

55 BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (15. Região)*. Recurso Ordinário nº 0010753-76.2017.5.15.0034. Recorrente: Cooperativa de Credito de Livre Admissão União Paraná-Sicredi União PR. Recorrido: Gabriela Doval Betti. Relator: Jorge Luiz Souto Maior. Campinas, 16 mar. 2019. DJ-e 23 mar. 2019.

O sistema de responsabilização civil adotado por todo o ordenamento jurídico pátrio é o sistema aberto de tarifação, que tem por função o caráter indenizatório/ compensatório, punitivo/ condenatório e o caráter preventivo/pedagógico, sendo a responsabilidade de reparar o dano medida imposta pelo Estado por meio do Poder Judiciário.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado na ADPF nº 130, afirma que a Constituição consagrou a total reparabilidade do dano, dada a interpretação do artigo 5º, incisos V e X, sendo, portanto, vedada a sua tarifação. Constata-se que a maioria da atual composição desta Corte adotou este entendimento em julgados recentes que apreciaram a tarifação do dano moral.

Há que se destacar que a flagrante inconstitucionalidade da norma é objeto de Ação de Inconstitucionalidade, tendo como patrono da causa perante a Corte Máxima a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho- Anamatra. No caso, o parecer da Procuradoria Geral é no sentido da procedência da ação, opinando, ainda, não só pela inconstitucionalidade do art. 223-G, §1º, incisos I ao IV da CLT como para que sejam declarados inconstitucionais os parágrafos 2º e 3º do art. 223-G e os artigos 223-A e 223-C da CLT.

Nesta senda, insta destacar que a Lei 13.467/17, ao tratar da tarifação do dano moral, violou a Constituição Federal, não podendo, portanto, permanecer no mundo jurídico, e tampouco, surtir efeitos. Isso porque, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça já decidiram em outros julgados pela não tarifação do dano, tendo em vista que a Carta Magna consagrou a reparação integral do dano como direito fundamental necessário para assegurar a plena dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Agu Explica- Dano In Re Ipsa*. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=K88Vc0GkQOc>. Acesso em: 05 mai.2019.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Tutela da Composição dos danos morais nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2014.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Resolução nº 4.327*, de 25 de abril de 2014. Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/prenormativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf >. Acesso em 10 mai. 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RESP 427560 TO. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 set. 2002. DJe 30 set. 2002. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=371100&num_registro=200200446278&data=20020930&formato=PDF >. Acesso em 17 mai.19.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. APDF 130. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 17 mai.2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 348827. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 06/08/2004.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 556176 MS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 nov. 2011. DJ-E 02 dez. 2011. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2539868>>. Acesso em 17 mai.2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE 580.252/MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 set 2017. DJE 11 set. 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em 17 mai.2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agr Re 766.618. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 25 mai 2017. DJE 13 nov. 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028508>>. Acesso em 17 mai. 2019.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (1ª. Região)*. Recurso Ordinário nº 0101138-85. 2016.5.01.0522 Recorrente: Paulo Vitor Ribeiro Paes da Silva. Recorrido Gabriella de Melo Oliveira Transportes Epp. Relator: Des. Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Rio de Janeiro, 20 jun. 2018. DJ-e 15 set. 2018.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (10. Região)*. Recurso Ordinário nº 1100-39. 2017.5.10.0018 Recorrente: Livia Niara Silva e Drogaria Rosário S/A. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 24 abr.2019. DJ-e 30 abr. 2019.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (10ª. Região)*. Recurso Ordinário nº 0543-34.2018.5.10.0821. Recorrente: Adeivaldo Andrade Carvalho e Raphael Gonçalves e Sousa. Recorrido: os mesmos. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 6 mai. 2019. DJ-e 14 mai. 2019.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (10ª. Região)*. Recurso Ordinário nº 01154-41.2017.5.10.0006 Recorrente: Jose Adalto Souza Lira. Recorrido: Auto Posto Sof Norte Ltda. Relator: Des. Grijalbo Fernandes Coutinho. Brasília, 12 abr. 2019. DJ-e 22 abr. 2019.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho (15. Região)*. Recurso Ordinário nº 0010753-76.2017.5.15.0034. Recorrente: Cooperativa de Credito de Livre Admissão União Paraná-Sicredi União PR. Recorrido: Gabriela Doval Betti. Relator: Jorge Luiz Souto Maior. Campinas, 16 mar. 2019. DJ-e 23 mar. 2019.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. E-RR-189-15.2012.5.05.0641. Embargante: Saulo da Silva Rocha. Embargado: Geometria Pré-Moldados LTDA-ME. Relator: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 28 de setembro de 2017. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/>>

consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=189&digitoTst=15&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0641> Acesso em 05 mai.2019.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. (2. Turma) RR 19-08.2015.5.23.0004. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino do Estado de Mato Grosso – Sintrae. Recorrido: Instituto Cuiabano de Educação. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta, 18 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>> Acesso em 05 mai.2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (2. Turma) RR 11399-22.2015.5.01.0301. Recorrido: R S Demétrio Ferro Velho – Me. Relator: Min. Maria Helena Mallmann, 04 de maio de 2018. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>> Acesso em 05 mai. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista: estudo jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006

DELGADO, Gabriela Neves. O trabalho enquanto suporte de valor. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.49. Jul. Dez. 2006. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/article/>>. p. 74. Acesso em: 25 mar. 2019.

DELGADO, Maurício. Reforma Trabalhista e perspectivas para a Justiça do Trabalho. Avançar ou retroceder? *In: Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, 19 mai. 2018, Belo Horizonte. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=4SQgUKBL7P4>>. Acesso em 25 mar.2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FACHIN, Edson. Perfil da Responsabilidade Civil Contemporânea no Brasil *In Congresso: Perfil Contemporâneo da Responsabilidade Civil*, 10 nov. 2014, Brasília. Disponível em: < <http://www.enamat.jus.br/?p=10217>>. Acesso em 17 mai.2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*.14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

RAMPAZZO, Flaviana Santos. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul. v. 39, n. 127, Set 2012. p. 199. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/765/459>> Acesso em 29 mai. 2019.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6.ed. (totalmente revista com as alterações da Lei n. 13.467/2017). São Paulo: Ltr, 2017. p. 235.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TUPINAMBÁ, Carolina. *Danos Extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

A (IN) EFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO SOBRE O PSICOPATA TRANSGRESSOR

Nislane Paulino Carvalho (Orientador: Prof. Anderson Pinheiro da Costa)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo geral analisar em que medida a punição dispensada aos psicopatas autores de crimes no Brasil é eficaz. Como objetivos específicos visa analisar o conceito de psicopatia e verificar como o Estado tem agido em casos de indivíduos que foram diagnosticados com psicopatia e praticaram condutas definidas como crimes. Como referencial teórico a pesquisa adotou os postulados de Costa (2014), Greco (2017), Hare (2013), Nucci (2017), Silva (2008) e Trindade (2012).

Palavras-chave: Direito Penal. Psicopatia. Psiquiatria Forense.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the extent of the punishment dispensed to psychopaths perpetrators of crimes in Brazil is effective. As specific objectives it aims to analyze the concept of psychopathy and verify how the State has acted in cases of individuals who have been diagnosed with psychopathy and have practiced conduct defined as crimes. As a theoretical reference the research adopted the postulates of Costa (2014), Greco (2017), Hare (2013), Nucci (2017), Silva (2008) e Trindade (2012).

Key words: Criminal Law. Psychopathy. Forensic Psychiatry.

INTRODUÇÃO

Atualmente, com uma sociedade tão populosa e expansiva, o ser humano está alcançando uma capacidade destrutiva desenfreada que vem se alastrando no decorrer dos anos, principalmente, quando se trata de alguém que tem um dos transtornos de personalidade diagnosticada, a psicopatia. (COELHO, 2017). Diante desse cenário de violência cotidiana, inclusive no Brasil, manifesta-se fortemente o clamor social para que haja justiça no momento de punir o delinquente infrator, ainda mais quando ele não demonstrou qualquer arrependimento ou remorso no que tange aos atos que cometeu. (COELHO, 2017).

A criminologia, por meio da Psiquiatria Forense, é a principal peça para o estudo minucioso do comportamento do psicopata, sendo responsável por traçar o perfil completo de um transgressor, bem como por oferecer elementos para que sejam compreendidas as razões pelas quais ele comete delitos. (COSTA, 2014)

Essa relação entre o Direito Penal e a Psiquiatria Forense permite a busca pela construção do perfil do psicopata, tarefa revestida de alta complexidade, podendo ser feita somente por um exímio profissional que tenha treinamento específico para tal propósito, “já que pessoas que apresentam tal perfil não têm um estereótipo definido, o que gera um grande desafio para ambas as ciências”. (FILHO, 2017, p. 172). Nesse viés, Robert D. Hare (2013)

disserta sobre a importância da construção do perfil de um psicopata através da Avaliação de Personalidade Psicopática (*Psychopathy Checklist*):

Permite a discussão das características dos psicopatas sem o menor risco de descrever simples desvios sociais ou criminalidade ou de rotular pessoas que não têm nada em comum, a não ser o fato de terem violado a lei. Ela também fornece um quadro detalhado das personalidades perturbadas dos psicopatas que se encontram entre nós. (HARE, 2013, p. 48)

As constantes leituras sobre a temática (HARE, 2013; SILVA, 2008; TRINDADE, 2012) denotam que a reincidência entre psicopatas é bastante alta, esbarrando a lei penal num enorme entrave para alcançar uma de suas finalidades, qual seja a ressocialização do indivíduo. Nessa perspectiva, surge o problema de pesquisa que originou o presente trabalho: em que medida a lei penal se mostra eficaz quando aplicada ao psicopata delinquente?

A justificativa para a elaboração do presente artigo se deu em função do acompanhamento de diversos casos e documentários ligados à temática em voga, como o caso “Champinha”, que propõem uma reflexão de como sobre como lidar com psicopatas transgressores, cuja ressocialização advinda de uma possível condenação criminal encontra-se fadada ao fracasso.

Diante da situação que a sociedade vem enfrentando frente aos inúmeros casos de crimes cometidos por psicopatas, este estudo tem especial relevância social e jurídica, uma vez que não há uma legislação específica para punição desses indivíduos, sendo eles ainda tratados como criminosos comuns. (COSTA, 2014). Academicamente, a pesquisa também releva sua importância, uma vez que pode servir de base para outros estudos da área jurídica.

A metodologia utilizada para a construção do presente artigo baseou-se nos preceitos da pesquisa qualitativa, pois houve uma pesquisa documental de caráter subjetivo com análise comportamental de um indivíduo. (HARE 2013; MORANA, 2003). Como método de coleta de dados foi utilizada a análise bibliográfica, tendo como fonte primária a busca em doutrinas e legislações específicas sobre a temática; como fonte secundária foi realizada a leitura de artigos científicos, periódicos e dados oficiais publicados na rede mundial de computadores.

Como referencial teórico, a pesquisa se apoiou nos postulados de Nucci (2017) que contribuiu para a compreensão da teoria tripartida do crime, adotada de forma majoritária hodiernamente, que leva em consideração o fato típico, ilícito e culpável como elementos do crime; Greco (2017) colaborou com o conceito da culpabilidade, que é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita do agente. Além dos referidos autores, o trabalho contou com a contribuição de HARE (2013), responsável pela criação da escala PCL-R (lista de verificação da personalidade psicopática), que foi replicada no Brasil, posteriormente, pela psiquiatra Hilda Morana (2003). O estudo proposto por Silva (2008) teve papel fundamental na definição do termo psicopata, diferenciando o transtorno de personalidade antissocial e dissocial. Por fim Trindade (2012) cooperou com a análise do tratamento dispensado a esses indivíduos e a reincidência criminosa por parte deles e Costa (2014), que acrescentou de forma salutar ao trazer a importância do diálogo entre a Psiquiatria Forense e o direito na busca pela melhor medida a ser aplicada ao psicopata delinquente.

A pesquisa foi dividida em quatro capítulos. O primeiro teve por objetivo analisar o conceito de psicopatia e o perfil de pessoas assim diagnosticadas. (HARE 2013 e SILVA 2008)

Em seguida, no segundo capítulo, buscou-se desvelar a existência de um elo de comunicação entre a Psiquiatria Forense e o direito penal, de modo a compreender como dialogam a ciência jurídica e a ciência médica.

Posteriormente, no terceiro capítulo, buscou-se desvelar a responsabilidade penal atribuída aos psicopatas e analisar o grau de culpabilidade que recai sobre esses indivíduos.

Por fim, no quarto capítulo, objetivou-se analisar como o sistema judicial brasileiro tem enfrentado as situações que envolvem criminosos portadores da psicopatia.

1. A DEFINIÇÃO DE PSICOPATIA

A discussão acerca da definição de psicopatia iniciou-se no fim do séc. XVIII, com a análise de alguns filósofos e psiquiatras sobre a relação entre livre arbítrio e transgressões morais e sobre a capacidade dos transgressores de entenderem as consequências de seus atos. (COSTA, 2014)

A primeira abordagem acerca do conceito de psicopatia derivou de um trabalho desenvolvido por Philippe Pinel, em 1801, que notou que alguns pacientes envolvidos em atos impulsivos e autodestrutivos permaneciam com sua habilidade de raciocínio intacta, tendo plena consciência de que os cometimentos dos seus atos eram irracionais. (COSTA, 2014). À época, estudiosos entendiam que “mente” era sinônimo de “razão”, com isso, se o indivíduo possuísse alguma inabilidade racional ou intelectual ele era considerado insano e portava uma doença mental. Pinel foi responsável pela teoria de que pode haver um indivíduo insano (*manie*) mas sem nenhuma confusão mental (*sans delire*). (COSTA, 2014).

Um dos primeiros estudos acerca da psicopatia foi realizado pelo psiquiatra norte-americano Hervey Cleckley, pioneiro nesse tema, em 1941, oportunidade em que publicou o seu primeiro trabalho sobre os psicopatas, intitulado como *The Mask of Sanity* (A Máscara da Sanidade), no qual listava dezesseis características diferentes para definir e traçar o perfil de um indivíduo psicopata. (MECLER, 2015).

Essa obra teve grande influência em pesquisadores nos Estados Unidos e Canadá, pois foi por meio desse livro que foi possível fornecer uma estrutura clínica para muitas pesquisas científicas acerca da psicopatia. (HARE, 2013).

O psicólogo Canadense Robert Hare(2013), relatou de onde surgiu a ideia de desenvolver uma técnica para avaliação de psicopatas:

(...) à medida que aumenta nosso conhecimento sobre a devastação causada pelos psicopatas na sociedade em geral, a pesquisa moderna passa a ter um objetivo vital – o desenvolvimento de modos confiáveis de identificar esses indivíduos a fim de minimizar o risco que representam para os outros. Essa tarefa é de enorme importância para o público em geral e também para cada indivíduo em particular. Meu papel nessa busca começou na década de 1960, no Departamento de Psicologia da University of British Columbia. Lá, meu crescente interesse pela psicopatia combinou-se com minha experiência na prisão, formando o que se tornaria o trabalho de toda uma vida. (HARE, 2013, p. 43 e 44).

Baseado na classificação de Cleckley, em 1991, Robert Hare criou a Escala PCL-R (lista de verificação de psicopatia – *Psychopathy Checklist Revised*) que, atualmente, é o método adotado para identificação de psicopatas em diversos países. Trata-se de um instrumento extremamente importante, devendo ser feito apenas por psicólogos habilitados e altamente treinados. (DAYNES; FELLOWES, 2012).

A psiquiatra forense Hilda Morana, em 2004, validou a escala Hare no Brasil, que é de grande ajuda aos psiquiatras forenses e psicólogos no diagnóstico da psicopatia. (TRINDADE, 2012).

Hodiernamente existe uma acirrada divergência acerca da definição de psicopatia entre a Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV-TR)¹ e a Organização Mundial de Saúde (CID-10)², sendo que a primeira instituição defende a ideia de que se trata de um transtorno de personalidade antissocial e a segunda defende o termo Transtorno de Personalidade Dissocial. (SILVA, 2008).

Conforme o entendimento da Associação de Psiquiatria Americana (DSM-IV- TR), que conceitua a psicopatia como transtorno de personalidade antissocial, ela é classificada da seguinte forma:

301.7 Transtorno da Personalidade Antissocial Critérios Diagnósticos

A. Um padrão global de desrespeito e violação dos direitos alheios, que ocorre desde os 15 anos, indicado por, no mínimo, três dos seguintes critérios:

(1) incapacidade de adequar-se às normas sociais com relação a comportamentos lícitos, indicada pela execução repetida de atos que constituem motivo de detenção; (2) propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens pessoais ou prazer; (3) impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro; (4) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões físicas; (5) desrespeito irresponsável pela segurança própria ou alheia; (6) irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter um comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras; (7) ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado alguém; B. O indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade; C. Existem evidências de Transtorno da Conduta com início antes dos 15 anos de idade. D. A ocorrência do comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso de Esquizofrenia ou Episódio Maníaco. (HUSS, 2008, p.190)

Por outro lado, a Organização Mundial de Saúde (CID-10), que defende o termo Transtorno de Personalidade Dissocial, dispõe:

Transtorno de Personalidade Dissociais:

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições.

¹ Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, 4ª edição - Texto Revisado

² Classificação Internacional das Doenças (2013). Disponível em <<https://www.cid10.com.br/>> Acesso em 02 mai 2019.

Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Personalidade (transtorno da):

- amoral
- antissocial
- associal
- psicopática
- sociopática

(SILVA, 2008, p. 193)

No entanto, apesar do debate entre essas instituições, há um consenso sobre o fato de que a psicopatia não é uma condição médica, sendo vista pela corrente majoritária que discute a temática, como um transtorno grave de personalidade antissocial que causa a ausência do sétimo sentido: a consciência. (MECLER, 2015).

Antigamente, autores de origem grega entendiam que a psicopatia era uma doença mental. Entretanto, passou-se a adotar a ideia de personalidade doente ou personalidade psicopática, o que denota uma nova condição de anormalidade mental, sem indícios de loucura ou insanidade mental. (MORANA, 2003).

Segundo Hare (2013), entre os profissionais da área de saúde, é predominante o entendimento de que a psicopatia não deve ser tratada a partir da visão tradicional de doença mental:

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente. (HARE, 2013, p. 38)

Nesse sentido, Ana Beatriz (2008) corrobora tal entendimento:

Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. (SILVA, 2008, p. 32)

A psicopatia apresenta características determinantes do transtorno, sendo importante conhecer como os seres humanos podem chegar ao extremo de sua personalidade, valendo ressaltar que nem todo psicopata é necessariamente um criminoso e nem todo criminoso é um psicopata. (COSTA, 2014). Existem diferentes níveis de psicopatia, o que torna a escala PCL-R imprescindível para diagnosticar o transtorno com precisão.

1.1 O PERFIL DO PSICOPATA

Quando a temática gira em torno da psicopatia, não é incomum se pensar num indivíduo lunático que pratica reiterada atrocidades. Entretanto, referida concepção destoa da realidade, pois psicopatas podem ser muito mais astutos do que se pode imaginar, estando entre pessoas comuns e fazendo parte de diversos ciclos sociais. (HUSS, 2011).

É comum a afirmação de que psicopatas possuem uma série de problemas emocionais e comportamentos antissociais capazes de causar danos irreparáveis por onde passam, pois são pessoas frias, incapazes de sentir qualquer empatia. (DAYNES e FELLOWES, 2012).

Os primeiros sinais do transtorno se apresentam muito cedo, ou seja, quando em crianças, as mentiras se revelam recorrentes, o vandalismo se mostra em várias condutas, violência e comportamentos cruéis com outras crianças e animais se fazem presentes de forma reiterada. (SILVA, 2008).

Muitas pessoas acham inapropriado designar o termo psicopata para crianças, por acreditarem que há envolvimento de questões éticas, e entenderem que a atribuição desse rótulo a uma pessoa tão jovem seria pejorativa. Contudo, com base em pesquisas clínicas e empíricas é possível notar que o transtorno realmente aparece em crianças. (HARE, 2013).

Pesquisas têm detectado que o aparecimento precoce do comportamento antissocial na infância e na adolescência é um forte indicador para que haja criminalidade e transgressões por parte desses indivíduos quando atingirem a fase adulta. (SILVA, 2008). Vale destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia, pois o psicopata nasce assim e vai permanecer assim enquanto existir (SILVA, 2008). “A psicopatia não surge de repente, sem aviso, na personalidade da pessoa adulta. Os precursores do perfil revelam-se primeiro no começo da vida”. (HARE, 2013, p. 165).

Esse tipo de transtorno não tem cura, pois não se trata de uma fase comportamental momentânea e sim de um transtorno de personalidade, ou seja, é uma deformação de caráter incorrigível. Nesse sentido, entende-se que o psicopata é um indivíduo inteligente, envolvente, disposto a fazer tudo o que estiver ao seu alcance para satisfazer suas próprias vontades, pois enxerga as pessoas como meros objetos a serem usados em momentos oportunos. (SILVA, 2008).

Estes indivíduos são hedonistas, quer dizer, buscam o prazer a qualquer preço. Parecem ser guiados pelo ditado: “Eu quero o que quero, quando quero”. Costumam perseguir o que desejam independentemente dos custos para os outros. Em muitos casos, as pessoas com Transtorno de Personalidade Antissocial parecem ser incapazes ou indispostas a adiar a gratificação de suas necessidades e, conseqüentemente, agem de modo impulsivo, apenas com seus próprios desejos em mente.

Outros sintomas são a superficialidade de sentimentos e a ausência de apegos emocionais aos outros, conquanto verbalizem fortes sentimentos e comprometimentos. (TRINDADE, 2012, p. 161)

Conclui-se que psicopatas são pessoas incapazes de se colocarem no lugar do outro, não sentindo qualquer remorso por causar sofrimento a alguém. São ímpares em enganar até mesmo os profissionais habilitados na área, mascarando muito bem suas atitudes, apresentando-se de maneira socialmente aceitável quando lhes for conveniente.

2. A RELAÇÃO ENTRE A PSIQUIATRIA FORENSE E O DIREITO PENAL

A relação entre Psiquiatria Forense e o Direito Penal é muito antiga, mas sempre foi pouco estudada, e a existência de poucos trabalhos publicados na área tem dificultado as comparações de resultados, visto que em cada país há uma legislação distinta, apesar dessas diferenças contribuírem para o melhoramento das leis. (COSTA, 2014).

A Psiquiatria Forense é o ramo da Medicina Legal que auxilia o Direito Penal a aplicar a lei de maneira específica em face de uma pessoa que possui um estado especial da saúde mental. (GURGEL, 2012). A psiquiatria é responsável por estudar o comportamento e as perturbações humanas, e quando se relaciona com a área jurídica ela passa a ser chamada de Psiquiatria Forense, ou seja, a Psiquiatria Forense relaciona o estudo do enfermo mental com a lei. (GURGEL, 2012).

No direito penal, quando o juiz tem alguma dúvida acerca da higidez mental do réu pode determinar a instauração do incidente de insanidade mental para sanar qualquer questão existente. (COSTA, 2014). Nessa seara, é realizada uma perícia psiquiátrica para saber se no momento do ato delituoso o agente tinha discernimento necessário para entender que a prática da conduta cometida era ilícita, ou seja, se incidia sobre a conduta reprovabilidade do ato para embasar a culpabilidade do indivíduo. (NUCCI, 2017).

Essa perícia é um procedimento de alta complexidade porque exige um grande conhecimento por parte do profissional na área médica e jurídica, tendo ele que ter a técnica necessária para elaboração de laudos, sendo estes os instrumentos utilizados pelos magistrados para a formação de seu convencimento. (COSTA, 2014). Não obstante, o perito deverá também ter afinidade com a criminologia, sendo esta uma ciência empírica aplicada, ou seja, que se baseia na observação e na experiência cujos objetos de estudo são o delito, o delinquente, a vítima e o controle social. (FILHO, 2017).

A criminologia se subdivide em dois ramos: criminologia geral, que consiste na sistematização, comparação e classificação dos resultados obtidos nas ciências criminais acerca do objeto; e criminologia clínica, que consiste na aplicação dos conhecimentos teóricos da criminologia geral para o tratamento dos criminosos. (FILHO, 2017).

Variadas escolas penais estudaram o criminoso ao longo do tempo, tratando a mente criminosa com bastante relevância. (COSTA, 2014). Dentre elas, destaca-se a escola positiva, que tem raízes no início do século XIX, destacando-se três fases importantes: antropológica (Lombroso), sociológica (Ferri) e jurídica (Garófalo). (FILHO, 2017).

Cesare Lombroso, cuja obra ‘O Homem Delinquente’ foi publicada em 1876, foi responsável por estreitar as relações entre os juristas e os psiquiatras com a criação da “Antropologia Criminal”. (ROCHA, 2008).

Enrico Ferri, genro e discípulo de Lombroso, criador da “sociologia criminal”, entendia que a criminalidade surgia de fatores antropológicos, físicos e culturais e defendia que a responsabilidade moral deveria ser substituída pela responsabilidade social, sendo que a prevenção era mais eficaz que a repressão. (FILHO, 2017).

³ A criminologia representava a possibilidade de estreitar as relações com o direito, tão necessária para que a psiquiatria pudesse intervir nas questões jurídicas referentes aos alienados. Os profissionais do direito e os profissionais da medicina poderiam trabalhar conjuntamente no combate ao crime e na moralização da sociedade. (ALVAREZ, 1996 p. 131 e 132).

Por fim, Rafael Garófalo, jurista e criador da “temibilidade ou periculosidade” entendia que o crime pertencia ao homem, mas se manifestava na medida em que o homem se degenerava, tendo observado, também, a necessidade de haver outra forma de intervenção penal – a medida de segurança. (FILHO, 2017).

Nesse cenário de discussões foi construída a Criminologia como área da Ciência Penal que serve de parâmetro para o estudo criminológico-social fornecendo informações para o aperfeiçoamento de leis penais. (COSTA, 2014).

Quando um indivíduo apresenta qualquer anomalia mental, seja ela simulada ou não, a competência para tratamento e diagnóstico é da Psiquiatria Forense e ela servirá de elo entre a Medicina e o Direito Penal. (ROCHA, 2008).

Nesse viés, pode-se afirmar que a Psiquiatria Forense tem como objetivo comunicar ao Direito Penal o estado em que se encontra a saúde mental do indivíduo, bem como seu desenvolvimento, se completo, retardado ou incompleto, para, com base nesses diagnósticos, o direito penal estabelecer qual a melhor medida a ser tomada de acordo com o caso concreto: se aplicação de pena, se medida de segurança ou se tratamentos ambulatoriais. (COSTA, 2014). Portanto, de maneira implícita ou explícita, a Psiquiatria Forense é responsável também por informar os limites e os modificadores da responsabilidade penal. (GURGEL, 2012).

Anote-se que há um hiato entre os conceitos psiquiátricos e os termos jurídicos, razão pela qual há uma grande necessidade de tornar a linguagem médica-psiquiátrica mais acessível para o aplicador da lei. (BALLONE, 2005). O perito é o principal responsável por estabelecer essa ponte entre os conceitos científicos e a linguagem jurídica, pois desse modo não resta margem de erro na aplicação da lei pelo magistrado. (BALLONE, 2005).

Estudos internacionais feitos para analisar a taxa de concordância entre o laudo psiquiátrico e a sentença judicial apontam altos valores de concordância, entretanto, no Brasil, estudos semelhantes ainda são pouco conhecidos, mas a parcela de autoridades judiciais que recusam um laudo médico é bem pequena. (COSTA, 2014). Em uma das pesquisas realizadas realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, Rafael Gomes (2012) ao realizar um estudo sobre a correlação entre Psiquiatria Forense e direito penal, entendeu que:

(...) há um elevado percentual de concordância entre laudos psiquiátricos conclusivos de capacidade parcial de imputação e sentenças judiciais, ou seja, juízes leigos e togados acompanham a conclusão técnica do psiquiatra, muito embora tenham a opção de não acompanhá-la, sob o respaldo legal do artigo 182 do vigente Código de Processo Penal Brasileiro. A relação entre o poder judiciário e a prática psiquiátrica nos Hospitais de Custódia e Tratamento (HCT) mostra em dois momentos distintos: inicialmente, e no que se refere ao procedimento jurídico propriamente dito, através de uma interferência que mostra-se limitante para a atuação médica em seus momentos de decisão (internação, determinação do tempo de tratamento e alta). No entanto, cabe ressaltarmos a articulação dos dois campos de atuação, no sentido de que a psiquiatria é viabilizadora da atuação jurídica, uma vez que estabelece a doença com base na qual se determina a inimputabilidade, a irresponsabilidade e a periculosidade. A perícia, neste momento, mostra-se fundamental, em que tange à faculdade de livre convencimento do juiz.

Em um segundo momento, ou seja, na cotidianidade, configura-se a prática psiquiátrica no HCT segundo a lógica que rege o procedimento jurídico que a envolve, ou seja, voltada para o futuro, parece eleger como objeto a periculosidade que é apresentada pelo crime inicial. Neste sentido, relativo aos pacientes em regime de internamento, a psiquiatria mostra-se, no HCT, como preventiva: a medicação e os procedimentos disciplinares medicalizados voltam-se contra um risco de um comportamento agressivo, constituindo-se uma interferência judicial no sentido de uma transplantação da lógica do procedimento jurídico. O HCT, então, é uma instituição predominantemente custodial, na qual o tratamento é questionado pelos profissionais e pelos pacientes. A esta constatação, soma-se um tratamento que para alguns médicos é puramente farmacológico, insuficiente e falho, caracterizado pelo baixo número de atendimentos feitos pelos médicos assistentes a seus pacientes, o que foi evidenciado também a partir da análise de prontuários. (GURGEL, 2012, p. 29 e 30).

Nesse cenário, o direito e a Psiquiatria Forense estão diretamente ligados, pois existem questões jurídicas que somente a psiquiatria pode resolver, e o contrário também se aplica, uma vez que a psiquiatria utiliza a medicina com os mandamentos jurídicos. (GUIMARÃES, 2015).

Assim, destaca-se a importância que possui a união entre a Psiquiatria Forense e o direito, pois, além de um contexto médico-forense, essa relação está entrelaçada também com a questão de segurança jurídica, uma vez que é por meio dessas ciências que é possível haver a aplicação da lei da forma mais justa.

3. RESPONSABILIDADE PENAL

Segundo Nestor Sampaio Penteado Filho (2017), a responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o indivíduo considerado imputável.

Entende-se que a culpa penal consiste na censurabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) daquele que tem a capacidade profana de entender o caráter ilícito do fato (consciência potencial da ilicitude) e de se determinar de maneira ajustada ao direito (exigibilidade de conduta conforme o direito). (FILHO, 2017, p. 124).

O legislador não fornece um conceito de crime e, por isso, a doutrina se serve de subsídios para tentar esclarecer esse instituto. Muitos doutrinadores divergiram acerca da definição de delito e se difundiram em três definições diferentes: material, formal e analítico. (GRECO, 2017).

Esclarece Nucci (2017), de maneira sucinta, acerca desses conceitos:

Conceito material: é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido mediante a aplicação de sanção penal.

Conceito formal: é a concepção do direito acerca do delito constituindo a conduta proibida por lei sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno.

Conceito analítico: é a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. (NUCCI, 2017, p.123-125).

A doutrina diverge acerca da culpabilidade ser incluída na teoria do crime bem como pressuposto de aplicação de pena. Doutrinadores como Damásio de Jesus (2011) e Fernando Capez (2011) adotam a teoria bipartida, entendendo que o crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade não integrante do conceito de crime. Contudo, a corrente majoritária adotou a teoria tripartida (conceito analítico), partindo do pressuposto de que o crime consiste em toda ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. (GRECO, 2017; NUCCI, 2017; BITTENCOURT, 2012 e PRADO, 2014).

O instituto jurídico denominado ‘culpabilidade’ é trazido por Nucci (2017) como um juízo de reprovação que recai sobre o fato e seu autor. Na definição de Greco (2017, p. 516) “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”.

Nessa mesma perspectiva, disciplina Damásio de Jesus (2011):

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade). (JESUS, 2011, p. 53).

A teoria finalista e a normativa pura⁴ entendem que a culpabilidade possui três elementos: a imputabilidade do agente, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. (CAPEZ, 2011). Rogério Greco (2017) afirma que a culpabilidade deve ser vista apenas como um princípio, pois, uma vez adotada a teoria finalista da ação, o dolo e a culpa deixam de pertencer à culpabilidade e passam a fazer parte do tipo penal.

Fazendo um aparato desses conceitos faz-se necessário entender qual é a responsabilidade atribuída ao psicopata, bem como analisar em que estágio de culpabilidade ele se encontra, uma vez que a teoria tripartida traz elementos importantes para caracterização de crime.

Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade

Partindo da concepção da corrente tripartida, a imputabilidade penal é um dos componentes da culpabilidade. (CUNHA e PALHARES, 2012).

⁴ Da culpabilidade foram extraídos o dolo e a culpa, sendo transferidos para a conduta do agente, característica integrante do fato típico. O dolo, após a sua transferência, deixou de ser normativo, passando a ser um dolo tão somente natural. Na culpabilidade, contudo, permaneceu a potencial consciência sobre a ilicitude do fato – extraída do dolo –, juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa. Assim, na culpabilidade permaneceram somente os seus elementos de natureza normativa, razão pela qual a teoria final é reconhecida como uma *teoria normativa pura*. (GRECO, 2011 p. 525 e 526)

Na imputabilidade o agente tem a capacidade de culpa, isso quer dizer que ele tem a consciência para discernir sobre o que é certo ou errado porque goza de plenas faculdades mentais. (NUCCI, 2017).

É o conjunto das condições pessoais envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter lícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. (NUCCI, 2017 p. 270).

Fernando Capez (2011) afirma que não é só o fato de ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais que vai definir a imputabilidade do agente, sendo necessário também que ele tenha comando da sua própria vontade, agindo de acordo com a capacidade plena de entendimento do caráter ilícito da conduta.

A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos. (CAPEZ, 2011 p. 332).

Na semi-imputabilidade o agente perde uma parte do seu discernimento e autocontrole, em virtude da perturbação da saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Na realidade, o agente é imputável, mas a sua responsabilidade é diminuída porque no momento em que ele comete o delito está agindo com culpabilidade diminuída. (CAPEZ, 2011).

Nestor Sampaio Penteadó Filho (2017) entende que a semi-imputabilidade é uma situação anômala que fica entre imputabilidade e a inimputabilidade, pois pode haver uma influência decisiva no autocontrole do indivíduo e na capacidade de entendimento.

Aqui se situam os denominados **fronteiriços (limítrofes)**, os quais apresentam situações *atenuadas* ou residuais de psicoses, de oligofrenias ou ainda quadro de psicopatias. Tais estados ou situações afetam a higidez mental do indivíduo, sem, contudo, privá-lo completamente dela (art. 26, parágrafo único, do CP). (FILHO, 2017 p. 125).

A consequência atribuída aos semi-imputáveis é a redução de pena prevista no parágrafo único do artigo 26 do código penal, *in verbis*:

(...)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

Na inimputabilidade o agente é completamente incapaz de julgar que a prática delituosa que ele está cometendo é ilícita. O conceito está preceituado no caput do artigo 26 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Artigo 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940).

Uma vez determinada a inimputabilidade do agente, este é absolvido nos termos artigo 386, VI (em casos que não se enquadrem em julgamentos perante o tribunal do júri) ou 415, IV, parágrafo único, (em se tratando de crimes dolosos contra a vida, de competência do tribunal do júri) ambos do Código de Processo Penal (chamada pela doutrina e jurisprudência de absolvição “imprópria”⁵).

Atualmente existem três critérios para aferição de inimputabilidade: o sistema biológico, sistema psicológico e sistema biopsicológico. (CAPEZ, 2011). No sistema biológico é levada em conta a causa e não o efeito, o que quer dizer que se o agente for portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e cometer um delito, ele é considerado inimputável. (JESUS, 2011). No sistema psicológico o que importa é o efeito e não a causa, pois o que se analisa é se o agente, no momento da prática delituosa, tinha capacidade de entender seu o caráter de seu ato e guiar-se a partir desse entendimento. (JESUS, 2011). Por último, o sistema biopsicológico é a fusão dos dois sistemas anteriores, e leva em consideração a causa e o efeito. (JESUS, 2011).

Só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. A doença mental por si só não é causa de inimputabilidade. É preciso que, em decorrência dela, o sujeito não possua capacidade de entendimento ou de autodeterminação. (JESUS, 2011 p. 544).

Nucci (2017) afirma que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico) para aferir a imputabilidade de um indivíduo, sendo certo ser indispensável a confecção de um laudo médico para comprovar a doença mental ou até mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (parte biológica).

Tal fato implica em dizer que, quando o indivíduo portador de uma doença mental, a exemplo da esquizofrenia, cometer um ato delituoso, deve ser tratado como alguém incapaz de ser responsabilizado na seara criminal por motivo de insanidade, pois o artigo 26 do código penal brasileiro ao adotar como critério de aferição da culpabilidade o psicológico (aliado ao biológico, trazido pelo artigo 27 do mesmo diploma), especificou que tais indivíduos, por não terem discernimento do caráter ilícito do fato ou não possuírem a capacidade de autodeterminação de acordo com tal entendimento, deverão ficar isentos de pena. (BRASIL, 1940).

⁵ A depender da periculosidade do agente, é aplicada a medida de segurança nos termos dos artigos 96 e 97 do Código Penal Brasileiro. (COSTA, 2014)

O psicopata, por sua vez, não é visto como inimputável ao se considerar o critério psicológico adotado pelo diploma repressivo, visto ter plena consciência do caráter ilícito do fato praticado por ele, além de ter total autodeterminação no que tange a tal entendimento, sendo visto como uma pessoa saudável, totalmente apta a ser responsabilizada por seus atos. (HARE, 2013).

Quando uma pessoa diagnosticada com esquizofrenia desrespeita as normas sociais, digamos, mata alguém que está passando na rua, em resposta a ordens “recebidas de um marciano em uma espaçonave”, concluímos que essa pessoa não é responsável “por motivo de insanidade”. Já quando alguém com diagnóstico de psicopata desrespeita essas mesmas normas, ele é considerado uma pessoa sã e mandado para a prisão. (HARE, 2013, p. 38).

Nesse aspecto, há unanimidade de que o psicopata não é um doente mental, tem conhecimento do que é ilícito e capacidade cognitiva para se guiar por meio dela (JESUS, 2011). Muitas vezes, mostra-se mais perigoso que um criminoso comum e, por causa disso, afasta-se de plano sua inimputabilidade. (COSTA, 2014). Como regra, o psicopata é considerado imputável, mas pode também ser considerado semi-imputável a depender do caso concreto.

Sanções Penais no Direito Penal Brasileiro

Existem duas formas de sanções penais previstas no ordenamento jurídico pátrio: as penas e as medidas de segurança (JESUS, 2011). Enquanto a pena tem como objetivo reinserir o delinquente à sociedade, reprovar e prevenir a prática de infrações penais, ou seja, ela é retributiva-preventiva, a medida de segurança tem natureza exclusivamente preventiva, objetivando frear a periculosidade do agente que cometeu o delito para evitar que o mesmo não cometa novas infrações penais. (JESUS, 2011).

As penas são aplicadas aos criminosos considerados imputáveis e semi-imputáveis e as medidas de segurança aos inimputáveis, podendo ser aplicada aos semi-imputáveis em caráter excepcional. As aplicações das sanções ficarão a critério do Magistrado a depender do caso concreto. (COSTA, 2014).

Nesse sentido, Nestor Távora (2017) assevera que:

A medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial não tem prazo determinado, perdurando enquanto não for verificada, por perícia médica, a cessação de periculosidade. No entanto, o prazo mínimo da medida de segurança encontra seus limites definidos no art. 97, § 1º, do Código Penal, variando de 1 (um) a 3 (três) anos. Como se depreende, o critério para a limitação máxima da medida de segurança é a cessação da periculosidade. (TÁVORA, 2017, p.1737).

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso XLVII, que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, como também proíbe as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis. (BRASIL, 1988).

O Código Penal estabelece também que as penas poderão ser aplicadas nas modalidades de reclusão, detenção ou multa e nos termos do artigo 75 do mesmo diploma as penas privativas de liberdade não poderão ultrapassar o limite máximo de 30 (trinta) anos, havendo sempre a possibilidade de progressão de regime nos termos da Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal. (COSTA, 2014). Corroborando tal entendimento, Távora (2017) entende que:

[...] a jurisprudência vem entendendo que a medida não deve exceder o limite do art. 75 do CP, razão pela qual nenhuma medida de segurança deve subsistir por prazo superior a trinta anos, independente da cessação da periculosidade do internado. Estabelecendo um patamar máximo a fim de evitar que a medida de segurança perdure *ad eternum*, o STJ assentou, em sua Súmula 527, que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. O parâmetro para se obstar a continuação da medida de segurança deforma ilimitada passou a ser, coerentemente, aquele máximo da pena abstrata cominada para o delito objeto da sua imposição. (TÁVORA, 2017, p. 1737 e 1738).

Nucci (2017) assevera que tanto os peritos quanto os juízes necessitam agir com muita cautela com esses indivíduos portadores de personalidades antissociais, uma vez que eles não atingem a normalidade e nem a anormalidade a que faz referência o art. 26 do Código Penal.

Dessa forma, as sanções penais são formas de punições em face daquele que cometeu algum delito, entretanto, é necessário adequá-las frente a figura do psicopata, tendo em vista ser um sujeito que possui características diferentes dos demais internos, o que leva a um questionamento necessário: qual a medida mais adequada a esses indivíduos? A medida de segurança ou a pena? As buscas por respostas a essas perguntas nortearam o objetivo do problema de pesquisa do presente artigo.

Reincidência Criminal

Como exposto alhures, psicopatas são desprovidos de qualquer sentimento pelo próximo e fazem tudo o que for possível para atingir seus objetivos, pois agem como se estivessem realizando “um serviço”, se enxergando como bem-sucedidos quando alcançam o que procuram. (TRINDADE, 2012).

Psicopatas não se sentem responsáveis por nenhum ato ilícito que porventura venham a cometer, porque consideram que o que fazem não é errado, além do que, não aprendem com as suas experiências, uma vez que não há nada neles que precise “de conserto”, de acordo com suas próprias convicções. (TRINDADE, 2012). Por mais que os psicopatas estejam buscando fortes emoções e sua rotina os estresse, há sempre uma repetição em seu comportamento antissocial, sendo por esse motivo que estão propensos à reincidência. (TRINDADE, 2012).

Estudos apontam que a taxa de reincidência de psicopatas é duas vezes maior que a observada entre os demais infratores; tratando-se de crimes com violência perpetrados pelos psicopatas, o índice é cerca de três vezes maior que os demais infratores. (HARE, 2013).

Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) assevera a importância de tratar o caso com peculiaridade

Distinguir os criminosos mais violentos e perigosos dos demais detentos pode trazer benefícios tanto para o sistema penitenciário interno quanto para a sociedade como um todo. Não podemos esquecer que os psicopatas são manipuladores inatos e que, em função disso, costumam utilizar os outros presidiários para a obtenção de vantagens pessoais. (SILVA, 2008, p. 128).

A psiquiatra completa dizendo que observando alguns programas televisivos, chegou à conclusão de que muitas rebeliões ocorridas em presídios, normalmente, são comandadas por psicopatas que fazem alguns prisioneiros, que são utilizados como moedas de troca nas negociações com as autoridades. (SILVA, 2008).

Hilda Morana (2003) em sua tese de doutorado em psiquiatria, afirma que pontuações altas na escala PCL-R têm sido diretamente relacionadas, de maneira sólida, com a reincidência criminal, principalmente com a reincidência em crimes violentos. Afirma, ainda, que os dados da literatura do PCL-R são de alta confiabilidade e validade para aferir o risco de reincidência.

Com base nisso, pode-se vislumbrar a importância da aplicação do PCL-R, visto que ele pode ser usado como instrumento de análise de probabilidade de reincidência criminal. Tal avaliação possibilita que indivíduos que tenham menor chance de reincidir não sejam afetados por psicopatas. (TRINDADE, 2012)

Tais dados levam à conclusão de que as medidas punitivas que normalmente são aplicadas em criminosos comuns têm surtido pouco efeito, ou até mesmo se revelado ineficazes na reincidência criminal de psicopatas, uma vez que estes não se intimidam com a severidade do castigo, nem tampouco aprendem com suas experiências, e quando cumprem suas penas, tendem a praticar novos crimes.

4. A EFICÁCIA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO EM FACE DO PSICOPATA

Conforme já explorado, a posição majoritária é de que o psicopata possui um transtorno de personalidade antissocial, capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e guiar-se de acordo com esse entendimento, portanto, considerado pelo direito penal como sujeito imputável e, dessa forma, suscetível de ter contra si imposta uma sanção penal como consequência de uma possível condenação. (CUNHA e PALHARES, 2012). Contudo, sabe-se também que a pena não se demonstra eficaz na ressocialização desse indivíduo, tendo em vista a falta de capacidade que esses sujeitos possuem de aprender com “seus erros”, o que conduz à conclusão de que o propósito de prevenção especial da reprimenda torna-se ineficiente. (COSTA, 2014)

O psicopata também é refratário a tratamentos psicoterápicos ou medicamentosos, sendo que a internação para o tratamento psiquiátrico ou o tratamento ambulatorial além de ineficazes, são medidas inadequadas, visto que, conforme já abordado, o psicopata é considerado imputável. (CUNHA e PALHARES, 2012).

Há quem especifique que a psicopatía é o único transtorno que não causa nenhum tipo de sofrimento para o indivíduo de que dele seja portador e, talvez, seja por esse motivo

que não exista tratamento eficaz, pois psicopatas só procuram tratamento por obrigação ou quando isso vai lhes trazer algum benefício. (STOUT, 2010). Em verdade, os tratamentos tradicionais tais como psicanálise e terapia em grupo, feitos em criminosos comuns, podem surtir efeito contrário ao desejado se realizados em psicopatas, uma vez que pode habilitá-los a conhecer melhores maneiras de manipular as pessoas, já que eles aprendem a dizer o que elas desejam ouvir. (DAYNES e FELLOWES, 2012).

Até agora se acredita que não existe evidência de que os tratamentos aplicados a psicopatas tenham mostrado eficiência real na redução da violência ou da criminalidade. De fato, alguns tipos de tratamentos que são efetivos para outros criminosos são até mesmo contraindicados para psicopatas.

(...) a psicopatia representa uma ameaça para o outro, para a família, para a sociedade, para a justiça e para a democracia, e, até o presente momento, a ciência não dispõe de um tratamento ótimo para controlar os psicopatas, prevalecendo a crença generalizada de que não há nada que se possa fazer para resolver definitivamente o problema.

(...) algumas abordagens podem agravar a condição que se pretende melhorar. Determinados programas podem fornecer ao psicopata um aprimoramento na sua técnica de manipular, iludir, enganar e aproveitar-se dos outros gerando mais malefício do que benefício. (TRINDADE, 2012, p. 176 e 177).

Além disso, cabe mencionar que alguns especialistas alertam que os psicopatas colaboram com a fragilidade do sistema, visto que eles desestruturam as próprias instituições de tratamento burlando normas de disciplina e instalam um ambiente negativo onde quer que se encontrem. (TRINDADE, 2012).

Dados coletados pela psiquiatra forense Hilda Morana (2004) em um estudo para saber se é possível prevenir a reincidência demonstram que

Para Hemphill e Cols (1998), a reincidência criminal dos psicopatas é aproximadamente três vezes maior que em outros criminosos. Para crimes violentos, a taxa dos psicopatas é quatro vezes maior que a dos não psicopatas. Morana (2003), em apenados brasileiros, encontrou reincidência criminal 4,52 vezes maior em psicopatas que em não psicopatas. Harris e Cols (1991) referem que reincidência de crimes violentos em uma amostra de 169 pacientes masculinos foi de 77% para psicopatas e 21% para não psicopatas; ou seja, mais de quatro vezes maior. Morana (2003) encontrou a taxa de 5,3 vezes mais versatilidade criminal em psicopatas quando comparada a outros criminosos. O Departamento Penitenciário Nacional (do Brasil) – DEPEN – (2003) estima a reincidência criminal no Brasil em 82%. A reincidência criminal na cidade de São Paulo é de 58%, ou seja, a cada dois presos que saem da cadeia, um retorna. (MORANA, 2004 p.144).

Outro estudo realizado por duas instituições, uma inglesa e outra americana, avaliaram a reincidência criminal em 35% da população. (MORANA, 2019). A escola inglesa aplicou um regime autoritário, rígido e hostil, fazendo com que as pessoas só pudessem comer se cumprissem as regras. A escola americana, ao contrário, criou um ambiente calmo e afetuoso

com “disciplina de amor”. Entretanto, o resultado foi o mesmo para ambas as instituições, sendo a taxa de reincidência a mesma para as duas. (MORANA, 2019).

Hilda Morana (2019) mostra que em países desenvolvidos a exemplo do Canadá, Austrália e parte dos Estados Unidos, os psicopatas têm um local específico para cumprirem suas penas, sendo eles prisões perpétuas, quando não são condenados à pena de morte. A justificativa para isso se dá pelo fato de que vão sempre reincidir à atividade criminosa, pois possuem um defeito funcional do cérebro que não tem tratamento.

No Brasil, a experiência que se tem com prisões específicas para psicopatas está localizada em São Paulo, com a Unidade Básica de Saúde, que foi um projeto da FEBEM⁶ bancado pela Secretaria de Saúde. (MORANA, 2019). O primeiro “habitante” dessa unidade foi o assassino de Liana Friedenbach, Roberto Aparecido Alves Cardoso, mais conhecido como ‘Champinha’. (MORANA, 2019)

Em novembro de 2003, Roberto Aparecido Alves Cardoso, conhecido como Champinha, de 16 anos, foi condenado pelo sequestro e pelo assassinato do casal de namorados Felipe Caffé (19 anos) e Liana Friedenbach, de 16. Os crimes ocorreram numa mata de Embu-Guaçu, na Grande São Paulo. Felipe recebeu um tiro na nuca e foi encontrado num córrego. A estudante Liana, durante quatro dias, foi abusada sexualmente por repetidas vezes e morta a facadas na cabeça, nas costas e no tórax.

Outros participantes dos assassinatos também foram condenados por vários anos de reclusão, em presídios comuns, uma vez que na época já eram adultos. No entanto, Champinha, considerado líder do grupo e o mentor dos crimes, foi internado por três anos na Febem Vila Maria (hoje denominada Fundação Casa). Apesar de ser menor de idade, Champinha foi considerado um criminoso extremamente perigoso e com altíssima possibilidade de reincidir no crime. Portanto, sem condições de convívio social.

Depois de muita polêmica, no final de 2007 a Justiça determinou que Champinha deverá ser mantido em instituições com supervisão psiquiátrica - sob vigilância constante e por tempo indeterminado -, e está proibido de realizar atos civis como casar ou abrir contas em bancos, por exemplo. Por falta de um lugar apropriado que atenda à determinação da justiça, Champinha permanece onde está desde maio de 2007: na Unidade Experimental de Saúde da Vila Maria, Zona Norte de São Paulo. Apesar de todas essas medidas, o destino de Champinha ainda é uma incógnita. (SILVA, 2008 p. 106 e 107).

No caso de Champinha há uma peculiaridade, pois se trata de uma manobra do judiciário para mantê-lo “preso”. (CARDOSO, 2016). O Ministério Público pediu que a medida socioeducativa fosse convertida para medida protetiva de tratamento psiquiátrico com contenção e, posteriormente, convertida em interdição civil cumulada com internação hospitalar compulsória. (CARDOSO, 2016). A Unidade Básica de Saúde, local em que ele se encontra internado, é destinado adolescentes e jovens adultos de alta periculosidade,

⁶ Em 2006, houve a mudança de Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) para Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação Casa). (FIDELES, 2012). Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/de-febem-a-fundacao-casa/>> Acesso em 30 mai 2019.

diagnosticados com transtorno de personalidade, cujos atos infracionais são considerados graves. (CARDOSO, 2016).

Nesse ínterim, frente às singularidades e a rejeição por tratamentos dispersados a quem possui transtorno de personalidade antissocial, a execução penal tem papel fundamental no que tange a diferenciação de pena dos demais sentenciados. (CUNHA e PALHARES, 2012).

Dessa forma, considerando todos os aspectos negativos que os psicopatas apresentam, principalmente quando se trata da reincidência, é importante identificá-los e avaliá-los de maneira adequada antes de conceder qualquer tipo de benefício no curso da execução, evitando-se, assim, a reinserção precoce desses indivíduos na sociedade que, por vezes, ocorre por decisões judiciais baseadas apenas em atestados de bons comportamentos dentro do sistema carcerário, situação comum em se tratando de indivíduos que possuem expertise na arte da enganação. (CUNHA e PALHARES, 2012).

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de penas ou para julgar se o preso está apto a cumprir sua pena em um regime semiaberto. Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. (SILVA 2008, p. 129).

Partindo desse pressuposto, a solução mais adequada para esse problema na identificação de psicopatas seria a efetiva utilização da escala PCL-R nos presídios com o objetivo de diagnosticar o grau de periculosidade dos psicopatas. (COSTA, 2014). Nesse sentido, Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) salienta

Nos países onde a escala Hare (PCL-R) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo. (SILVA 2008, p. 129)

Conforme o exposto, faz mister a utilização do *Psychopathy Checklist Revised* ou PCL-R no sistema prisional brasileiro, pois ele permite a identificação correta dos sentenciados que possuem o transtorno da psicopatia, a fim de separá-los dos demais sentenciados, criando-se uma equipe especializada para lidar com esses indivíduos, sendo observado o princípio da individualização da pena na fase da execução penal. (CUNHA e PALHARES, 2012).

No que tange à credibilidade da escala PCL-R para identificação do psicopata, Jorge Trindade (2012) ressalta:

No momento, parece haver consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar psicopatia e identificar fatores de risco de violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivismo, violência e intervenção terapêutica. (TRINDADE, 2012 p. 174).

A tentativa de aplicação dessa escala PCL-R, dentro das penitenciárias, na identificação de psicopatas no Brasil foi feita pela psiquiatra Hilda Morana, sua ideia virou um projeto de lei, mas que não obteve aprovação. (SILVA, 2008).

Psicopatas conseguem se amoldar com facilidade às regras impostas pelo estabelecimento prisional e, com isso, conseguem alcançar benefícios durante a execução penal, visto buscarem atender aos seus próprios interesses. Contudo, ao voltarem ao convívio social, certamente voltarão a cometer delitos. (CUNHA e PALHARES, 2012).

Em 2010, houve uma tentativa, com um único projeto de lei, nº 6858/2010, proposto pelo ex-secretário de segurança pública e ex-deputado federal Marcelo Itagiba. (COSTA, 2014) O projeto objetivava criar uma comissão técnica, independente da administração prisional, que ficaria responsável pela forma diferenciada da execução da pena do psicopata, inclusive realizando exames criminológicos dos condenados a penas privativas de liberdade. (COSTA, 2014). Sua justificação se pautava na importância de os psicopatas cumprirem suas penas separadamente dos outros detentos, além da obrigatoriedade de fazer o exame criminológico minucioso por um profissional habilitado como requisito obrigatório para aquisição dos benefícios no curso da execução penal. (COSTA, 2014).

O referido projeto foi proposto em fevereiro de 2010 e em novembro de 2017 foi arquivado pela mesa. (BRASIL, 2010). A atual situação denota haver um descuido do judiciário com essas questões frente a um assunto de tamanha importância, visto que o cometimento de crimes praticados por esses indivíduos está cada vez mais recorrente, e com a falta de particularização na concessão de benefícios, esses indivíduos são tratados como apenados comuns, voltando ao convívio social e cometendo novos crimes, fato que contribui para o quadro de reincidência. (COSTA, 2014).

Com base nessa esteira de raciocínios, psicopatas representam um enorme desafio dentro sistema penal brasileiro, e as medidas que podem auxiliar e até mesmo solucionar essas questões estão sendo ignoradas pelo judiciário, que parece fechar os olhos diante essa situação. Consequentemente, a segurança jurídica é diretamente afetada, o que demonstra a grande relevância e urgência na regulamentação da escala Hare no Brasil.

CONCLUSÃO

A psicopatia sempre representou um desafio tanto para ciência médica quanto para o direito, e traçar um perfil dessas pessoas constitui uma relevante missão, a fim de que se possa classificá-los como imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis.

Este artigo científico percorreu uma trajetória que se iniciou com a definição de psicopatia. A ciência médica concluiu que não se trata de uma doença mental, mas de um transtorno de personalidade antissocial. Pessoas que padecem desse transtorno não sentem qualquer empatia pelo próximo e nenhum remorso daquilo que fazem, visto que dentro de suas mentes perversas não há nada de errado que precise ser “consertado” (SILVA, 2008).

A partir do momento em que o perfil de um indivíduo psicopata transgressor é definido, a Psiquiatria Forense, juntamente com o direito, possui o complexo objetivo de avaliar qual a medida mais adequada a ser aplicada para evitar uma possível reiteração delitiva, pois não há justiça bem aplicada se não houver um diagnóstico adequado. (COSTA, 2014).

O direito penal, atuando como prevenção e repressão de condutas delituosas por parte de qualquer indivíduo que viole um bem tutelado pelo ordenamento jurídico, vem entendendo que o psicopata é um ser imputável, capaz de discernir sobre o caráter ilícito do ato que pratica e tendo total possibilidade de autodeterminar-se nessa prática, o que denota que a sanção penal se revela mais adequada, devendo o psicopata ser punido como um criminoso comum. (COSTA, 2014).

Esta pesquisa demonstrou que o grau de reincidência desses sujeitos é altíssimo, não importando as tentativas para melhorar essa condição, pois elas serão sempre frustradas, por se tratar a psicopatia de uma deficiência funcional do cérebro que não tem cura e nem tratamento. (MORANA, 2019).

Os estudos espalhados pelo mundo demonstraram que as medidas adotadas para prevenir a reincidência se revelaram sem sucesso e completamente ineficazes. No Brasil, a única experiência eficaz que se teve foi com o caso do 'Champinha', entretanto, não foi o direito penal que solucionou essa questão, tendo sido necessária uma manobra do poder judiciário para mantê-lo confinado. Atualmente, ele se encontra internado civilmente em condições que não se parecem em nada com uma punição, num conforto que muitos cidadãos, que nunca cometeram crimes, não possuem. (CARDOSO, 2016).

Dessa forma, partindo da análise desse caso em específico, a sensação que se tem é que vale a pena ser portador de psicopatia, já que serão impostas circunstâncias favoráveis ao sujeito que comete algum delito, o que denota uma sensação de recompensa e não de castigo, sendo desvirtuada a finalidade punitiva da pena.

Fora o caso 'Champinha', que releva uma excepcionalidade, não existe tratamento diferenciado para os psicopatas transgressores no Ordenamento Jurídico Brasileiro, assim, eles ficam confinados juntamente com presos comuns em presídios estaduais ou federais (a depender da infração cometida), o que representa um enorme risco, porque são pessoas que têm alta capacidade de manipulação, o que certamente reflete negativamente no convívio com os demais detentos.

Em países desenvolvidos essa questão é solucionada com a aplicação da PCL-R, *Psychopathy Checklist Revised*, dentro das penitenciárias, versão que foi validada e traduzida pela psiquiatra forense Hilda Morana. Entretanto, para que essa aplicação seja eficiente no Brasil, é necessário que haja sua regulamentação com lei específica, juntamente com uma política criminal especializada na criação de repartições específicas para psicopatas que contenham um conjunto de especialistas no transtorno de personalidade antissocial, a fim de fazer o devido acompanhamento desses indivíduos antes do deferimento de qualquer benefício no curso da execução penal.

A tentativa de regulamentação proposta por Hilda Morana foi rejeitada e atualmente está arquivada, o que demonstra a despreocupação que o judiciário tem nessa discussão. É necessário haver um olhar mais atento para essa situação que se releva como um alerta, para que haja prevenção de crimes e adaptação das leis conforme as mudanças que ocorrem na sociedade, a fim de que se faça jus aos princípios da isonomia e individualização da pena, trazidos como cláusulas pétreas pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil 1889-1930**. São Paulo, 305 p. Tese (Doutorado). Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1996. Disponível em <https://www.academia.edu/11637979/Bachar%C3%A9is_Criminologistas_e_Juristas_saber_jur%C3%ADdico_e_nova_escola_penal_no_Brasil_1889-1930_>. Acesso em: 5 Mai 2019.

BALLONE, Geraldo José. **Perícia Psiquiátrica Forense**. PsiqWeb, 2005. Disponível em <www.psiqweb.med.br>. Acesso em 21 Mai 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 abr. 2019

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6858/2010**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>>. Acesso em 11 mai 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOSO, Gabriela Giovana Silva. **O Caso “Champinha à Luz do Direito Penal do Inimigo**. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) Marília, 2016. Disponível em <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1510/Monografia%20Gabriela%20Giovana%20Cardoso%202016%20-%20caso%20Champinha%20-%20final-CD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 mai 2019.

COELHO, Gabriel Alves. A figura do psicopata no direito penal brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18907&revista_caderno=3>. Acesso em 5 Mar 2019.

COSTA, Anderson Pinheiro da. **A ineficácia do direito penal brasileiro em face do psicopata delinquente**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 set. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=55692_Anderson_Costa&ver=1952>. Acesso em 4 mar. 2019.

DAYNES, Kerry e FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina.** 1 ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

FIDELES, Nina. **De Febem a Fundação Casa.** Revista Fórum. Porto Alegre, n 109, Jun. 2012. Disponível em <https://www.revistaforum.com.br/de-febem-a-fundacao-casa/> Acesso em 30 mai 2019.

FILHO, Nestor Sampaio Penteadó. **Manual Esquemático de Criminologia.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES Bruna Larissa Marques. **Psicopatas homicidas e sua punibilidade no Sistema Penal Brasileiro.** Revista Jurídica, Ano XV, n. 24, 2015, v1. Anápolis, 2015. Disponível em <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1259/1165>. Acesso em 26 abr 2019.

GURGEL, Rafael Gomes Silva. **Medicina legal: a precariedade da Psiquiatria Forense no âmbito penal. Barbacena, 2012.** Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-fe3be754dc83ec95db35385b33511a1a.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.** 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HARE Robert D. **Psychopathy: Theory and Research.** 1 ed. – New York: Wiley, 1970. p. 110.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós.** 1. ed. São Paulo: Artmed, 2013.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral.** 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

MECLER, Katia. **Psicopatas do cotidiano: como reconhecer, como conviver, como se proteger.** Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2015.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial.** 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709/publico/HildaMorana.pdf>. Acesso em 2 Abr. 2019.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Escala Hare PCL-R adaptada para o Brasil.** 1 ed. Ano 2004. Disponível em www.casadopsicologo.com.br Acesso em 27 Abr. 2019.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Reincidência criminal: é possível prevenir?** Revista MEDICINA CFM, ano XX, n.154, mar-abr/2005, p.18-19. São Paulo-SP. 2004. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/42838541_Reincidencia_criminal_e_possivel_prevenir> Acesso em 07 mai 2019.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Psicopatia por um especialista.** Psychiatry on line Brasil. Brasil, 13 abr 2019. Disponível em <<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>> Acesso em 09 mai 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Organização Mundial de Saúde. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas.** Porto Alegre: Artmed, 1993.

PALHARES, Diego Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. **O Psicopata e o Direito Penal Brasileiro Qual A Sanção Penal Adequada?** Revista Científica Volume 3, n. 2. 2012. Disponível em <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/praxis/article/view/255>> Acesso em: 26 abr 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** 13. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

RAMOS, Maria Regina Rocha. **Estudo da concordância entre laudos psiquiátricos conclusivos de capacidade parcial de imputação e sentenças judiciais.** São Paulo, USP, 2002. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-10032004-170641/publico/tde.pdf> Acesso em 15 abr 2019.

ROCHA, Francisco Franco da. **Esboço de Psiquiatria Forense.** Rev. latinoam. psicopatol. fundam., São Paulo, v. 11, n. 1, p. 151-165, Mar. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142008000100015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Abr. 2019.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora Ao Lado,** Rio de Janeiro: Fontanar, 2008.

STOUT, Martha. **Meu Vizinho é um Psicopata.** São Paulo: Sextante, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO UNILATERAL COM A RETIRADA DO VÍNCULO BIOLÓGICO DE PARENTESCO

Priscila Oliveira Silva Maciel (Orientadora: Prof^a. Paloma Neves do Nascimento)

RESUMO: O presente estudo visa analisar os artigo 41, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a possibilidade do cônjuge ou companheiro adotar enteado (a), qual seja a adoção unilateral, que têm sido alvo de discussões jurídicas acerca das consequências na vida do menor e os vínculos consanguíneos que irão se desfazer com a sentença a ser prolatada. A metodologia empregada neste trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica, por meio da leitura e estudo de livros, artigos jurídicos, reportagens de TV, legislação e jurisprudência, tendo sido a pesquisa de natureza qualitativa, por meio dedutivo. Entre as teses desfavoráveis à adoção unilateral em comento estão: a destituição do poder familiar, que no caso de morte passa a ser somente de um dos pais biológicos, os vínculos de parentesco pelo qual a criança é ligada - quais sejam avós, tios e outros -, e a oitiva da criança que só tem previsão legal de ser ouvida quando maior de 12 anos. Entre as teses favoráveis destacam-se o melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente, que não de ser priorizados, quando da ocorrência do pedido de adoção pelo padrasto ou madrasta. Após a abordagem dos diversos posicionamentos jurídicos, é possível encontrar uma resposta coerente e eficaz, que se coadune com o ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Direito de Família. Adoção Unilateral. ECA Art. 41. Consequências. Parentesco.

ABSTRACT: The present study is based on article 41, paragraph 1, the Statute of the Child and Adolescent which is a possibility of spouse or a game of admission (a), whatever the unilateral action, which underwent alliances of discussion about life of the minor and the consanguineous bonds that are going to be undone with a sentence to be pronounced. The publication used in this work was based on bibliographic research, through the reading and study of books, legal articles, TV reports, legislation and jurisprudence, having been a qualitative research, through the deductive medium. Among those unfavorable to unilateral adoption in the discussion are: the removal of family power, which is not the case of death, which may be one of the biological countries, the ties of kinship by which the child is attached - which are grandparents, uncles and others - and the hearing of the child who has legal foresight to be heard when over 12 years. Among the best practices, the interest and protection of the child and the adolescent, which have been prioritized, stand out when the step- parent's application for membership occurs. After obtaining the data, the executives must be able to be coherent and effective, which is in line with the country order.

Keywords: Family right. Unilateral adoption. ECA Art. 41. Consequences. Kinship.

INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará sobre as consequências da adoção unilateral, nos termos do §1º, do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dessa maneira será abordada à destituição do poder familiar e seus efeitos, e nessa conjuntura como serão resguardados os direitos dos ascendentes em relação ao convívio com o menor envolvido, visto que sem o amparo jurídico ante ao novo parentesco que se formou não há tutela legal de sustentação.

Sucessivamente, diante das consequências da adoção unilateral, o objeto da pesquisa se fundamentará, prezando pelos direitos e garantias constitucionais do adotado, qual seja o filho do companheiro ou cônjuge. Sabendo-se que ao pleitear um pedido de adoção unilateral, deve se ter em mente a irrevogabilidade de tal ato, ou seja, não será conferido a qualquer das partes o direito de arrependimento, fazendo com que o adotando seja considerado, para todos os fins, filho legítimo do adotante, sem distinções.

A metodologia empregada neste trabalho baseou-se na pesquisa bibliográfica, por meio da leitura e estudo de livros, artigos jurídicos, reportagens de TV, legislação e jurisprudência, tendo sido de natureza qualitativa por meio dedutivo para assim, compreender a ocorrência e fornecer informações sobre o problema, desenvolvendo ideias e hipóteses para pesquisa do título ora exposto na presente pesquisa.

O objetivo da presente monografia é demonstrar a fragilidade da legislação em relação à complexidade da adoção unilateral, e a necessidade de normas que, sob a tutela da proteção integral da infância e da juventude, salvaguardem os efeitos futuros das relações que envolvem os menores impúberes.

Deste modo, o primeiro capítulo definirá o Direito de Família, começando pela sua origem e contexto histórico e permeando os princípios explícitos na Constituição Federal 1988, bem como irá dispor as classificações doutrinárias acerca do aludido instituto. Traçará ainda, uma linha do tempo, na qual a família passou por severas mudanças, e diante disso elencará os principais dispositivos legais que versam sobre as garantias estabelecidas no ordenamento pátrio.

Em seus tópicos, abordará conceito, origem, princípios básicos e modalidades de família, visto que para adentrar ao assunto macro, qual seja a adoção, é necessário entendimento do Direito de Família. Na oportunidade, tratará acerca da família natural e da ampliada, especialidades cruciais para explicar como a adoção unilateral influencia todo o âmbito familiar no círculo da infância e da juventude.

O segundo capítulo deste estudo abordará os aspectos gerais da adoção sob a ótica da Constituição de 1988, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para tanto, trará a conceituação de adoção e suas espécies, requisitos e efeitos, apresentando como base o princípio do melhor interesse da infância e da juventude.

Após as noções gerais de adoção, passará a expor definição e direitos fundamentais assim como suas principais características e classificações, oportunidade em que será realizado o seu enquadramento no direito de família. Elencará o poder familiar e seus segmentos na adoção, no que tange aos dispositivos legais das principais normas infraconstitucionais editadas sob a égide constitucional.

As consequências da adoção unilateral é tema do último tópico do capítulo em comento. Na oportunidade, o referido instituto é enquadrado como espécie do gênero adoção e serão apresentadas a sua definição, classificação e efeitos.

Desta maneira o terceiro capítulo delimitará o objeto principal do presente estudo. Para tanto, abordará, em linhas gerais, a adoção unilateral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que consiste na espécie de adoção, geralmente pelo padrasto ou madrasta, do filho do novo cônjuge ou companheiro. Assim, havendo o rompimento do vínculo de filiação com um dos pais biológicos, cria-se um novo com o cônjuge ou companheiro. Nesse interim, far-se-á compreender como os laços consanguíneos do adotado ficarão após a aplicação de tal medida.

Nesse sentido, os princípios básicos de proteção integral a infância e a juventude junto ao melhor interesse da criança e do adolescente, deverão ser verificados sempre que uma decisão judicial de adoção unilateral for operada, isto porque biologicamente explanando, não pode existir o desfazimento dos laços consanguíneos, e se é uma consequência jurídica do presente objeto de estudo é também uma questão frágil demais para não ser positivada em uma norma que complementa a legislação vigente que trata do assunto.

1. FAMÍLIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Para o desenvolvimento adequado do trabalho é pertinente explorar o Direito de Família, pois deste decorre o instituto da adoção, e que ainda nesse capítulo será analisada a parte histórica e a evolução do instituto.

Desta forma, tratar-se-á neste capítulo do Direito de Família, seu histórico, a inserção no ordenamento brasileiro, a diversidade das famílias, e mais adiante sobre o contexto histórico da adoção, sua evolução e sua integração ao Direito Civil.

1.1 FAMÍLIA – ORIGEM E CONCEITO

A Constituição Federal, em seu texto promulgado em 05 de outubro de 1988, artigo 226, *caput*, afirma que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”¹.

Para entender como a família brasileira ganhou essa proteção é preciso esclarecer o contexto histórico do Direito de Família.

A priori, vê-se acentuada influência do direito romano, o qual tinha como princípio basilar o autoritarismo, e, por conseguinte o pater famílias o qual exercia seu poder sobre todos os descendentes, gerando então mulheres subordinadas aos seus respectivos maridos. Com o passar dos tempos esse autoritarismo foi perdendo força, tanto para com os descendentes, quanto para as esposas que aos poucos ganhavam sua autonomia².

O Código Civil, em seu texto promulgado em 10 de janeiro de 2002, não define família em si, pelo contrário, tal legislação apenas aponta quem são seus componentes e, as consequências jurídicas que dela derivam, sejam elas patrimoniais ou pessoais³.

1 BRASIL. **Constituição de 1988**, de em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.31.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.2.

Vale dizer que o antigo Código Civil de 1916, primava pelo casamento e somente as relações advindas do mesmo eram aceitas para fins jurídicos, desta forma o que não derivasse do matrimônio não estaria protegido juridicamente, seja filhos ou até mesmo o patrimônio ⁴.

Diferentemente, o Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações no que tange o instituto da família, mesmo sem uma definição expressa, transferiu igualdade a ambos os companheiros modificando o poder familiar, no entanto, olvidou que com a rápida evolução o instituto da família se ampliaria, abarcando um conjunto bem mais complexo e personalíssimo, não mais patrimonial ⁵.

De outro modo, por muito tempo as normas jurídicas visavam à proteção da família se restringindo apenas aos laços consanguíneos e ao casamento civil, assim, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988 inovaram, também ao acompanhar as mudanças do instituto familiar que passou a proteger a pessoa humana ⁶.

Paulatinamente, o Código Civil também reconheceu não apenas a entidade matrimonializada - do casamento - mas, a forma da família se estruturar sobre o antigo *pátrio poder*. Assim:

A noção atual de família nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da ideia de poder, principalmente de cunho econômico, colocando em supremacia a vontade de seus membros, igualando os direitos familiares ⁷.

Destarte, o conceito de família evoluiu seguindo ditames da Constituição Federal de 1988, agregando a afinidade da adoção ao vínculo familiar, que antes se restringia apenas a laços consanguíneos. A família então passa a ser núcleo fundamental do Estado e a primeira noção de sociedade que a criança adquire, é primordial que a legislação tenha um olhar diferenciado, devido sua maior proteção.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 agrega em seu conteúdo princípios, expressos e implícitos, alguns, dizem respeito ao direito de família, uma vez que a família atual vive um processo de emancipação de seu conceito e formato original, primando sempre pelo bem estar dos membros que se agregam no presente instituto ⁸.

A consagração dos princípios dado pela constituição é a força que o direito de família necessitava no âmbito de suas relações jurídicas, as quais antes não tinham amparo normativo, mas tão somente doutrinário.

1.2.1 Da dignidade da pessoa humana

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 dispõe que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

4 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.40.

5 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.50.

6 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p. 82.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.3.

8 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.96.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”⁹.

Segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, base do ordenamento jurídico, é também importante alicerce para o Direito de Família, pois ao tratar das relações interpessoais, sejam elas consanguíneas ou afetivas, prioriza a proteção da pessoa humana em seu lugar na sociedade¹⁰.

Para Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade da pessoa humana:

É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos¹¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana têm se expandido cada vez mais no ordenamento jurídico, a fim de dirimir diversos conflitos familiares, pois muitas vezes direitos inerentes à criança – por exemplo - divergem em ações como divórcio, execução de alimentos ou guarda, e nesse momento a dignidade da criança como menor impúbere deve prevalecer¹².

Conforme o exposto, Rolf Madaleno aduz que:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional¹³.

Num contexto mais amplo, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser analisado quanto às famílias que surgiram com o passar dos anos, deste modo o a família em sua diversidade foi beneficiada devido ao princípio ora tratado, quando da sua aceitação pelo ornamento pátrio.

1.2.2 Da liberdade de constituir a comunhão de vida familiar

A liberdade de constituir a comunhão de vida familiar, diz respeito à decisão da família e seu planejamento, intervindo o Estado apenas para proporcionar direitos sociais no que concerne a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa dos filhos¹⁴.

9 BRASIL. **Constituição de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

10 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.p.1184.

11 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.73.

12 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.883.

13 MADALENO, MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.97.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.25.

Essa autonomia no instituto da família diz respeito também ao direito personalíssimo de cada integrante, desta maneira “De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei”¹⁵.

Desta forma as escolhas de cada membro da família não mais dependerão de uma ordem, tampouco sofrerá intervenção do estado, mas todos terão direito da livre escolha - por exemplo - escolha do nome dos filhos.

1.2.3 Da Solidariedade Familiar

Em síntese o princípio da solidariedade familiar:

Resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade¹⁶.

Consoante com o princípio da solidariedade, é necessária a harmonia nas relações, assim, no matrimônio não é diferente, toda relação seja ela familiar ou afetiva deve ser baseada em uma comunhão plena entre seus componentes para que possam desenvolver um ambiente de convivência “saudável” e mesmo que em uma situação de divórcio as más relações não prejudiquem os mais frágeis, quais sejam as crianças¹⁷.

Igualmente, a solidariedade está ligada ao fenômeno da reciprocidade, bem como os valores que constituem uma sociedade, a obrigação alimentar - por exemplo - dos cônjuges uns com os outros e dos pais com os filhos, é a melhor demonstração de como é imprescindível a solidariedade nas relações interpessoais.

1.2.4 Da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros

A igualdade entre os cônjuges e companheiros é à base da proteção jurídica da família, antes o Código Civil dispunha apenas o poder do pai sobre a família, com a Constituição de 1988, artigo 226, §5º, passa a tratar da igualdade entre homem e mulher, assinalando que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”¹⁸.

Essa igualdade dos cônjuges, não tem relação apenas entre as pessoas dentro do matrimônio, visto que a igualdade é das pessoas, e não há necessidade de ser civilmente casado para ter um tratamento igual nas relações afetivas, desse modo:

[...] é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges,

15 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.139.

16 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.65.

17 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.140.

18 BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, em 05 de outubro de 1988. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar e outras diretas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelo contrafluxo de evidências que, lamentavelmente, ainda apontam e sinalizam para a existência de uma distância abismal da desejada paridade e o Código Civil brasileiro ainda é um celeiro destas inaceitáveis diferenças quando se tratava de comparar o casamento com a união estável e que somente sofreu equiparação na concorrência sucessória com a intervenção do STF nos julgamentos dos REs 878.694 e 646.721¹⁹.

As inovações mencionadas à cima estão diretamente refletidas no Código Civil de 2002, o qual faz a divisão de direitos entre o casal na relação familiar, assim a mulher não está mais sujeita ao marido, como era na antiguidade, demonstrando assim a atual forma de estrutura familiar, qual seja a de igualdade entre os companheiros.

1.2.5 Da Igualdade entre os Filhos

Para o princípio da igualdade entre os filhos a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 227, §6º, que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²⁰.

Tendo em vista o artigo supracitado verifica-se a necessidade que havia da igualdade no tratamento dos filhos, dentro ou fora do matrimônio, isso porque nos dias atuais é imprescindível tal princípio, pois com as novas estruturas de família há que levar em conta o número de filhos havidos fora do casamento, e esses também têm direitos, seja no contexto afetivo, seja na obrigação alimentar²¹.

O princípio da igualdade também abrange questões de gênero dentro do instituto familiar, bem como na seara penal há crescente situação de violência doméstica dentro do lar e o Estado para intervir, comumente precisa criar meios para coibir e proteger os mesmos, diante de exemplos corriqueiros é que o princípio encontra abrigo para a proteção dos filhos.

1.2.6 Da Proteção integral às Crianças e Adolescentes

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com texto de 03 de julho de 1990, em seu art. 3º, *caput*, afirma que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²².

19 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.98.

20 BRASIL. **Constituição de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 32 marc. 2019.

21 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.98.

22 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

É baseado no princípio da proteção integral às crianças e adolescentes que as decisões em casos de separação, por exemplo, prima por dar a guarda a quem atende requisitos básicos para os interesses dos menores; de outra forma, quando da adoção o judiciário esgotará os meios para que a criança ou adolescente permaneça no seu lar biológico, e só em caso de extrema necessidade ocorrerá à mudança para uma família substitutiva.

1.2.7 Da Boa-Fé

Cabe aferir dois tipos de boa-fé:

O princípio da boa-fé dispõe de duas vertentes, ainda que distintas, não se excluem. Tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva encontram fundamento no dever de confiança. Enquanto a boa-fé subjetiva trata da confiança própria, a boa-fé objetiva diz com a confiança no outro. Por isso seu conceito é ligado à noção de lealdade e respeito à expectativa alheia ²³.

De igual forma, a boa-fé na relação familiar diz respeito ao modo como os cônjuges e companheiros se respeitarão ao longo da união, pois não só na conjuntura lealdade e fidelidade da monogamia, mas também em como irão dispor das decisões quanto aos filhos, um exemplo, é não poder adotar (na adoção conjunta) sem o consentimento do outro ²⁴.

Para melhor análise do princípio da boa-fé, cabe mencionar o respeito e à confiança que os cônjuges estabelecerão no momento da escolha do regime de comunhão, visto que no momento da separação quando feita a partilha tal princípio irá resguardar ambos os companheiros protegendo assim, todos os bens que serão repartidos.

1.2.8 Da Diversidade Familiar

A pluralidade de famílias mostra-se cada vez mais notória, saindo do triângulo “pai mãe filhos”, passando a abranger uma diversidade de pessoas, assim:

[...] Sempre que se estiver diante de um núcleo formado pela comunhão de pessoas em razão de um vínculo de afeto. Estar-se-á diante de uma família. Logo, deverão ser aplicadas as normas referentes ao Direito de Família, e eventuais ações judiciais deverão correr nas varas de família. Não há mais espaço para tratamentos discriminatórios, como infelizmente ainda se vê. Questões atinentes a uma família, seja de que modelo for, não podem mais ser tratadas como matéria de Direito das Obrigações, e correr nas Varas Cíveis comuns. Trata-se de um imperativo constitucional²⁵.

Da mesma forma, a Constituição de 1988 trouxe modelos diversos de família, antagônico ao que ocorria na antiguidade, que se resumia apenas ao sagrado matrimônio, deste modo

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.100.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Os princípios da lealdade e da confiança na família**. Disponível em: <<https://www.portaldori.com.br/2016/09/28/stj-direito-civil-e-da-criancae-do-adolescente-hipotese-de-impossibilidade-de-acao-de-adoacao-conjunta-transmutar-se-em-acao-de-adoacao-unilateral-post/>> Acesso em: 31 de março de 2019.

²⁵ QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.920.

trouxe institutos como união estável e família monoparental, ratificando as diversas espécies de famílias que surgiram com as mudanças do século ²⁶.

Desse modo, o princípio da diversidade familiar inspira a Constituição Federal a trazer pluralismo nas relações familiares, para melhor compreensão deste princípio o próximo tópico tratará das espécies de família.

1.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Família engloba um conjunto complexo de fatores sociais, saindo do antigo patriarcado e indo até uma vasta dimensão de afetividade e valores, outrora não observados, a afetividade toma forma e o instituto da família compreende grande variedade de formações sem a necessidade dos vínculos matrimoniais ou consanguíneos²⁷.

1.3.1 Natural

A família natural é aquela pela qual o núcleo se constitui de pais e filhos, é a que tradicionalmente é conhecida desde a antiguidade, se restringindo assim ao grau de parentesco dos componentes que a integra, a constituição de 1988 tutela o direito desta família em muitos artigos, como exemplo, os artigos 183 e 191 da Constituição Federal, os quais tratam da usucapião especial que tem por finalidade a moradia e produção familiar ²⁸.

O estado de família como posição que a pessoa ocupa não só na entidade, mas também como o Direito Civil trata o menor incapaz, solteiro, casado, dentre outros, portanto se torna um atributo personalíssimo e assim a família natural se consagra pela forma com que os efeitos dela decorrem ²⁹.

Portanto a família natural é aquela que o indivíduo nasce, e está relacionado biologicamente, nessa relação estão normalmente pai mãe e filho, assim desses laços derivam-se direitos e deveres, os quais cabem a cada integrante a depender se é descendente ou ascendente.

1.3.2 Extensa Ou Ampliada

O Estatuto da Criança e do Adolescente entende por família ampliada ou extensa, o que está descrito no artigo 25, parágrafo único “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” ³⁰.

As famílias extensas ou ampliadas podem ser interpretadas como aquelas que se inovaram e receberam componentes a mais, a exemplo, o padrasto e madrasta, que ao constituírem a nova família algumas vezes trazem consigo filhos e assim nasce uma nova família, agora ligados não apenas pelos laços consanguíneos, mas também pelos vínculos afetivos ³¹.

26 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.144.

27 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.232.

28 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.46.

29 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.20.

30 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

31 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.p.63.

A família extensa sai totalmente do contexto usual e tradicional permeado apenas da seara biológica, e vai de encontro com a moderna estrutura familiar em que os pais ao se divorciarem, encontraram outros companheiros.

1.3.3 Substitutiva

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 28, parágrafo 5º, regulamenta a família substituta e a condução de crianças e adolescentes as a esses lares, assim:

A criança lá permanece até se esgotarem as possibilidades de ser reinserida na família natural ou ser aceita pela família extensa. Só depois de frustradas essas iniciativas é que tem início o exasperante processo de destituição do poder familiar até a inclusão no cadastro à adoção. Um longo caminho a percorrer até serem adotados. Só então terão direito a um nome, a ter a certeza de ter um lar, um pai e uma mãe ³².

A família substitutiva é a tentativa do Estado de proteger aquelas crianças ou adolescentes desprovidos de um lar, e que de alguma forma não tiveram a oportunidade de tê-lo, mas que se dada oportunidade podem se amoldar em um ambiente com características paternas e maternas.

1.3.4 Matrimonial

O matrimônio é a união entre homem e mulher, e estes juntos tem o objetivo de formalizar um negócio jurídico, onde ambos terão direitos e deveres, durante e após essa união, é também o centro do direito de família, onde não há como falar de filiação sem uma relação preexistente, não existe a possibilidade da partilha de bens sem antes não ter acontecido ³³.

Ainda sobre a instituição do matrimônio:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país ³⁴.

Desta maneira, a família matrimonial é aquela tradicionalmente conhecida pela cerimônia celebrada na igreja e dotada de todo formalismo jurídico requisitado nos cartórios, se tornando a mais comum desde os tempos antigos.

1.3.5 União Estável

Neste instituto o grande avanço ocorreu quando a constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, do mesmo modo o Código Civil tratou dessa relação tanto para fins de direitos sucessórios como os de filiação; no que tange a partilha de bens, caberá

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 247.

³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.28.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro vol. 5 Direito de Família**. 24. ed. Reformulada São Paulo: Saraiva, 2009.p.37.

o regime estabelecido na legislação da comunhão parcial de bens, mas o que distancia a união estável do casamento é o formalismo ora suscitado no ordenamento jurídico ³⁵.

A constituição trouxe a união estável em seu bojo, não conceituando, mas conferindo a tutela jurisdicional que antes não tinha, por ser considerada apenas como relação de concubinato, diferentemente o Código Civil elenca requisitos para que haja consolidação desta relação quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com a finalidade de ambas as pessoas constituírem uma família ³⁶.

Conforme o exposto a união estável seria uma maneira menos burocrática de formalizar uma união, e atrelar a esta relação direitos e deveres legais, protegendo ambos os companheiros e oferecendo status de união formalizada pelo Estado.

1.3.6 Monoparental

A família monoparental é aquela que comumente se constroem por mulheres solteiras com filhos e sem vínculo matrimonial, foi essencial para este tipo de família tomar forma, nesse sentido:

A família monoparental não é dotada de estatuto jurídico próprio, com direitos e deveres específicos, diferentemente do casamento e da união estável. As regras de direito de família que lhe são aplicáveis, enquanto composição singular de um dos pais e seus filhos, são atinentes às relações de parentesco, principalmente da filiação e do exercício do poder familiar, que neste ponto são comuns as demais entidades familiares. Incidem-lhe sem distinção ou discriminação as mesmas normas de direito de família nas relações recíprocas entre pais e filhos, aplicáveis ao casamento e à união estável considerada o fato de integra-la apenas um dos pais ³⁷.

De tal espécie de entidade familiar cumpre ressaltar que para ser estabelecida antes houve um divórcio, uma dissolução de união estável, uma adoção por pessoa solteira ou até mesmo a escolha de fertilização *in vitro*, daí pode se retirar aspectos jurídicos relevantes, como por exemplo, o estabelecimento de guarda e o dever de pagar alimentos ³⁸.

No que tange a esta modalidade familiar, é importante salientar que mesmo diante da incidência de mulheres solteiras com filhos, há também homens solteiros que criam seus filhos, por razões diversas, bem como avô ou avó que cria o neto, é importante se notar que a família monoparental tem um núcleo mais restrito.

1.3.7 Homoafetiva

Mesmo em meio as grandes transformações do século XXI, na sociedade moderna ainda é mitigado a questão das relações homoafetivas, os avanços não conseguiram levar a legislações de fato que tratem da união de pessoas do mesmo sexo, no entanto as lutas dessas pessoas por direitos iguais levou o STF a reconhecer:

35 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.609.

36 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.44.

37 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.89.

38 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.p.49.

O Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADIn 4.277 e da ADPF 132, julgadas no dia 05 de maio de 2011, reconheceu a união estável para casais homoafetivos, como entidade familiar, com destaque para o voto do Ministro Ayres Britto, para quem “o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor, e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica “ observou o Ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV, do artigo 3º da Constituição Federal ³⁹.

Cumprе salientar, que diante do reconhecimento feito pelo STF, os efeitos da união homoafetiva serão iguais juridicamente uma vez que o supremo assegurou os mesmos direitos e deveres, colacionados no livro de direito de família descrito no Código Civil de 2002, que os casais heterossexuais, portanto, tudo o que tange a direito sucessório, guarda, alimentos e outros se aplicarão congênerе ⁴⁰.

As famílias homoafetivas tem tomado força e ganhado espaço, em suas lutas por direitos iguais, tem refletido êxito, a exemplo cumprе destacar a adoção, que tem grande importância quando se tem um quadro de poucas adoções e tamanha burocratização, se torna diferencial, pois normalmente essas famílias querem celeridade nesses processos não exigindo exacerbados requisitos.

1.3.8 Paralela

O Código Civil consagra ao matrimônio status monogâmico, assim não há que se falar em vínculos cívicos que perpassem casar com mais de uma pessoa, a não ser que o vínculo conjugal seja eliminado, e na atualidade as situações de bigamia tem se tornado assunto para o judiciário, desta forma:

A relação adúlterina configura, sem sombra de dúvida, um fato social, capaz até de gerar resultados jurídicos no plano do Direito das Obrigações, mas não tem alcançado no âmbito dos Tribunais Superiores a categoria de fato jurídico do Direito de Família, no modelo puro de uma entidade familiar, pois, como decidiu a Ministra Nancy Andrighi no REsp. n. 1.157.273 da Terceira Turma do STJ, julgado em 18 de maio de 2010, “uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade” ⁴¹.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.137.

⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.71.

⁴¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.61.

As famílias paralelas sempre existiram, e sempre vão existir nas mais diversas comunidades, é preciso, porém, que o Estado estabeleça formas de proteger a dignidade de cada pessoa envolvida nessa relação, pois mesmo que de modo diverso é familiar, um exemplo, seria proteção da convivente e seus filhos, quando da situação de os dependentes financeiramente do homem que venha a falecer, se insira no direito sucessório, mesmo não sendo de vínculo legalmente aceito ⁴².

Até pouco tempo atrás as famílias paralelas eram *tabus*, e encontravam grande respaldo no machismo instaurado culturalmente na sociedade, pois muitas mulheres aceitavam relações extraconjugais dos maridos, mas repudiavam os filhos que dessa relação surgiam, ficando aqueles desamparados legalmente, atualmente o direito tem respaldos visando sempre à proteção e o interesse das pessoas inseridas nessas relações.

Importante salientar que os tipos de famílias abordados neste capítulo são de crucial importância para o entendimento do próximo, pois o lugar da criança e do adolescente no instituto familiar diz muito sobre como é feita a adoção e seus efeitos.

2. DA ADOÇÃO

Superado o entendimento do direito de família disposto no primeiro capítulo, para melhor entendimento do objeto desta monografia cumpre salientar a importância da criança e do adolescente nas suas relações interpessoais, bem como para a sociedade e na esfera jurídica.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, assevera:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ⁴³.

O preceito ora suscitado diz respeito à proteção do menor, pois:

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227) ⁴⁴.

Desta maneira, a proteção ora ilustrada garante a dignidade da pessoa humana às crianças e aos adolescentes, dando apoio para que obtenham condições que viabilizem a concretude

⁴² QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.914.

⁴³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.81.

de seus direitos assegurados na Constituição Federal, pois uma vez que tais garantias não se cumparam, não haverá o objetivo finalístico que é o do melhor interesse do menor.

Desta forma, neste capítulo será abordada a parte conceitual da adoção, qual seja a parte histórica, a sua evolução e a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a divisão da matéria em: espécies, efeitos, quem pode e quem não pode adotar e o poder familiar, os requisitos, as diversas modalidades, assim como a apresentação do tema central, qual seja a adoção unilateral.

2.1 HISTÓRICO DA ADOÇÃO

A origem da adoção tem em si certas peculiaridades, a Bíblia – por exemplo – cita casos de adoção, na Grécia antiga tal instituto era usado como forma de perpetuar a linha masculina da família, assim verifica-se que na antiguidade a filiação adotiva era usada para eternizar a parentela ⁴⁵.

Nesse contexto compreende-se que a origem da adoção tinha finalidade de cunho patriarcal e religioso, assim:

Percebe-se que a adoção tinha precípua finalidade religiosa. Deveriam ser preenchidos certos requisitos com efeitos diversos, e três eram as formas de adoção: a do chefe de família estéril, que poderia obter posteridade pela união de sua esposa com seu irmão ou parente; a da obrigatoriedade de casamento da viúva, sem filhos do marido, com o parente mais próximo deste; e a do chefe de família sem filho varão, que poderia encarregar a sua própria filha de lhe criar um filho (neto) para si. Estes filhos eram considerados legítimos ⁴⁶.

Dessa forma o instituto da adoção, se expande com o direito romano que toma forma, por conseguinte é ignorada pelo direito canônico, uma vez que o matrimônio é sacramentado excluindo possibilidades de filhos fora do casamento, assim com o passar das décadas a adoção é esquecida pelo ordenamento jurídico, mesmo ocorrendo de fato ⁴⁷.

Na idade média o instituto da adoção passa a ser visto de forma diversa, deixando a ideia de perpetuar as gerações e se aproximando do caráter afetivo, com a exceção de não permitir, por exemplo, ao adotado herdar o título nobiliárquico, o qual só se transmitia pelo direito sanguíneo, e logo após passa a restringir o direito sucessório na relação do adotado para com o adotante ⁴⁸.

A adoção no contexto sociológico merece ser elogiado, pois até pouco tempo atrás era vista com preconceito pelo Direito, um exemplo é o Código Civil de 1916 que permitia a adoção apenas por quem não tivesse filhos, bem como os filhos que não eram de origem biológica não tinham o mesmo tratamento nem os mesmos direitos, e por um longo período foram conhecidos como “bastardos” ⁴⁹.

45 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.301.

46 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.21.

47 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.374.

48 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018..p.840.

49 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.1051.

Destarte, vê-se que a adoção sofreu grandes mudanças, e melhores visando o maior interesse do adotado e primando pelas relações familiares saudáveis, a história da adoção perde então o caráter de substituição de filhos que outrora casais não puderam ter, passando a ter vínculos de afinidade entre pessoas que se relacionam como se laços consanguíneos tivessem, a evolução ora aferida será abordada com maior destaque no próximo tópico.

2.2 EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO

A adoção no mundo moderno avançou e os interesses que antes eram voltados para a paternidade (adotantes), hoje são de interesse maior da criança ou adolescente, nesse sentido:

A adoção é sem qualquer dúvida o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição⁵⁰.

É sabido que a família biológica é a mais adequada para a criança, por essa razão prevalece o interesse da mesma, antes de se levar em consideração a adoção, pois diante de conceitos constitucionais vislumbra-se o interesse maior da criança e do adolescente na sua família natural⁵¹.

A adoção é um ato que supera o jurídico, e atualmente o propósito afetivo tem se tornado preponderante, e por isso muitas famílias perde o poder familiar, enquanto outras ganham a chance de formar uma nova relação familiar, assim entende:

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem os trouxe ao mundo. Mas é chegada a hora de acabar com a visão românticamente idealizada da família. O filho não é uma “coisa”, um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse – quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo - ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho⁵².

Desse modo, a adoção é medida extrema para que os pais biológicos deixem de exercer o poder familiar ou que o Estado busque medidas em que a criança ou adolescente tenha o devido acolhimento demonstrando opções para que ocorra, a exemplo tem-se o instituto da família substituta trazido no art. 3º do ECA⁵³.

Para que ocorra a adoção é preciso seguir os parâmetros normativos dispostos no ECA, no Código Civil e na Lei de Adoção, assim cumpridos os requisitos (que serão abordados mais a frente, ainda neste capítulo) é necessária a intervenção judicial, cadastro e habilitação prévia, salvo em casos excepcionais como na adoção unilateral por exemplo, por se tratar de medida excepcional a tramitação é prioritária e será concluída no prazo máximo de 120 dias, sob pena de responsabilidade⁵⁴.

50 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.838.

51 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.844.

52 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.815.

53 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.300.

54 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.845.

No Código Civil de 1916 a adoção era bem mais simples do que atualmente é tratada, pois se restringia a quem não possuía filhos e o vínculo de parentesco era apenas do adotado com o adotante, e para ter efeito jurídico era levado à escritura pública ⁵⁵.

É visando a maior proteção da criança e do adolescente que o ordenamento sofre mudanças extremas, Rolf Madaleno expõe:

[...] desde o advento da Constituição Federal, depois com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, depois com a promulgação da Lei n. 12.010/2009, e mais tarde com a edição da Lei n. 13.509/2017, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se malgrados os esforços na manutenção e sua reintegração na família natural ou extensa, fazendo desaparecer definitivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei e criando a figura do apadrinhamento, que consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar, vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro (ECA, art. 19-B, § 1º), permitindo, inclusive, que pessoas jurídicas possam apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento (§ 3º) ⁵⁶.

Já não há mais o contratualismo exposto no Código Civil de 1916, dando lugar ao princípio do melhor interesse da criança e sob a tutela do Poder Público, não se restringindo a apenas o ato jurídico bilateral, mas se estendendo o olhar sob o instituto da adoção tanto para o adotado como para o adotante ⁵⁷.

Com o advento da Constituição de 1988 a matéria de adoção foi revolucionada, pois não mais tratou os filhos adotados com discriminação, contrariamente, igualou em direitos e passou então a constituir a família que outrora aquele não poderia ter ⁵⁸.

A seguir, breve resumo sobre a adoção na idade moderna:

A adoção se insere no movimento geral de proteção à infância sobretudo abandonada, denotando preocupação social. O caráter da adoção se altera profundamente, pois passa a ser efetivada no interesse do adotado. Com tal sentido, universalizou-se, haja vista as convenções internacionais sobre adoção. Mas não se pode negar, também, um certo sentido de atender as pessoas que procuram na paternidade, pela via adocional, uma maior e plena realização como ser humano, preenchendo o vazio de não terem filhos biológicos. É um meio de conquistar, através do direito, aquilo que lhes foi negado pela natureza ⁵⁹.

55 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.814.

56 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.842.

57 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.375.

58 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.272.

59 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 33.

O Código Civil de 1916 exigia um mínimo de idade para o adotante, que seria de no mínimo 50 anos de idade e com uma diferença entre o adotado de 18 anos, foi necessário grandes transformações no cenário político e jurídico, para que houvesse a mudança que só ocorreu de fato com o Código Civil de 2002 ⁶⁰.

Quando o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a tratar a adoção surgem novidades, como por exemplo, a capacidade do adotante, qual seja maior de 18 anos de idade e não precisa ser casado, adoção por divorciados que mesmo separados podem adotar conjuntamente, bem como a nomenclatura da adoção bilateral toma forma contemporânea e se transforma em adoção conjunta ⁶¹.

Mesmo diante de todo um aparato moderno da adoção, é importante destacar que a criança e o adolescente precisam estar estruturados em uma família que melhor lhes atendam, onde a prioridade é serem acolhidos, e só com absoluta fundamentação judicial de que o melhor para a criança é estar longe de seu lar biológico, que poderá usar-se de tal medida.

2.3 A ADOÇÃO E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A adoção estabelece vínculo de parentesco em linha reta, entre adotante e adotado, e, por conseguinte gera um liame de paternidade e filiação civil, sendo irrevogável e definitiva para efeitos legais, e indo além dos valores jurídicos há que se mencionar o fator proteção, pois em uma visão humanitária o Estado oferece as pessoas sejam elas, adotantes ou adotados, a oportunidade de agregar e consolidar uma família ⁶².

O Código Civil de 2002 deixa para trás a separação de adoção plena e simples, e no artigo 1.618, afirma que o Estatuto da Criança e do Adolescente tratará sobre o assunto, no entanto em 2009 é promulgada a Lei de Adoção – Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009 – que revogou alguns artigos sobre o assunto do Código e alterou os artigos 1.618 e 1.619 do mesmo diploma ⁶³.

Sobre a natureza jurídica da adoção, cumpre destacar que o ato de vontade atrelado ao vínculo jurídico é essencial para a constituição da nova família, portanto há prevalência de caráter público na adoção, pois não está sujeito apenas ao consentimento das pessoas envolvidas, mas em decisão judicial que verificará a melhor condição para o adotado ⁶⁴.

Sobre o caráter o casamento e a adoção:

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede o casamento, podem ser observados dois aspectos da adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do que gera, preponderantemente de natureza institucional ⁶⁵.

60 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.842.

61 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.p.1429.

62 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro vol. 5 Direito de Família**. 24. ed. Reformulada São Paulo: Saraiva, 2009.p.521.

63 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.p.1427.

64 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.73.

65 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.374.

Conforme o exposto, a adoção foi inserida no Código Civil, mas para ser melhor analisada foi complementada pelo ECA e pela Lei de adoção, que especificam seus critérios e abordam os direitos decorridos, da mesma forma a adoção agora aparenta ter a afetividade como centro na relação familiar, e não mais como na antiguidade, como será abordado no próximo tópico.

2.4 ADOÇÃO UNILATERAL OU SINGULAR

A falta de existência de impedimento legal no tange ao estado civil possibilita o entendimento no qual pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas tenham o direito de adotar, sendo sempre observados os requisitos e proibições dispostas na legislação pertinente, quais sejam Código Civil, ECA e Lei de Adoção ⁶⁶.

Do mesmo modo, essa modalidade de adoção pode ser feita pelo padrasto ou madrasta que queira adotar o filho (a) do cônjuge, mantendo assim os vínculos de filiação entre o adotado e o adotante, bem como os respectivos parentes advindas da nova relação, sendo a intenção de tal modalidade, harmonizar a identidade do adotado com a relação familiar ⁶⁷.

Nessa espécie de adoção o cônjuge ou o companheiro não perde o poder familiar, o exerce conforme o disposto no artigo 1.631 do Código Civil, essa espécie será possível somente se não constar o nome dos pais no registro de nascimento ou se houver registrado este consentir ou ter a perda do poder familiar ⁶⁸.

O presente tema é objeto de estudo deste trabalho e será abordado mais especificamente, ainda neste capítulo.

2.5 ADOÇÃO BILATERAL OU CONJUNTA

O artigo 42, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que, “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”⁶⁹.

A adoção disposta tem por objetivo integrar o adotado no seio da nova família que lhe é dada, no que tange a este tipo de adoção é necessário haver integração na relação entre o casal, para que só então a estabilidade ora requisitada na legislação tenha a devida eficiência⁷⁰.

A adoção bilateral ou conjunta é a tradicional, onde um casal tem por pretensão adotar uma criança ou adolescente o ECA conforme supracitado proibiu que duas pessoas diferentes adotem a mesma, assim:

[...] A proibição é categórica e vem da regra equivalente do Código Civil anterior, que tinha como paradigma a família constituída pelo casamento. Certamente, não é a melhor opção legislativa, porque cria barreira legal a situações existenciais difundidas na sociedade brasileira, que não correspondem a esse modelo. Intentou-se harmonizar a antiga proibição

66 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.109.

67 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.316.

68 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.316.

69 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

70 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.115.

à abertura dada pela Constituição brasileira, excetuando da vedação os companheiros da união estável ⁷¹

Destarte a adoção conjunta é a mais comum, pois abrange duas pessoas com intento de adotar criança ou adolescente e assim construir laços afetivos que juridicamente serão semelhantes a filhos biológicos, sobre esse tipo de adoção não á muito que se falar, pois ao longo deste capítulo será abordado todas as questões que o cercam.

2.6 DOS LEGITIMADOS A ADOTAR

Pode adotar as pessoas que o Direito Civil entende por civilmente capazes, ou seja elas precisam ser maiores de 18 anos, pois havendo a adoção por menores esta será nula, pois assim viola o requisitos legais sem poder ser sanada essa anulação quando completos os 18 anos ⁷².

Desta forma a adoção é um ato pessoal, podendo se aferir desse pensamento que a nacionalidade ou sexo não influenciam - por exemplo – visto que existem modalidades de adoção internacional e por casais homoafetivos, no entanto é importante que o candidato a adotar tenha condições morais e materiais para melhor desempenho da função familiar a que pretendem desempenhar.

2.7 DA INCAPACIDADE PARA ADOTAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente no art.42, *caput*, dispõe: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”, tal artigo aduz sobre a capacidade do futuro adotante, qual seja ser maior de 18 anos de idade, podendo se concluir que pessoas menores de 18 anos serão consideradas incapazes do ato de adotar, pois seguindo o entendimento do Código Civil, se o adotante sofre alguns impedimentos legais para assumir atos da vida civil, não há lógica para assumir uma família e todas as responsabilidades que a nova vida traz ⁷³.

2.8 IMPEDIDOS DE ADOTAR

O artigo 44 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que tutor ou curador não pode adotar e nesse sentido:

Não estão legitimados a adotar seus pupilos e curatelados os curadores enquanto não prestarem “*contas de sua administração*” e saldarem e alcance, se houver (ECA, art. 44). A restrição protege os interesses do tutelado ou dos filhos do interditado e é ditada pela moralidade, pois visa impedir a utilização da adoção como meio para fugir ao dever de prestar contas e de responder pelos débitos de sua gestão ⁷⁴.

71 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.283.

72 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva,2011.p.277.

73 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.83.

74 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.385.

Outro impedimento, esta disposto no artigo 42, §1º, do ECA, afirmando que a adoção não será feita por ascendentes e irmãos do adotado, essa proibição visa resguardar os laços consanguíneos da criança e do adolescente ⁷⁵, mantendo assim a ordem parental e oportunizando a criança continuar em seu lar biológico, para que seja priorizada o bem estar da mesma em seu ambiente natural.

2.9 REQUISITOS DA ADOÇÃO

Para que se possa adotar uma criança ou adolescente é necessário que se preencha alguns requisitos previstos no ECA, que regula o instituto da adoção no atual regime jurídico brasileiro, estes requisitos podem ser divididos em objetivos e subjetivos.

2.9.1 Requisitos Objetivos

A idade para adotar, é um requisito objetivo, assim estipulado no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42, *caput*: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil” ⁷⁶.

Ante ao supracitado, percebe-se o cuidado do legislador em uma idade para que o adotante tivesse compreensão o bastante de seu gesto, no entanto essa idade não significa amadurecimento para entender a complexidade da adoção, mesmo sendo casado, deixando assim a necessidade da estabilidade familiar ⁷⁷.

Outro requisito a respeito da idade, consta do mesmo artigo 42, no parágrafo 3º: “O adotante há de ser, pelo menos, 16 (desesseis) anos mais velho que o adotando” estabelecendo uma regra a qual distancia com razoabilidade as idades entre adotante e adotado, dessa maneira:

[...] A adoção imita a vida, sendo recomendável que entre um e outro se reproduzam as condições temporais mínimas que ocorrem, normalmente entre pais e filhos. É verdade que ocorrem nascimentos de crianças geradas por mães com idade inferior a 16 anos, mas essas situações prejudicam seu desenvolvimento regular dos filhos, não sendo consideradas pelo legislador como parâmetro. Todavia não é essa a tendência em outras legislações, como na Alemanha, em Portugal, em Québec (Canadá), que suprimiram o critério da diferença de idade ⁷⁸.

A previsão do estágio de convivência consta o artigo 46, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso” ⁷⁹.

75 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. *Adoção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.89.

76 BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

77 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.864.

78 LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.278.

79 BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

O estágio de convivência é imprescindível, por exemplo, na adoção conjunta por pessoas divorciadas, pois nessa modalidade de adoção é mais complexo estabelecer a afetividade e estabilidade das pessoas ali envolvidas, pois não se sabe o que ocorreu para haver a separação, nos casos em que a adoção se fez antes da separação o período de convivência é dispensado, pois considera-se cumprido ⁸⁰.

2.9.2 Requisitos Subjetivos

O artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, assim se aproxima o disposto do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, servindo de diretriz para as relações de adotante e adotado, bem como com a sociedade e com o Estado, e dessa maneira:

As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/ 1990): microsistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los à maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais ⁸¹.

Do mesmo modo, o artigo 45, parágrafo 2º do mesmo diploma legal: “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”, restando deste dispositivo aferir que o menor é considerado sujeito de direito, assim como o ser humano que é, e sua negativa há de ser levada em consideração, mesmo não sendo um condicionamento obrigatório para o deferimento ou indeferimento da sua adoção.

2.10 DO PODER FAMILIAR

Sobre o poder familiar o Código Civil em seu artigo 1.630 determina que: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores” e o artigo 1.631, acrescenta que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” ⁸².

O disposto acima pode ser entendido como um apanhado de direitos e deveres que diz respeito aos pais e aos filhos, é o resultado natural da relação familiar, pois dessa depreende-se obrigações de uns para com os outros seja alimentação, abrigo ou proteção ⁸³.

Assim como exposto acima, para melhor verificação do tema, insta observar:

⁸⁰ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.280.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.81.

⁸² BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.408.

Em matéria de exercício do poder familiar, deve-se ter presente o seu conceito conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e do adolescente. Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder família reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal ⁸⁴.

Diante disso, o objetivo é proteger as relações familiares e o que as legislações sobre adoção, quais sejam Código Civil, Lei da Adoção e ECA, todas procuram propiciar ao menor a garantia de não ser injustiçado, bem como a de seus responsáveis terem sua autoridade sem violar a dignidade dos mais frágeis.

A extinção do poder familiar ocorre quando da morte dos pais ou dos filhos, e no caso dos filhos se dará pela emancipação ou maioridade, é o que dita o artigo 1.635 do Código Civil, estabelecendo no mesmo diploma legal que a adoção será uma hipótese de extinguir o poder dos pais biológicos quando do deferimento da ação ⁸⁵.

A suspensão está prevista no artigo 1.637 do Código Civil, o qual dispõe:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens do filho, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha ⁸⁶.

Partindo do pressuposto de que a adoção gera direitos de assemelhados aos de filiação, o deferimento da ação compele a destituição familiar, mesmo sem a demanda de autorização da família biológica, dessa maneira o deferimento da adoção irá gerar a destituição ⁸⁷.

A perda do poder familiar seria uma forma de punição dos pais pelo descumprimento dos deveres com os filhos, sendo anotada - a sentença que decreta a perda - no assento de nascimento da criança ou adolescente, tal entendimento se coaduna com o preceito legal do melhor interesse da criança e do adolescente ⁸⁸.

2.11 EFEITOS DA ADOÇÃO

Primeiramente os efeitos da adoção começam com o trânsito em julgado, desse momento em diante o adotado passa a integrar a família do adotante, constituindo assim um registro de nascimento, uma nova relação de parentesco de pai/mãe e filho (a) incluindo irmãos, avós, tios e sobrinhos, bem como os direitos e deveres pertinentes ao poder familiar ⁸⁹.

84 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.302.

85 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.1064.

86 BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Instituí o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

87 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.850.

88 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.848.

89 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.291.

De igual forma o artigo 41 do ECA extingue o vínculo de parentesco entre a criança ou adolescente que está sendo adotado e seus respectivos parentes biológicos quando da adoção, a exceção se encontra no §1º do mesmo diploma legal, qual seja a adoção unilateral, no entanto existe o impedimento no que diz respeito ao casamento, pois o adotado não poderá casar com o adotante tampouco com seus irmãos ⁹⁰.

A adoção é em si ato afetivo e complexo, com peculiaridades e conhecido popularmente por uma exacerbada burocratização, assim entende:

Quando se trilha o caminho que busca enlaçar no próprio conceito de família o afeto, desprezá-lo afronta não só a norma constitucional que consagra o princípio da proteção integral, mas também o princípio maior que serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito: o respeito à dignidade de crianças e adolescentes. Assim, independentemente da ocorrência de eventual vício de consentimento no procedimento de entrega do filho, há que se preservar o seu melhor interesse ⁹¹.

Para melhor e mais abrangente entendimento dos efeitos que cercam a adoção, os próximos tópicos se dividirão em efeitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial.

2.11.1 Efeitos de ordem pessoal

Sobre os efeitos derivados da adoção, o de ordem pessoal é o mais importante, visto que se trata de vínculos que outrora a criança ou adolescente tinha ou passa a ter, nesse sentido:

A adoção, na linha da imitação da natureza e do preceito constitucional de indistinção dos filhos, desvincula totalmente o adotado dos vínculos jurídicos com a sua família natural, passando, pois, o adotado a integrar a família substituta ⁹².

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao adotado condição de filho, em total harmonia com o preceito constitucional de não haver distinção na filiação, desse modo o art. 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” ⁹³.

Conforme descrito acima, os efeitos de ordem pessoal estão relacionados ao princípio da igualdade entre os filhos (descrito no primeiro capítulo), igualmente a obrigação constitucional dos pais para com os filhos, além das relações parentais que o adotado passa a ter com a família do adotante, tudo culminando como consequência da personalidade que se formou com a nova relação advinda da adoção ⁹⁴.

90 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.1059.

91 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.844.

92 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.262.

93 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

94 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.258.

Os efeitos quando da adoção serão em sua maioria pessoais, por tratar de menor e de relações familiares, e como a legislação é abrangente com muitas peculiaridades para melhor atender a criança a ser adotada, passa agora ao próximo tópico o qual incluir os efeitos patrimoniais.

2.11.2 Efeitos patrimoniais

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina no artigo 41, caput: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”⁹⁵.

O primeiro efeito de cunho patrimonial diz respeito ao direito a alimentos, assim:

[...] a adoção faz surgir a relação parental entre o adotante e o adotado com sua família perante o adotado, extinguindo-se os vínculos do adotado com a sua família anterior. Portanto, em matéria de alimentos, aplicam-se as regras gerais estabelecidas no Código Civil, desde que não se contraponham aos princípios constitucionais e ao regime jurídico da adoção⁹⁶.

Desta forma o dever de prestar alimentos, entre o novo vínculo que se formou, qual seja adotante e adotado, são devidos da mesma forma como nos vínculos biológicos, visto que se tornam parentes e essa prestação será decorrência do parentesco estabelecido⁹⁷.

Outro efeito patrimonial diz respeito a sucessão no qual o adotante sendo equiparado constitucionalmente como filho legítimo sem distinção, este será herdeiro em igualdade de condições⁹⁸, uma vez que os direitos sucessórios do adotando será para com o adotante e não mais com sua família biológica, uma vez que aqueles vínculos não mais existem na esfera judicial.

2.12 MODALIDADES DE ADOÇÃO

2.12.1 Adoção à “brasileira”

O Código Penal em seu artigo 242 trata a modalidade aferida como tipificação criminal, no entanto:

Quando uma mulher toma da mãe o filho que esta deu à luz e o registra como seu, como já se viu em caso amplamente noticiado pela mídia brasileira, o Estado tem interesse na aplicação da pena. Por outro lado, quando o adotando não tinha pais conhecidos e se encontrava abandonado, e vem a ser registrado como filho de pessoas cuja intenção é dar a ele uma vida melhor, com figura-se a hipótese a que se refere o Código Penal como “de reconhecida nobreza”, caso em que a lei autoriza o juiz a deixar de aplicar a pena⁹⁹.

95 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

96 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.261.

97 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.401.

98 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.265.

99 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.p.1060.

A adoção conhecida como à “brasileira”, é aquela em que um casal registra um filho de outras pessoas, como se fosse deles, no entanto, o casal pode ser responsabilizado, uma vez que essa modalidade de adoção esta disposta no artigo 242 do Código Penal, como ato criminoso, o que torna a pena de dois a seis anos de reclusão, se for ato nobre, pode o juiz até deixar de aplicar conforme do parágrafo único do mesmo diploma legal ¹⁰⁰.

2.12.2 Adoção “Intuitu personae”

Nessa modalidade os interessados devem cumprir os mesmos requisitos que a lei impõe as demais pessoas que pretendem adotar, o que se deve sempre observar é o melhor interesse da criança e que as condições sejam cumpridas de acordo com a legislação de adoção ¹⁰¹.

A Lei nº 12.010/09 trouxe diversas alterações no ECA, a exemplo acrescentou ao artigo 50, parágrafo 13, possibilidades da adoção *intuitu personae*, prevendo assim hipóteses que permita a aludida adoção e as exceções à regra do prévio cadastro e verificando o melhor interesse e proteção da criança e do adolescente através da boa-fé, para não haver subtração do menor com fins de inserção em lar substituto, tampouco exista suspeita de promessa de pagamento.

2.12.3 Adoção póstuma

A adoção póstuma é aquela feita após a morte do adotante, o ECA dispôs em seu art. 42, §6º essa possibilidade, com intento de preservar o interesse do adotado e a vontade do adotante, assim:

A adoção póstuma revelou avanço do legislador estatutário e foi encampado, sem ampliação, o dispositivo, para incluir a hipótese de adoção nuncupativa. Desta forma, permite que o efeito retroativo seja o mais abrangente possível, de modo a privilegiar a idéia de proteção integral e do vínculo parental ¹⁰².

No artigo 47, parágrafo 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consta que:

A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no parágrafo 6º do artigo 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Já o parágrafo 6º do artigo 42, a que se refere o artigo supra citado, infere que: “ A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença ¹⁰³.

Normalmente a aludida adoção ocorre quando do falecimento do adotante, no curso do processo, uma peculiaridade é que não será considerada para todos os fins após o trânsito em julgado, mas como exceção o vinculo de parentesco será a partir do óbito, retroagindo os efeitos em benefício do adotado ¹⁰⁴.

100 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.139.

101 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.137.

102 FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.121.

103 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

104 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.207.

2.12.4 Adoção homoafetiva

A adoção homoafetiva ainda é assunto complexo, comumente discutido nos tribunais, assim:

Em julgamento da Terceira Turma do STJ, no REsp. n. 1.281.093- SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, datado de 18 de dezembro de 2012, disse a julgadora que a plena equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF, trouxe como resultado a ampliação do leque de possibilidades de adoção, tornando legalmente viável a adoção por casal homoafetivo,¹¹⁹ e na esteira dessa orientação resultou o Provimento n. 52/2016, da Corregedoria Nacional de Justiça, dispondo sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, inclusive por casais homoafetivos, com analógica aplicação para as adoções por esses pares e, por último, o Provimento CNJ n. 63/2017, cujo § 2º do artigo 16 estabelece que, no caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nome dos ascendentes, sem referência à distinção quanto à ascendência paterna ou materna ¹⁰⁵.

Segundo o entendimento considerado majoritário por muitos anos, mas que mudou significativamente, “como não se trata de uma entidade familiar, não seria possível a adoção por um casal de homossexuais”. Entretanto, em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já vinha entendendo pela possibilidade dessa forma de adoção ¹⁰⁶.

Para melhor entendimento do assunto a seguinte ementa:

“Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes. Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre crianças e as adotantes”. (TJRS, Apelação Cível 70013801592, 7ª Câmara Cível, comarca de Bagé, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006) ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.881.

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.p.432.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso de Apelação nº 70013801592 RS**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 05/04/2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70013801592& num_processo=70013801592&codEmenta=1364607&temIntTeor=true>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

Impende ressaltar o tabu que a sociedade ainda vive sobre a homossexualidade, pois a adoção deve primar o melhor interesse da criança e do adolescente, e não a opção sexual das pessoas que irão adotar o menor, isto porque não irá influenciar a vida dele, mas sim como estas pessoas irão cuidar desse novo membro.

2.12.5 Adoção internacional

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 51 assim definiu a adoção internacional:

Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no artigo 2º da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto 3.087 de 21 de junho de 1999 ¹⁰⁸.

A adoção supracitada tem gerado polêmica, sob a alegação de que possa se ter causado um quadro de viabilização do tráfico de pessoas, uma vez que não há como acompanhar a convivência do menor e a realidade na qual viverá, bem como existe a luta pela preferência dos adotantes natos, de forma que a adoção internacional pode vir a violar a identidade do adotado ¹⁰⁹.

Essa modalidade de adoção segue os parâmetros disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as alterações trazidas pela Lei da Adoção, e também a Convenção de Haia, no que tange à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, aprovada em 29 de maio de 1993 (Decreto Legislativo n. 01, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999), assim:

A Lei n. 12.010/2009 trouxe para dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente as diretrizes da Convenção na adoção internacional, para solucionar a enorme confusão causada na tentativa de integração do Estatuto com as normas oriundas da Convenção de Haia. Uma dessas diretrizes foi de identificar a adoção internacional em razão do território, e não da nacionalidade do adotante, pois se uma criança brasileira for adotada por brasileiro residente e domiciliado no exterior, a adoção será internacional, mas será nacional o ato de adoção por estrangeiro com residência e domicílio no Brasil. O critério identificador da adoção internacional é indubitavelmente territorial e a adoção é qualificada como internacional em razão do deslocamento definitivo da criança ou adolescente adotado para o país de acolhida ¹¹⁰.

A adoção internacional é a viabilização do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que possibilita o menor que aguarda uma família em situações como, por exemplo, quando

108 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

109 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.403.

110 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.867.

possuem irmãos ou quando são mais velhos, ter a oportunidade de ser adotado por pessoas que tenham o desejo de adotar. Muitas vezes as crianças por não preencher os requisitos dos adotantes não são adotadas, e às vezes até devolvidas, nesse contexto a adoção internacional proporciona ao futuro adotado a esperança de ter uma família.

Após as considerações acerca da adoção e suas espécies, requisitos, efeitos e modalidades, conclui-se que a criança e o adolescente é a pessoa mais frágil na relação jurídica e social, portanto é necessária a tutela diferenciada para o mesmo. Deste modo, o presente capítulo apresentou um breve resumo da adoção e suas peculiaridades a fim de demonstrar a importância do menor na relação familiar quando adotado.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO UNILATERAL COM A RETIRADA DO VÍNCULO BIOLÓGICO DE PARENTESCO

Neste capítulo tratar-se-á do objeto principal deste trabalho, qual seja a adoção unilateral, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que consiste na espécie de adoção, geralmente pelo padrasto ou madrasta, do filho do novo cônjuge ou companheiro. Assim, havendo o rompimento do vínculo de filiação com um dos pais biológicos, cria-se um novo com o cônjuge ou companheiro. Nesse interim, far-se-á compreender como os laços consanguíneos do adotado ficarão após a aplicação de tal medida.

Ante aos novos arranjos familiares e a incerteza das relações interpessoais, surge à família extensa ou ampliada (disposta no primeiro capítulo deste trabalho), todavia não dispõe o ordenamento jurídico sobre essas novas estruturas no que tange padrasto ou madrasta e enteados, que a eles imponha deveres ou assegure direitos, e por ser tão peculiar essa organização, onde a base é reconstruída por pessoas que saíram de casamentos ou uniões anteriores e trazem consigo para a nova relação seus filhos, os laços afetivos da nova família se prolongam e alcançam a adoção unilateral ¹¹¹.

Desta forma a adoção unilateral ocorre quando do rompimento do vínculo de filiação com apenas um dos genitores, alterando o vínculo civil de filiação, pois o então padrasto ou madrasta passa a ter o nome no registro da criança ou adolescente ¹¹².

A espécie de adoção ora abordada está disposta no artigo 41, parágrafo primeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim: “Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes” ¹¹³.

No que concerne o arranjo familiar citado, pode se dizer que são pessoas formando uma nova relação, após divórcio ou separação, trazendo para a nova união filhos havidos anteriormente, assim formando vínculos, dos quais o Direito de Família olvidou, cuidando tão somente no artigo 1.595 do Código Civil de 2002, precisamente no parágrafo primeiro, em um aspecto geral do fato de cada cônjuge ou companheiro ser aliado aos parentes do outro pelo

111 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.244.

112 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva 2016.p.468.

113 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

vínculo de afinidade, bem como do parentesco por afinidade que se limita aos ascendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro ¹¹⁴.

Essa espécie de adoção tem por diferencial a escolha, que é feita pela criança que está sendo adotada, uma vez que após certo lapso temporal de convivência entre padrasto/madrasta e enteado (a) ocorre o vínculo afetivo, assim:

O novo referencial que identifica os vínculos interpessoais e parentais mais pelo afeto do que pela verdade registral ou biológica fez surgir um novo conceito, tanto de conjugalidade como de filiação. Não é mais exclusivamente o casamento que identifica a família. Também não é a identidade genética que marca a relação de parentesco. Tanto os vínculos extramatrimoniais como a filiação socioafetiva conquistaram espaço no âmbito jurídico. Tal reflete-se também no tema do nome ¹¹⁵.

Vale ressaltar que esta é uma prática cada vez mais comum, isso porque os novos arranjos familiares tem acentuado crescimento e a legislação tem se adaptado a essas inovações, assim – por exemplo – os vínculos estabelecido entre o padrasto ou madrasta e o enteado terão como característica o poder familiar, pois uma vez assim qualificada a filiação o responsável exercerá na medida certa autoridade sobre o filho, que antes era apenas enteado ¹¹⁶.

No mesmo sentido a adoção unilateral abre um rol de consequências, das quais destacam-se algumas hipóteses:

A primeira delas quando no assento de nascimento só consta o nome da mãe ou do pai biológico ou adotivo, podendo o cônjuge, ou, ainda, o companheiro ou companheira do ascendente, cujo nome figura no registro de nascimento, requerer a adoção, a qual dependerá exclusivamente da concordância deste genitor cujo patronímico já consta do registro e, logicamente, se o adotando contar com idade igual ou superior a doze anos, também do seu consentimento pessoal (ECA, art. 45, § 2º), além de ser comprovada a relevância da adoção para o adotando (ECA, art. 43). A segunda hipótese é a do registro de ambos os pais, ficando o deferimento da adoção condicionado à perda do poder familiar pelo outro ascendente, conforme previsto pelos artigos 22 e 24 da Lei n. 8.069/1990 e pelos artigos 1.634, 1.635, inciso V, e 1.638 do Código Civil, sempre sendo considerados os superiores interesses do adotando. Por fim, a terceira hipótese prevê a morte do ascendente, regulada pelo inciso I do artigo 1.635 do Código Civil, como causa de extinção do poder familiar, sendo suficiente neste caso, para efeitos de adoção unilateral pelo novo cônjuge ou companheiro, o consentimento do genitor supérstite, não sendo olvidados os demais pressupostos intrínsecos, como o da concordância do infante com doze anos de idade ou mais e a constatação de o ato de adoção atender aos interesses superiores do adotando ¹¹⁷.

114 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.244.

115 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.247.

116 QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual.– São Paulo: Atlas, 2017.p.1061.

117 CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo:Saraiva, 2004, v. 18.p.204. ¹¹⁸BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2019.

Sobre as hipóteses acima dispostas, desdobram-se as consequências jurídicas acerca do que irá ser trabalhado no presente capítulo, circunstância essas que não tem solução determinada no ordenamento pátrio apenas por entendimentos jurisprudenciais que devem, não só assistir o melhor interesse da criança e do adolescente, mas também aos envolvidos afetivos e biológicos, e que nem sempre verificam tais preceitos.

3.1 DA HIPÓTESE DO FALECIMENTO DE UM DOS GENITORES

A morte do genitor ou do filho acarreta a extinção do poder familiar, assim determina o artigo 1.635, inciso I do Código Civil de 2002, in verbis: “Extingue-se o poder familiar: Inciso I- pela morte dos pais ou do filho” ¹¹⁸.

Assim sendo, é a maneira menos complexa de extinção do poder familiar por suas razões naturais, uma vez que independe da vontade humana, e desta forma com a morte de um dos pais biológicos, retiram-se os titulares do direito, passando a concentrar o poder familiar exclusivamente pelo genitor sobrevivente sobre a criança ou adolescente ¹¹⁹.

No que tange a exclusividade acima citada, há sempre que se considerar o interesse do menor envolvido, desta maneira:

Vale ressaltar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a doutrina da proteção integral, abordada já em seu artigo 1º. Essa opção do legislador fundou-se na interpretação dos dispositivos constitucionais, inspirados nas normas internacionais de direitos humanos, devendo, portanto, ser amplamente observada. Significa dizer que, crianças e adolescentes não são objetos de manipulação dos adultos como outrora, devendo apenas ter os seus direitos tutelados, enquanto pessoas em desenvolvimento ¹¹⁹.

Conforme supramencionado, a proteção ora aludida deve permear todo tipo de interpretação no que tange os direitos da criança e do adolescente e reconhecer essas garantias é dar prioridade absoluta a parte mais frágil da relação familiar, buscando assim a efetivação dos direitos fundamentais do menor quando o acolhimento parental não for suficiente ¹²⁰.

Nesse interim não há dúvida de que a proteção integral da criança e do adolescente deve ser mais relevante que o poder familiar exercido por apenas um dos genitores, ante a morte do outro, isto porque a autoridade natural não se confunde com autoritarismo, isso em razão de haver direitos e deveres recíprocos de filhos para com seus pais, não podendo ter em tal relação qualquer abusividade para com as garantias legais.

3.1.1 Da família extensa ou ampliada e o direito de visitas dos avós

O parágrafo único ao artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a família extensa ou ampliada, assim sendo a família o primeiro agente socializador do ser humano, e que a proteção dentre outras características é o que garante à pessoa o

118 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.549.

119 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.73.

120 ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrina e jurisprudência**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: ATLAS, 2013.p.3.

desenvolvimento adequado, o respeito e a dignidade, nesse sentido “A principal característica desse direito é a finalidade tutelar, que lhe é inerente. Direciona-se a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e muitos outros interesses afins”¹²¹.

Consoante ao mencionado, um exemplo interessante de reconhecimento de efeitos jurídicos para a família ampliada é evidenciado com o direito de guarda e de visitas dado aos avós disposto no Código Civil de 2002, parágrafo único do artigo

1.589 e o Código de Processo Civil, no artigo 888, inciso VII, os quais tratam da possibilidade de fixação de visitação avoenga, respeitando o melhor interesse infanto-juvenil¹²².

Ademais, o ECA em seu artigo 39, parágrafo primeiro dispõe “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”¹²³.

Conforme disposto, a adoção é irrevogável, assim desfaz todos os laços com a família biológica, desta forma, e para melhor entendimento, uma reportagem na mídia em 2015, teve grande repercussão, pois tratava da retirada do nome dos avós do genitor falecido. Citem-se trechos da aludida reportagem:

AVÔ TEM NOME RETRADO DE DOCUMENTOS DA NETA

Após processo de adoção unilateral, padrasto assumiu paternidade. Família paterna perdeu direitos e nome nos documentos da menina. Polêmica: um avô, por uma decisão da Justiça, deixou de ser avô. Essa história aconteceu em Sorocaba, interior de São Paulo, e está dividindo uma família.

[...] seria possível alguém deixar de ser avô? Por uma decisão da Justiça de Votorantim, interior de São Paulo, sim.

“Não tem meu nome mais, ela não tem vínculo comigo. Na certidão de nascimento dela, o nome do meu filho foi tirado, o meu nome, o da minha esposa. Agora eu não existo também, o que é que eu sou? Que mundo que é esse?” diz Osmir Torres.

Essa história tem um início triste: a morte de um pai. Em 2011, Osmar Torres, filho do seu Osmir, foi assassinado. Na época, a filhinha de Osmar tinha um ano e 11 meses e ficou com a mãe Maria Adriana Alves.

Por causa de um desentendimento com a nora, o avô diz que ficou quase um ano sem ver a neta. Ele recorreu à Justiça. Desde 2011, uma lei estende aos avós o direito da convivência com os netos. Ele entrou com um pedido de regulamentação de visitas. Foi assim que seu Osmir conseguia ver a neta a cada 15 dias.

Mas depois de outro desentendimento, as visitas foram novamente interrompidas. Foi aí que os avós descobriram que o atual companheiro da mãe da menina entrou na Justiça com um pedido de adoção unilateral, que é a adoção geralmente feita pelo padrasto ou madrasta. O Juizado da Infância e Juventude acatou o pedido e Leonardo Monari, de 30 anos, se tornou o novo pai. Saiu o nome do pai biológico morto e a menina ganhou o nome da família do pai adotivo.

121 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.4.

122 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.p.114.

123 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

Adriana, a mãe, diz que pensou no bem-estar da menina quando teve a ideia de que Leonardo a adotasse. Para o avô da menina, o problema é que no processo de adoção, a Justiça não apurou algumas informações importantes.

Leonardo Monari: Fui preso em flagrante e fui liberado. **Fantástico:** E o processo foi por qual motivo? **Leonardo Monari:** Estelionato.

“Uma pessoa pode ter processos na Justiça que nada estão ligados ao exercício da paternidade”, diz a advogada Carmen Fontenelle.

“Fiz alguma coisa errada, me prejudiquei, fui preso até, saí tudo normal. Ganhei suspensão penal tudo, processo não foi para frente está tudo resolvido”, afirma o serralheiro Leonardo Monari.

Outro fato que também não foi citado, é que a menina tinha avós paternos e que eles tinham ganhado na Justiça o direito de visitação.

Fantástico: O nome dos avós paternos com isso foi retirado também, isso em algum momento te preocupou? Sabia que ia causar essa situação?

Adriana Alves: Eu tinha noção sim, já imaginava que provavelmente eles iam fazer um alarde. A promotora que acompanhou o processo de adoção soube apenas pela equipe do Fantástico dessas informações. Ela não quis gravar entrevista, mas informou que diante dos fatos novos vai pedir outro estudo psicológico e social da mãe e do novo pai. Disse também que vai pedir à Justiça que as visitas continuem sendo feitas mesmo que avô biológico não tenha mais o nome na certidão ¹²⁴.

O caso acima mencionado é de adoção unilateral pelo companheiro da genitora, fato que abalou a família extensa, qual seja os avós, estes desconheciam esta espécie de adoção, e não tinham a menor noção das consequências que tal fato iria trazer para a relação com a neta.

Ocorre que, esta reportagem evidencia quando o poder familiar é exercido por somente um genitor, pois com o falecimento do pai a mãe passou a ser a única a exercer a autoridade familiar, assim a decisão de adoção unilateral afasta os avós da convivência com a neta, uma vez que sem os direitos positivados em uma legislação o melhor interesse da criança e do adolescente não mais é verificado como princípio, perdendo ainda a proteção integral da infância.

Cabe aferir então que oitiva dos avós na adoção unilateral seria de cunho imprescindível, em especial quando se tratar de genitor falecido, tendo em vista a existência de uma relação que vai além da consanguinidade, alcançando as ligações de afeto entre avós e netos.

Destarte, o direito de família brasileiro garante ao ascendente dever semelhante ao dos pais, por isso que ocorrendo à morte de um dos genitores e ficando apenas um com os encargos, ainda restam outros parentes quais sejam avós, tios e outros, nesse contexto o direito de visitas tem por finalidade favorecer as relações humanas e estimular a corrente de afeto, sendo imperioso ressaltar a importância do melhor interesse da criança e do adolescente ¹²⁵.

Nesse sentido, é importante destacar o ponto de vista psicossocial da adoção por cônjuge ou companheiro, pois é necessário que não haja vínculos de qualquer natureza com a filiação

¹²⁴ **Reportagem do Fantástico.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/03/avos-tem-nomes-retirados-de-documentos-da-neta.html>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

¹²⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.596.

natural anterior ou com parentes (avós, tios, dentre outros) sendo que a mera relação afetiva entre padrasto/madrasta e enteado não pode ser motivo suficiente para tanta transformação.

3.2 DA AÇÃO ANULATÓRIA OU NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

Sendo a adoção ato irrevogável e rompendo assim os laços com a família biológica, seria contrário falar em devolução da criança, uma vez que não deve o menor ser visto como mero objeto, todavia, existem adotantes que “devolvem” o filho ora adotado, porém essa situação não tem previsão legal, cabendo ao magistrado entender, nesse sentido:

A jurisprudência vem impondo aos adotantes que desistem da adoção o dever de pagar alimentos e indenização por danos morais e materiais ao menos para subsidiar o acompanhamento psicológico de quem teve mais uma perda, até ser novamente adotado ¹²⁶.

Ilustrando a afirmativa supra mencionada, existe decisão favorável ao “desistente” da adoção, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de Apelação Cível,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL. ARTIGO 41, § 1º, DO ECA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO AUTOR EM RAZÃO DE NÃO MAIS CONVIVER EM UNIÃO ESTÁVEL COM A MÃE DAS CRIANÇAS. DESISTÊNCIA DO PEDIDO. CIRCUNSTÂNCIA SUPERVENIENTE. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.111 DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO DE OFÍCIO. ARTIGO 267, VIII, DO CPC. RECURSO PREJUDICADO. (TJ-SC - AC: 73897 SC 2009.007389-7, Relator: Sérgio Izidoro Heil, Data de Julgamento: 04/05/2009, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Guaramirim) ¹²⁷.

Diante do Recurso de Apelação acima citado, reflete-se o caráter instável das relações afetivas contemporâneas, isso porque as pessoas mais importantes, quais sejam os menores envolvidos parecem não estar à frente das decisões que lhes trarão consequências irreversíveis no futuro, é necessário o entendimento, não só jurídico mais de cunho social, de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não meros objetos, aos quais adultos por pura instabilidade sentimental resolvem manipular.

3.3 DA OITIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza sobre a oitiva do maior de 12 anos, visto que é imprescindível ser ouvido, bem como seu consentimento, hipótese que

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.821.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso de Apelação Cível nº 73897 SC 2009 007389-7**. Relator: Sérgio Izidoro Heil, julgado em 04/05/2009. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6532785/apelacao-civel-ac-73897-sc-20090073897?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

demonstra com clareza todos os princípios que tutelam o menor, pois levar em conta suas necessidades e anseios é primordial para uma melhor decisão no processo de adoção¹²⁸.

No que tange à adoção unilateral, esta se distingue das demais modalidades de adoção, pois o que se busca com a mesma é a modificação do estado de filiação, uma vez que pressupondo que adotando e adotante tenham vínculos de convivência e afeto, dispensando dentro da legalidade o estágio de convivência e a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção¹²⁹.

O mencionado cadastro está disposto no artigo 50, parágrafo 13, do ECA como hipótese de dispensa, bem como quando o pedido de adoção unilateral ou havendo a solicitação formulada por membro da família extensa ou ampliada, com quem a criança ou adolescente mantenha vínculos consanguíneos e de afeto, ficando demonstrado a falta de pressupostos ora exigidos na adoção comum¹³⁰.

Impende ressaltar que a constituição da adoção unilateral não alcança os pressupostos legais, pois visando o favorecimento do menor, a autoridade biológica do genitor e o novo cônjuge ou companheiro cria vínculos que se perpetuam, não podendo ser transitório tendo em vista os efeitos alcançados, assim:

Igual perplexidade se põe na questão do nome do adotado, quando lhe restam irmãos maiores não adotáveis pelo regime da lei estatutária, ou mesmo adotáveis, maiores de doze anos, que se manifestam contrários à adoção, instalando desvantagens e discriminação no mesmo grupo familiar: A e B são filhos biológicos de C e D. Falecendo um dos genitores, o sobrevivente casa-se com E que adota somente A, assumindo os apelidos do adotante ao qual se vincula e também a seus respectivos parentes. A e B, irmãos germanos, são agora, unilaterais, meio-irmãos. A adoção do filho do cônjuge ou companheiro, como uma segunda observação, deveria, ao tempo em que cria vínculos entre o menor adotado e a família toda do adotante, preservar os traços próprios do vínculo de sangue com a família paterna ou materna de origem sem subtrair-lhes nenhum, mantendo a perfeita identidade familiar e possibilitando a ampla convivência familiar, o que corresponde a seus direitos fundamentais¹³¹.

Pode se perceber por todo o exposto que as implicações permeadas no âmbito da adoção unilateral são de suma importância para o momento do processo e na vida do adotando, uma vez que ouvidos seus anseios e sabendo este dos efeitos que acarretará, torna a decisão mais coesa e justa quando alcançar o menor e os parentes ora envolvidos.

3.4 DA SUBSTITUIÇÃO DO NOME DO ADOTADO

Rolf Madaleno traz em sua obra um moderno entendimento da justiça no que se refere à adoção unilateral:

128 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.475.

129 GRISARD, Waldyr Filho. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?** Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

130 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.221.

131 GRISARD, Waldyr Filho. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?** Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

Por sua vez, a Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça editou em 14 de novembro de 2017 o Provimento n. 63, que, ao lado da instituição de modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, dispôs sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, regulamentando o artigo 10 do Provimento CNJ n. 63/2017, o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade diretamente perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, exigindo como visto no item 12.10. supra, o consentimento do filho se for maior de 12 anos (Provimento n. 63/2017, art. 11, § 4º), sendo que este reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo filiação no assento de nascimento (Provimento n. 63/2017, artigo 14), o que significa dizer que o registro da filiação socioafetiva pelo companheiro da genitora substitui com igual eficácia o processo de adoção¹³².

Nessa mesma conjuntura o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 17, assim estipula: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”¹³³.

De igual forma, a decisão que deferir a adoção unilateral, terá como consequência conferir o sobrenome do adotante ao adotado, podendo ainda modificar seu prenome quando pedido por uma das partes, no que tange ao assunto cabe aferir:

Como novidade introduzida pela Lei Nacional da Adoção, de 2009, caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando que tenha mais de doze anos. Isso porque o nome, sinal que representa a pessoa perante o meio social, é reconhecido como um direito da personalidade pelo Código Civil de 2002, artigos 16 a 19, havendo uma ampla proteção de ordem pública, a justificar a sua oitiva¹³⁴.

Corroborando tal entendimento, através da Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009, garantiu ao enteado(a) a adoção do sobrenome da família do padrasto/madrasta, todavia há que estar presente motivo ponderável, baseado em vínculos de afinidade e demonstrando a boa convivência em uma relação afetiva harmoniosa entre os interessados¹³⁵.

Em síntese a mudança de sobrenome do menor é uma das consequências jurídicas da adoção unilateral, uma vez que com a nova relação ocorrerá a retirada do nome dos genitores e ascendentes, passando o adotado a ter novo pai/mãe e avós, por isso é uma questão tão relevante, merecendo ser delimitada as hipóteses em legislação própria.

132 MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2018.p.862.

133 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

134 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.p.438.

135 BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrastra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

3.5 DO ROMPIMENTO DO VÍNCULO FAMILIAR

Os vínculos jurídicos entre o adotado e sua família anterior, dependem de uma força normativa específica para a devida proteção, pois não basta as causas naturais de parentesco, se faz necessária declaração judicial aos casos de ruptura desses laços, uma vez que estão desamparados por lei, isto porque o rompimento é uma consequência descrita na legislação de uma forma genérica para a adoção¹³⁶.

Igualmente a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski em Agravo de Instrumento, do Supremo Tribunal Federal, dispõe:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja segue transcrita: “AÇÃO RESCISÓRIA. ADOÇÃO UNILATERAL PELA COMPANHEIRA DO PAI DOS ADOTADOS. ERRO DE FATO E DOLO DA PARTE VENCEDORA. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DOS AVÓS MATERNOS BIOLÓGICOS NA AÇÃO DE ADOÇÃO. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. Preliminar de carência de ação. Como a adoção foi somente pela companheira, tendo o pai permanecido com seu vínculo de paternidade em relação aos filhos, os tios paternos, irmãos do pai, permaneceram na condição de tios, mantendo intocado seu vínculo de parentesco, após a adoção. Logo, os tios paternos não têm mesmo interesse processual na presente ação rescisória, pois independente da rescisão da sentença de adoção, sua situação continua inalterada em relação aos sobrinhos. Caso em que se acolhe parcialmente a preliminar de carência de ação. MÉRITO: Erro de fato. O erro de fato que permite o juízo rescisório deve ser ostensivo e facilmente apurável mediante o simples exame dos documentos e demais peças dos autos. Não há erro de fato decorrente da interpretação judicial ou sobre questão judicial discutida nos autos. No caso, é de fácil constatação que a sentença de adoção desconheceu o conflito já existente entre os avós biológicos maternos e a adotante. Isso é facilmente constatável pelo teor do laudo social que embasou a adoção, pois lá ficou consignado que a adoção tinha sido discutida e acordada com os familiares da mãe biológica. Fato que não corresponde à verdade, pois já havia ação de regulamentação de visitas ajuizadas pelos avós. Dolo da parte vencedora. A alteração na verdade dos fatos, à época da adoção, também demonstra dolo da requerida, o qual serve também como fundamento para rescindir a sentença de adoção. Necessidade de citação dos parentes biológicos do genitor falecido, em caso de adoção unilateral. A adoção unilateral (artigo 41, § 1º do ECA) nas hipóteses em que o pai ou mãe dos adotandos já é falecido, recomenda profunda reflexão para ser concedida. Há quem sustente que havendo parentes biológicos do genitor falecido, sequer deveria ser concedida a adoção em favor do companheiro do genitor sobrevivente dos adotados. Isso porque a boa relação afetiva com um padrasto ou madrasta não parece ser motivo suficiente para transformá-lo em pai ou mãe adotiva em qualquer caso. Não há como negar que entre avós há uma relação, pelo menos no que diz com o parentesco. Relação essa que tranquilamente, pode

136 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.223.

ter outros reflexos jurídicos, como, por exemplo, a obrigação alimentar avoenga e também no campo sucessório, caso em que os netos podem herdar em representação ao genitor pré-morto. Via de consequência, a adoção unilateral não pode ser deferida sem a citação dos avós biológicos, porquanto eventual sentença de adoção altera a relação jurídica entre eles e os netos. Caso em que há fundamento para rescisão da sentença de adoção. Solução: Em vista do potencial prejuízo dos menores, devem os adotandos permanecer utilizando o sobrenome da mãe adotiva, durante o andamento da ação de adoção, em nome da redução de danos aos infantes. **ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO E, NO MÉRITO, JULGARAM PROCEDENTE A RESCISÓRIA** (fls. 38-39). No RE, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação aos arts. 226, § 7º, e art. 227, da mesma Carta. O agravo não merece acolhida. Bem examinados os autos, verifico que os recorrentes não atacaram todos fundamentos da decisão agravada, mormente no que se refere à incidência da Súmula 283 do STF. Inescusável, portanto, a deficiência na elaboração da peça recursal, o que faz incidir o teor da Súmula 287 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: “**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTO INATACADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OFENSA INDIRETA. 1. O agravante não impugnou todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 287 desta Corte. 2. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência dos óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 3. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento**” (AI 590.913-AgR/RJ, Rel. Min. Eros Grau). Isso posto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 16 de março de 2011. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator - (STF - AI: 840484 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/03/2011, Data de Publicação: DJe-058 DIVULG 28/03/2011 PUBLIC 29/03/2011)¹³⁷.

Dessa maneira a decisão supramencionada é o ideal a ser seguido, isto porque o direito de visitas concedido aos avós perde o efeito se houver o trânsito em julgado da sentença que concede a adoção unilateral, e o Relator Ministro Ricardo Lewandowski de forma sublime explana a inadequação do afastamento do menor em convívio com a família extensa, bem como a falta de participação destes entes no processo pode acarretar grandes perdas a ambas as partes envolvidas.

Percebe ante a decisão do ministro, que a entre avós e netos, não é apenas sobre o parentesco, mas também há que ser verificado outros reflexos jurídicos, a exemplo, cita-se

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Agravo de Instrumento nº 840484 RS**. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 16/03/2011, ACORDÃO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 28/03/2011 PUBLIC 29/03/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18507938/agravo-de-instrumento-ai-840484-rs-stf>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

a obrigação alimentar avoenga, assim como o campo sucessório, caso em que os netos podem herdar em representação ao genitor pré-morto, dessa maneira é preciso ser demonstradas todas as consequências, sendo de grande importância a participação dos avós biológicos, porquanto provável sentença pode alterar tal relação.

Conforme visto, o direito à convivência não se esgota na família natural, qual seja pai mãe e filhos, pode se perceber que em caso de conflito, deve sempre ser considerada a abrangência do parentesco, e cabe aferir que a maior parte das crianças e adolescentes convive, mesmo que distante com os avós, os tios, os primos, todos dividindo muitas vezes o mesmo ambiente¹³⁸.

Conforme exposto, fica demonstrado que os interesses não pertence somente a quem detém o poder familiar, mas difere das predileções dos adultos que em muito se distancia dos anseios dos menores, havendo assim uma substituição de valores reais, pois a mera vontade de se relacionar não pode se sobrepor as pretensões das crianças ou adolescentes envolvidos, visto que para a formação do cidadão existe a necessidade de um harmonioso lar.

3.6 DO LIMITE DO PODER FAMILIAR

No que concerne à adoção unilateral, na hipótese do falecimento de um dos genitores, onde o poder familiar passa a ser exercido exclusivamente pelo genitor sobrevivente, no entanto a morte de um dos genitores não autoriza o pai ou mãe sobrevivente usufruir da identidade ou do nome do filho, uma vez que o poder familiar deve ser exercido sempre com razoabilidade e proporcionalidade visando o bem estar do filho¹³⁹.

O poder familiar deve ser exercido sempre com interesse comum entre pais e filhos, uma vez que não se trata de autoritarismo e sim de proteção no âmbito familiar, desta maneira:

Em matéria de exercício do poder familiar, deve-se ter presente o seu conceito de conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e do adolescente. Os pais não exercem poderes e competências privado, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Por exemplo, os pais têm direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação da personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal¹⁴⁰.

Conforme visto acima o poder familiar encontra-se em uma linha tênue a qual deve prevalecer o melhor interesse e a proteção da criança e do adolescente, mesmo diante dos efeitos gerados a partir desse poder, que não é um direito ilimitado para que o cônjuge sobrevivente use de qualquer forma.

A irrevogabilidade da adoção, ante as relações modernas eivadas de instabilidade não deve afetar a parte mais frágil, qual seja o menor, cabe ainda aferir no que tange a característica

138 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.52.

139 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.216.

140 LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.302.

irrevogável da adoção, o artigo 47, do ECA, o qual dispõe da sentença da adoção que consignará os nomes dos adotantes como pais, e como efeito os nomes dos ascendentes daqueles, assim através de um mandado judicial o registro original da criança será cancelado, de tal modo a não constar a origem adotiva na certidão nova, olvidando os laços consanguíneos, para que haja total interação com a nova família ¹⁴¹.

Conforme o exposto, não há restrição do direito de dispor de nome alheio ou do estado de filiação do menor, haja vista que quando o cônjuge ou companheiro escolheu a adoção unilateral, colocaram em segundo plano os direitos da identidade da criança ou adolescente, logo, pai ou mãe sobreviventes não deveriam ser autorizados a pugnar tal ação.

Destarte, resta destacar a proteção integral das crianças e adolescentes que agrega valores humanos sobre condição de pessoa em desenvolvimento, assim:

[...] Não implica a proteção integral mera proteção a todo custo, mas sim na consideração de serem a criança e o adolescente sujeitos de direito, devendo as políticas públicas contemplar essa situação, proporcionando o reequilíbrio existente pela condição de serem pessoas em desenvolvimento, o que deverá ser levado em consideração na interpretação do Estatuto ¹⁴².

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que a criança ou adolescente terá por garantia a devida instrução no seio familiar, portanto, permitir que um filho (a) que perdeu o pai ou a mãe seja adotado pelo novo companheiro do genitor sobrevivente, atesta o perigo dessas novas relações interpessoais onde o menor está envolvido, uma vez que a legislação não tem previsão de convivência com seus parentes de sangue.

Dessa maneira, os princípios básicos de proteção integral à infância e à juventude em conjunto com o melhor interesse da criança e do adolescente, deverão ser verificados sempre que uma decisão judicial de adoção unilateral for operada, isto porque biologicamente explanando, não pode existir o desfazimento dos laços consanguíneos, e se é uma consequência jurídica do presente objeto de estudo é também uma questão frágil demais para não ser positivada em uma norma que complemente a legislação vigente que trata do assunto.

Por fim, as consequências aduzidas neste capítulo é motivação suficiente para o legislador olhar com maior benevolência para a questão da adoção de um padrasto/madrasta para com seu enteado (a), para que a vontade do adotante e do adotado esteja em perfeita harmonia, e que tal fato por envolver terceiros interessados, seja viabilizado garantias para todas as partes.

CONCLUSÃO

O presente estudo fez análise detalhada da adoção unilateral, prevista no artigo 41, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz severas consequências jurídicas ao menor envolvido, quais sejam: os limites do poder familiar quando posto apenas a um dos genitores, o fato da família extensa também possuir direitos, a oitiva do menor, pois além de ser do

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.399.

¹⁴² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p.65.

seu completo interesse, o seu nome será alterado e com isso laços outrora estabelecidos biologicamente serão desfeitos.

Destaque-se ainda que, o ordenamento jurídico reconheceu a espécie de adoção unilateral, todavia deixou lacunas quanto a sua ocorrência, por isso a presente monografia abordou à destituição do poder familiar e seus efeitos, bem como apresentou a importância de se resguardar os direitos dos ascendentes em relação ao convívio com o adotado, visto que sem amparo jurídico ante ao novo parentesco que se formou não há tutela legal de sustentação para o vínculo que se desfez com a decisão judicial de adoção.

O objetivo da presente monografia foi demonstrar a fragilidade da legislação em relação à complexidade da adoção unilateral, e a necessidade de normas que, sob a tutela da proteção integral da infância e da juventude, salvaguardem os efeitos futuros das relações que envolvem os menores impúberes.

O primeiro capítulo definiu o Direito de Família, fazendo um apanhado de ideias desde sua origem e contexto histórico até chegar aos princípios da Constituição Federal 1988, traçou ainda, uma linha do tempo, na qual a família passou por transformações, e diante disso demonstrou como são feitas as estruturas familiares da atualidade.

Entender a estrutura supracitada permitiu vislumbrar melhor como a adoção interfere a vida do menor, e neste sentido cumpre salientar o lugar da criança e do adolescente no lar de origem, assim o Direito Civil atual apresenta várias modalidades de estruturas familiares, merecendo destaque a natural e a ampliada, cruciais para compreender como a adoção unilateral modifica todo o círculo de parentesco antes estabelecido biologicamente.

O segundo capítulo abordou os aspectos gerais da adoção, e, para tanto, trouxe sua conceituação e espécies, requisitos e efeitos, apresentando como base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, ficou demonstrada a finalidade de beneficiar o adotando, e assim, melhorar a situação que se encontra, proporcionando condições de vida saudável e harmoniosa.

Compreender a adoção e suas modalidades foi essencial, principalmente no que tange ao poder familiar, pois trouxe a hipótese de destituição por um dos pais biológicos atribuindo a um só completa tutela, o que reflete totalmente na problemática apresentada onde o fato do padrasto/madrasta adotar filho do novo(a) companheiro(a) suprime o direito de convivência com os parentes biológicos do falecido ou ex-cônjuge.

O terceiro capítulo delimitou o objeto principal do presente estudo e para isso, abordou, em linhas gerais, a adoção unilateral, ou seja, a adoção do filho de um dos pais biológicos pelo novo cônjuge ou companheiro. Nesse interim, demonstraram-se como os laços consanguíneos do adotado ficarão após a aplicação de tal medida, igualmente na mesma oportunidade, o referido instituto foi enquadrado como espécie do gênero adoção e foram apresentadas sua definição, classificação e efeitos.

Sucessivamente, as consequências desse tipo de adoção foram postas em tópicos, dos quais em um deles, restou constatada a irrevogabilidade da adoção que ao romper os laços consanguíneos veda a possibilidade de arrependimento, ressaltando que a decisão da autoridade judiciária pela adoção unilateral, significa que o adotante não poderá se arrepender na esfera judicial em razão desse instituto ter a peculiaridade da afinidade e da convivência,

e, portanto não deve o menor ser visto como um objeto, de outro modo antes é necessário buscar o que melhor atenda aos envolvidos.

Sendo assim, deferir a adoção ao padrasto ou madrasta sem observar os preceitos básicos do melhor interesse e da proteção integral, afronta inclusive os princípios basilares do direito adquirido e do ato jurídico perfeito permeado quando da origem dos laços biológicos, uma vez que, não há sequer requisitos a serem preenchidos, pois não existe uma legislação específica que demonstre exigências básicas para tratarem do tema, ou seja, os parentes biológicos perderão todo direito enquanto do ato da adoção.

Há ainda a tese de que os avós podem ter suprimidos seus nomes da certidão de nascimento do neto (a), quando da morte de um dos pais biológicos, pois ante o trânsito em julgado da sentença que conceder a adoção ao novo companheiro mudar-se-á o nome da adotado e de seus ascendentes, fazendo com que desapareçam vínculos que mesmo consanguíneos não serão juridicamente tutelados.

Além disso, há entendimento jurisprudencial, AI nº 840484/RS, julgado em 16/03/2011, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, alegando que antes de se deferir uma decisão de adoção unilateral, há que se ponderarem os envolvidos na ação, quais sejam o adotando e os parentes consanguíneos que o envolvem, os quais não poderão usufruir de eventual convivência diante da destituição do poder familiar e da desvinculação do sobrenome.

Nesse sentido, operada a ação de adoção unilateral, ao instituto restaria violada a garantia constitucional da convivência familiar dos avós, tios e toda a família extensa, cenário este que não é verificado qualquer dispositivo legal sobre a possibilidade de intervenção de terceiros na adoção unilateral, somente participando do processo o adotando, o genitor e o adotante.

Por fim, a insegurança de uma sentença deferida sem ponderar os efeitos na vida das pessoas vinculadas biologicamente ao menor, demonstra a fragilidade e a relevância para a sociedade, necessitando ocorrer à revisão do ordenamento, visto que restou demonstrada a falta de norma complementar que estabeleça sua aplicação e seus efeitos.

Destarte, de suma importância que seja observada o melhor interesse e a proteção absoluta da criança e do adolescente, baseada principalmente no convívio do menor com a família extensa, bem como a falta de participação desses parentes no processo pode acarretar grandes perdas a ambas as partes.

Segundo o disposto, as decisões dirimidas em sede judicial, não de ser revestidas dos princípios da proteção integral à infância e a juventude e o melhor interesse da criança e do adolescente, dado que ante os diversos casos reais levados a júízo há que se começar a pensar em uma legislação que contemple as consequências da adoção unilateral mencionadas nesse trabalho.

Diante de todo o exposto, conclui-se a necessidade de uma norma regulamentadora da adoção unilateral, visto que é uma espécie diferenciada com inúmeras peculiaridades que irão refletir diretamente na vida de todos os envolvidos, motivo pelo qual deverá ser desenvolvida uma legislação que atenda os interesses do menor e da família extensa de maneira proporcional e razoável a ambos os lados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 31 de março de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso de Apelação Cível nº 73897 SC 2009 007389-7**. Relator: Sérgio Izidoro Heil, julgado em 04/05/2009. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6532785/apelacao-civel-ac-73897-sc-20090073897?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Agravo de Instrumento nº 840484 RS**. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 16/03/2011, ACORDÃO ELETRÔNICO DJE-058 DIVULG 28/03/2011 PUBLIC 29/03/2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18507938/agravo-de-instrumento-ai-840484-rs-stf>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva 2004, v. 18.p.204.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro vol. 5 Direito de Família**. 24. ed. Reformulada São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Os princípios da lealdade e da confiança na família**. Disponível em: <<https://www.portaldori.com.br/2016/09/28/stj-direito-civil-e-da-criancae-do-adolescente-hipotese-de-impossibilidade-de-acao-de-adocao-conjunta-transmudar-se-em-acaode-adocao-unilateral-post/>> Acesso em: 31 de março de 2019.

FILHO, Artur Marques da Silva Filho. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro; vol. 6 Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRISARD, Waldyr Filho. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral?** Disponível em: <https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Waldyr/verdadeiramente.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrina e jurisprudência**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: ATLAS, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Gen, 2018.

QUINTANELLA, Felipe; DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Reportagem do Fantástico. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/03/avos-tem-nomes-retirados-de-documentos-da-neta.html>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampliada – Rio de Janeiro: GEN, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: vol. VI Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS QUE IMPEDEM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS NA DESAPOSENTAÇÃO CONCEDIDA VIA JUDICIAL MESMO NA AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 661.256/SC

Rafael Barbosa Ramos (Orientadora: Prof^ª. Cristiane Pereira Vianna de Oliveira)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o impacto da falta de modulação da decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 661.256/SC, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do instituto da desaposentação, nos benefícios já concedidos judicialmente. Esta decisão alterou o entendimento favorável à desaposentação que era adotado até então pelo Superior Tribunal de Justiça. A ausência de pronunciamento a respeito da modulação temporal dos efeitos da decisão do RE, gera intensa insegurança jurídica aos segurados, uma vez que o INSS tenciona cobrar todos os valores que foram pagos até a data da decisão do STF. Além disso, analisa-se outros fundamentos jurídicos, como a natureza alimentícia do valor auferido pelo segurado e a sua boa-fé como entraves ao objetivo do INSS de proceder à repetição do montante, independentemente da modulação da decisão do STF.

Palavras-chave: Desaposentação. Irrepetibilidade. Modulação. Segurança jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the impact of the lack of modulation of the decision rendered in Extraordinary Appeal no. 661.256 / SC, in which the STF declared the institute of disapproval unconstitutional, in the benefits already granted in court. This decision altered the understanding favorable to the disapproval that was adopted until then by the Superior Court of Justice. The absence of a pronouncement regarding the temporal modulation of the effects of the decision of the RE, generates intense legal insecurity to the insured, since the INSS intends to collect all the amounts that were paid up to the date of the STF decision. In addition, other legal bases are analyzed, such as the alimentary nature of the value obtained by the insured and their good faith as obstacles to the INSS's objective of proceeding with the repetition of the amount, regardless of the modulation of the decision of the STF.

Keywords: Desaposentação. Unrepeatable. Modulation. Renounce. Legal certainty.

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, em 08 de maio de 2013, no julgamento do Recurso Especial n. 1.334.488/SC sob a sistemática dos recursos repetitivos, assentou a legalidade da desaposentação, o que possibilitou a revisão da aposentadoria em benefício daqueles que optaram por manter o vínculo empregatício.

Posteriormente, em 26 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE n. 661.256/SC com repercussão geral, no qual declarou a inconstitucionalidade da desaposentação e consolidou o entendimento no sentido de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”

Ocorre que o STF não se manifestou a respeito da modulação dos efeitos dessa decisão, isto é, não decidiu se o julgado valerá apenas para os processos ajuizados após a data da publicação do acórdão do RE ou se aplicará para todos, inclusive para os segurados que obtiveram uma decisão judicial concedendo o direito à desaposentação, ainda que transitada em julgado.

A falta de modulação ocasiona grave insegurança jurídica aos segurados, pois o INSS sinalizou a pretensão de reaver os valores pagos em virtude do gozo da desaposentação reconhecida judicialmente.

Nessa conjuntura, o presente artigo tem a finalidade de examinar fundamentos jurídicos pelos quais os proventos recebidos em razão da desaposentação não devem ser restituídos, bem como demonstrar que há necessidade, em caráter de urgência, de modulação temporal da decisão prolatada no RE n. 661.256/SC, conferindo-lhe eficácia *ex nunc*, a fim de que seus efeitos não prejudiquem os segurados que obtiveram o direito à desaposentação antes da publicação do acórdão.

Para a elaboração do presente artigo, utilizou-se legislações brasileiras, entendimentos dos Tribunais Superiores, bem como posicionamentos doutrinários, que deram suporte para chegar à conclusão de que os segurados não devem ser obrigados a devolverem os valores recebidos título da desaposentação.

Para facilitar a compreensão da celeuma, optou-se por realizar, em um primeiro momento, uma breve abordagem do instituto da aposentadoria e do pecúlio, conceitos básicos para o correto entendimento sobre o tema. Em seguida, passa-se à definição da desaposentação, ocasião em que também se faz apontamentos sobre seus requisitos e características, além de apresentar as principais correntes favoráveis e contrárias ao instituto. Na etapa seguinte, busca-se analisar a evolução dos entendimentos dos Tribunais Superiores acerca do tema. É a partir desse ponto, com a opção do STF em não modular, de forma imediata, a decisão que declarou inconstitucional o direito à desaposentação, que surge a problemática objeto do artigo, dando início à discussão sobre o ponto central desta pesquisa, quando serão expostos argumentos contrários à repetibilidade dessas verbas.

Por fim, será demonstrada a necessidade, em caráter de urgência, da modulação temporal dos efeitos da decisão do RE n. 661.256/SC, a fim de que todas as decisões concedidas até a publicação do acórdão sejam mantidas.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO

Primeiramente, para que se possa compreender a tese da desaposentação, é importante fazer uma breve explanação sobre o instituto da aposentadoria, pois estar aposentado é uma das condições obrigatórias para que a desaposentação seja concedida.

Para Amado, a aposentadoria é instituto jurídico que tem por finalidade substituir os proventos do segurado e garantir sua subsistência, bem como de seus dependentes, sendo administrado pelo Estado.¹

Trata-se, portanto, de um ato administrativo declaratório que reconhece o direito de um valor mensal às pessoas que preencham os requisitos dispostos na legislação, sendo um benefício de natureza alimentar, uma vez que tem por objetivo garantir a subsistência dos beneficiários e seus dependentes.

No entanto, é importante frisar que para muitos aposentados, o valor recebido mensalmente a título de aposentadoria é insuficiente para prover seu próprio sustento, quanto mais de sua família. Logo, para eles, não há outra saída a não ser continuar trabalhando, fato que, em regra², os tornam segurados obrigatórios e, portanto, forçados a manter a contribuição ao INSS mesmo depois de aposentados.

Antes da vigência da Lei 8.870/94, havia um benefício denominado pecúlio³, pelo qual o aposentado que continuasse no mercado de trabalho, recolhendo as contribuições previdenciárias relativas à respectiva atividade profissional, poderiam sacar em cota única as contribuições efetuadas para o INSS durante o período em que permaneceu em atividade após ter-se aposentado.

Ao tempo em que a Lei 8.870/94 extinguiu o pecúlio⁴, determinou a isenção das contribuições previdenciárias aos aposentados que continuassem trabalhando⁵, ou seja, eles perderam o benefício do pecúlio, mas, por outro lado, não eram obrigados a contribuir com o sistema previdenciário.

Ocorre que, com a vigência da Lei n. 9.032/95, que deu nova redação aos artigos 11, §3º da Lei n. 8.213/91 e 12, § 4º da Lei n. 8.212/91⁶, suprimiu-se a isenção das contribuições previdenciárias então concedida pela Lei n. 8.870/94 aos aposentados que mantivessem vínculo empregatício, ressuscitando a obrigação de recolhimento das contribuições e a filiação obrigatória dos mesmos.

A partir desse ponto, inicia-se a discussão acerca da desaposentação, visto que as pessoas aposentadas que optam por continuar trabalhando em atividade abrangida pelo

1 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 723.

2 Em regra, pois existem pessoas que se aposentam e continuam trabalhando na informalidade, as quais não contribuem com a Previdência Social.

3 O pecúlio público foi previsto no art. 81 da Lei 8.213/91, cujo inciso II c/c o artigo 82 do mesmo diploma legal concedia ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo RGPS que voltasse a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando cessado o vínculo trabalhista, pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições feitas à autarquia, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro.

4 Art. 29 da Lei 8.870/94.

5 A teor do artigo 24 da Lei 8.870/94, o aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral da Previdência Social que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, fica isento da contribuição a que se refere o art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

6 Ambos os dispositivos citados (artigo 11, §3º da Lei 8.213/91 e artigo 12, § 4º da Lei 8.212/91) dispõem da mesma redação, cujo teor diz o seguinte: O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

RGPS são obrigadas a recolher contribuição previdenciária, sem que tal exação gere futura contraprestação financeira nos seus proventos⁷.

Sentindo-se prejudicados, os aposentados que permaneciam no mercado de trabalho, vinculados ao RGPS, desenvolveram a tese da desaposentação, pela qual renunciam a aposentadoria em gozo para posteriormente a requerem novamente, possibilitando o recálculo dos proventos com a inclusão no salário de benefício dos valores recolhidos durante o período trabalhado na condição de aposentado.

O conceito de desaposentação, portanto, está intimamente relacionado com a renúncia temporária de um direito, no caso, a aposentadoria, com o escopo de obter proventos mais vantajosos com contribuições posteriores à primeira aposentadoria.

Ibrahim define desaposentação como sendo:

A reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. Tal vontade surge, frequentemente, com a continuidade laborativa da pessoa jubilada, a qual pretende, em razão das contribuições vertidas após a aposentação, obter novo benefício, em melhores condições, em razão do novo tempo contributivo.⁸

De forma mais objetiva, mas no mesmo sentido, é a definição formulada por Amado, para quem “a desaposentação é a renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com intuito de obter alguma vantagem previdenciária.”⁹

Dos conceitos expostos se extraem dois pressupostos básicos da desaposentação: o interessado deve ocupar a condição de aposentado e, ao mesmo tempo, exercer uma atividade profissional sujeita à contribuição para o RGPS.

Ao defender a desaposentação, Ibrahim assevera que “a hermenêutica previdenciária impõe o entendimento mais favorável ao segurado, desde que tal não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista.”¹⁰

De modo semelhante, entende Amado que a desaposentação deve ser assegurada ao interessado, porquanto há um acréscimo no valor auferido a título de aposentadoria, uma vez que o segurado poderia converter uma aposentadoria proporcional por tempo de contribuição por uma aposentadoria integral com base em novos salários ou até mesmo solicitar uma aposentadoria com a incidência mais baixa do fator previdenciário¹¹.

Por outro lado, há teses contrárias à desaposentação. Uma delas se assenta na premissa de que a aposentadoria é um direito indisponível, logo irrenunciável. Ibrahim rebate esse entendimento ao afirmar que o aposentado não está renunciando pura e simplesmente sua aposentadoria, mas está apenas buscando um novo direito, qual seja, uma aposentadoria mais

7 Segundo o § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/94, o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social– RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

8 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 712.

9 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 1143.

10 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 712/713.

11 AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 1143.

vantajosa, a partir das contribuições vertidas durante a atividade laborativa exercida após o jubramento¹². Ainda sobre esse ponto, cumpre registrar os esclarecimentos de Fernando Vieira Marcelo:

Desaposentação não é sinônimo de revisão. O segurado ao pleitear a desaposentação, ele no primeiro momento está requerendo simplesmente a renúncia ao benefício (algo que é imprescritível). Assim, que efetuada a renúncia, o segurado volta na condição de *não aposentado*, podendo sim, requerer qualquer benefício previdenciário após cumpridos os requisitos legais.¹³

Para reforçar o entendimento de que a desaposentação não implica a renúncia da aposentadoria, Doria Junior elucida que a aposentadoria consubstancia um direito adquirido e, por conseguinte, incorporado no patrimônio do segurado¹⁴.

Entretanto, o principal argumento contrário à tese da desaposentação tem a ver com a falta de previsão legal que a legitime. Nesse aspecto, ressaltam Rocha e Salgado que a desaposentação é fruto de uma interpretação sistemática extraída de princípios, da dogmática e da legislação em vigor¹⁵. Tal argumento jurídico serve de amparo ao indeferimento pelo INSS dos pedidos administrativos do benefício.

Ibrahim rechaça a posição da autarquia previdenciária com base no disposto no artigo 5, inciso II da Constituição Federal, que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Na visão do autor:

é inevitável concluir-se pela sua legitimidade, seja perante a Constituição, ou mesmo sob o aspecto legal, inexistindo qualquer vedação expressa à opção pelo segurado em desfazer seu ato concessório do benefício previdenciário de aposentadoria, desde que visando prestação melhor, seja no mesmo ou em outro regime previdenciário¹⁶.

Desse modo, a falta de previsão legal não constituiria óbice a sua anuência, pois os aposentados são autorizados a praticar todas condutas não vedadas pela Constituição e pelas leis, dentre as quais se enquadra, a desaposentação, cuja concessão, se não tem permissão legal expressa, também não há disposição normativa que a impeça.

Aliás, já houve iniciativa do Poder Legislativo para inserir a desaposentação no ordenamento jurídico brasileiro. O projeto de Lei n. 78, de 2006 inseria essa possibilidade no texto da Lei n. 8.213/91, porém, o projeto foi vetado na íntegra pelo Presidente da República nos seguintes termos:

12 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 724.

13 MARCELO, Fernando Vieira. **Desaposentação, Manual teórico e prático para o encorajamento em enfrentar a matéria**. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014, p. 37.

14 DORIA JUNIOR, Luiz Fernando S. A desaposentação e a não obrigatoriedade da devolução das parcelas recebidas. **Juris Plenum Previdenciária**. Assunto Especial: Desaposentação, ano I, n. 01, fev/abril, 2013, p. 17.

15 ROCHA, Vinícius Mendes; SALGADO, Antônio Luiz Nunes. Desaposentação: hipótese de modulação pelo STF. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 6, n. 36, dez/jan, 2017, p. 45.

16 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 712-713.

Ao permitir a contagem do tempo de contribuição correspondente à percepção de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social para fins de obtenção de benefício por outro regime, o Projeto de Lei tem implicações diretas sobre a aposentadoria dos servidores públicos da União, dessa forma, sua proposição configura vício de iniciativa, visto que o inciso II, alínea 'c', § 1o, art. 61, da Constituição dispõe que são de iniciativa do Presidente da República as leis que disponham sobre tal matéria. Além disso, o projeto, ao contemplar mudanças na legislação vigente que podem resultar em aumento de despesa de caráter continuado, deveria ter observado a exigência de apresentação da estimativa de impacto orçamentário-financeiro, da previsão orçamentária e da demonstração dos recursos para o seu custeio, conforme prevêem os arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁷

Posteriormente o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei de Conversão n. 15/2015, decorrente da Medida Provisória n. 676/2016, a qual inseria na Lei n. 8.213/91 a possibilidade da desaposentação que, no entanto, também foi vetado pelo Presidente da República, sob os seguintes argumentos:

As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada 'desaposentação', que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1o, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.¹⁸

Diante do entendimento amplamente adotado pelo INSS no sentido de negar os pedidos de desaposentação, assentado na falta de previsão legal, os interessados têm recorrido ao Poder Judiciário, o qual invariavelmente tem reconhecido o direito à desaposentação, conforme será abordado com mais detalhes no tópico seguinte.

2. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Como foi explicitado acima, a desaposentação não possui previsão expressa na lei, o que serve de fundamento ao INSS para negar a concessão do benefício na via administrativa.

A reiterada negativa de deferimento do benefício acarretou o ajuizamento de numerosas ações perante o Poder Judiciário. Ocorre que não há uniformidade nas decisões proferidas nessas ações que visam a discutir o direito à desaposentação, o que fez com que a matéria chegasse aos Tribunais Superiores.

Num primeiro momento, o STJ consagrou a tese em favor da desaposentação e da impossibilidade de restituição de valores pretéritos pagos, nos termos do quanto decidido

17 BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 16, de 11 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VET/VET-16-08.htm> Acesso em 08 de abril de 2019.

18 BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 464, de 04 de novembro de 2015. MP n. 676/2015, convertida na Lei n. 13.183, de 04 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm. Acesso em 08 de abril de 2019.

nos autos no Recurso Especial n. 1.334.488/SC, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos¹⁹ pela 1ª Seção da Corte.

No julgamento, foram abordados pontos importantes acerca da desaposentação: a possibilidade ou não de renúncia da aposentadoria e, sendo possível a desaposentação, a obrigatoriedade ou não da devolução dos valores anteriormente auferidos.

Por unanimidade, o Tribunal reconheceu o direito à desaposentação, negando provimento ao recurso da autarquia previdenciária que defendia teses contrárias ao benefício. Na mesma assentada, a Corte deu provimento ao recurso do autor para consolidar o entendimento pela desnecessidade da devolução dos valores recebidos durante a aposentadoria gozada antes da desaposentação.

Veja-se a ementa do acórdão do julgado:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposementação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, REsp: 1334488/SC, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 14/05/2013). (grifo nosso).

¹⁹ Tal instituto estava previsto no artigo 543-C do CPC, o qual foi mantido pelo art. 1.036 do CPC/2015 e tem por escopo evitar que demandas judiciais idênticas sejam julgadas de formas distintas. A sistemática busca garantir a segurança jurídica e a justa decisão dos processos, além de evitar um abarrotamento de recursos idênticos nos tribunais superiores.

Marco Aurélio Serau Junior critica os fundamentos adotados pelo STJ para sustentar o direito à desaposentação. Para ele, apesar de defender a desaposentação, os argumentos utilizados pelo Tribunal não são os melhores, tendo em vista que:

o melhor ponto de justificativa para a pretensão de desaposentação consiste no próprio caráter contributivo da Previdência Social, previsto no art. 201, *caput*, da Constituição Federal. Uma vez que o sistema é essencialmente contributivo e baseado em equilíbrio financeiro e atuarial, a existência de novas contribuições deve repercutir positivamente para os segurados, em termos de melhoria do nível de benefícios.²⁰

A discussão sobre o direito à desaposentação foi remetida ao STF, que reconheceu a repercussão do tema em 18 de novembro de 2011 nos autos do RE 661.256/SC, julgado em conjunto com o RE 827.833/SC.

Na resolução dos citados recursos, a Suprema Corte, por maioria, concluiu pela inconstitucionalidade da desaposentação, ao fundamento de que a criação de determinado benefício previdenciário somente se faz através de lei formal.

Assim, para a Suprema Corte, inviável o reconhecimento do direito à desaposentação, porquanto inexistente lei que o delimite, o qual, na realidade, ostenta natureza de novo benefício previdenciário concedido a partir das contribuições dos aposentados que continuam ou ingressam no mercado de trabalho após a jubilação.

Na mesma oportunidade, o STF reafirmou a constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios mantidos pelo aposentado que permanece no mercado de trabalho, exercendo atividade vinculada ao INSS, quais sejam: salário-família e a reabilitação profissional.

Confira-se a ementa do acórdão:

EMENTA Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/SC (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/SC. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. **Inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.** 3.

²⁰ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação, novas perspectivas teóricas e práticas*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 78.

Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”. 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).

(RE 661256, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, DJe-221 DIVULG 27-09-2017, PUBLIC 28-09-2017). (grifo nosso)

Não obstante, o STF não se pronunciou a respeito da modulação temporal dos efeitos de sua decisão, ou seja, não é possível saber se a decisão produzirá efeitos retroativamente ou se produzirá efeitos apenas para o futuro, situação essa que gera insegurança jurídica em relação às pessoas que se beneficiaram com a desaposentação concedida judicialmente, seja em tutela provisórias ou por força de ações já transitadas em julgado. Dessa forma, fica o questionamento: os valores auferidos anteriormente terão de ser devolvidos pelos segurados aos cofres públicos? Cumpre esclarecer que a questão foi levantada nos debates pelo Ilustre Ministro Ricardo Lewandowski, oportunidade em que foi decidido pelos ministros adiar a discussão até o julgamento de eventuais embargos de declaração, os quais, inclusive, já foram devidamente aviados²¹, embora não haja previsão de julgamento dos mesmos.

Nos próximos tópicos, será abordado o impacto decorrente da inércia do STF em modular os efeitos da decisão.

3. CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF

Antes de adentrar na temática principal desta pesquisa, cujo objetivo é analisar os impactos causados às pessoas beneficiadas com a desaposentação por força de decisão judicial, decorrentes da falta de modulação temporal dos efeitos do julgamento do RE 661.256/SC, é importante rememorar, mediante uma breve exposição, os conceitos básicos da modulação.

Basicamente, a modulação dos efeitos temporais das decisões permite que a Suprema Corte estipule uma data para que suas decisões comecem a surtir efeitos no mundo jurídico.

Tal instituto encontra respaldo no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, a qual regulamenta o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal e que dispõe o seguinte:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²¹ Os embargos de declaração foram opostos no dia 05/10/2017 pela Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionista – COBAP, conforme se verifica no endereço eletrônico <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4157562>. Acesso em 29 março 2019.

O leque de hipóteses previstas no art. 27 da Lei n. 9.868/99 foi ampliado com o advento do CPC de 2015, cujo art. 927, § 3º possibilitou modular decisões que modifiquem a jurisprudência dominante nos tribunais superiores. Veja-se:

Art. 927 Os juízes e os tribunais observarão:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Importante esclarecer que os diplomas legais referidos versam a respeito da modulação no controle concentrado de constitucionalidade²² e que, muito embora a decisão de proibir a desaposentação tenha sido prolatada em sede de controle difuso, porquanto no julgamento de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de ser possível a aplicação do instituto da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade difuso²³, sobretudo quando se está diante de repercussão geral reconhecida.

Sua finalidade primordial é garantir a segurança jurídica impedindo que as decisões que declarem a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo inconstitucional ou que alterem um entendimento jurisprudencial consolidado, anulem todos os atos que já foram realizados, evitando-se assim um possível caos social.

A segurança jurídica que se espera com a modulação é alcançada por meio da possibilidade do STF definir se a sua decisão terá eficácia retroativa ou a partir do trânsito em julgado da decisão ou, ainda, a partir de uma determinada data futura.

O Ministro Alexandre de Moraes²⁴ leciona que as espécies de modulação se desdobram em uma regra e duas exceções, sendo a regra o efeito *ex tunc* ou retroativo e, por ser a regra, o efeito é presumido, independentemente da manifestação expressa para que o mesmo seja adotado. A primeira exceção, por sua vez, é o efeito *ex nunc*, isto é, não retroativo, na medida em que a decisão vale somente a partir do trânsito em julgado, resguardando os atos que foram consolidados antes de tornada imutável a decisão. Por fim, a segunda exceção versa sobre a modulação *pro futuro*, possibilitando ao STF fixar um período no qual a decisão não produz efeitos, semelhante à *vacatio legis*²⁵, de modo que só valerá a partir de uma data estipulada pela Corte.

Feitas essas breves considerações sobre o instituto da modulação, impõe-se ressaltar, conforme acima mencionado, que o STF decidiu adiar a definição da modulação no RE

²² As principais diferenças entre o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado é que o exercício do controle difuso pressupõe a existência de um caso concreto para ser analisado e compete a qualquer juiz ou tribunal, sendo exercido pela via de defesa ou de exceção. Neste controle, a declaração de inconstitucionalidade é incidental e, em regra, produz efeitos apenas *inter partes*. Por outro lado, o controle de constitucionalidade concentrado não depende de um caso concreto, sendo que a declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação e produz efeitos *erga omnes*.

²³ Vide, a propósito, o recente precedente do RE 593.849/MG – Tema 201 do repositório da repercussão geral, no qual se decidiu que – por se estar alterando o precedente firmado na ADI 1581 – os efeitos daquele novo entendimento orientariam apenas os litígios futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. No mesmo sentido, conferir o RE 500171/GO, Tribunal Pleno, Relator: Rel. Ricardo Lewandowski, Data da decisão: 16/03/2011.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional, rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 795.

²⁵ *Vacatio Legis* é um termo latino que significa “vacância da lei” ou “lei vaga”. É o lapso temporal que existe entre a publicação da lei até o início de sua vigência. Esse prazo tem por finalidade dar conhecimento às pessoas para que assimile o seu conteúdo, bem como tome conhecimento de sua existência. No decorrer da vacância da nova lei, vigora a antiga norma até que o período da vacância chegue ao fim.

661.256/SC para a ocasião do julgamento de eventuais embargos de declaração, situação essa que configura o cerne da problemática objeto do presente trabalho, porquanto mantém indefinida a situação jurídica dos que já estavam gozando o benefício da desaposentação em razão do entendimento firmado pelo STJ no REsp n. 1.334.488/SC.

A mudança de entendimento do STF e a falta de modulação dos efeitos da decisão faz com paire sobre os aposentados que já estão recebendo o benefício da desaposentação grande insegurança jurídica em relação a suas situações jurídicas, uma vez que, conforme visto, a retroatividade dos efeitos da decisão é a regra no ordenamento jurídico, ou seja, como a decisão retroage, o INSS tem respaldo para pedir a devolução dos valores que foram pagos a título de desaposentação.

A autarquia previdenciária tem inúmeros argumentos para pedir o ressarcimento do benefício pago a título de desaposentação, tanto dos beneficiados que recebem o benefício por força de decisão precária, quanto dos que já obtiveram decisão acobertada pelos efeitos da coisa julgada.

O primeiro argumento adotado pelo INSS para sustentar sua tese pela repetição dos valores recebidos, é no sentido de que com a declaração de inconstitucionalidade da desaposentação sem que seja definida a modulação da decisão, e consoante a regra geral de que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos, o benefício pago anteriormente se torna indevido, fato que possibilita o INSS reaver todos os valores pretéritos concedidos em razão da desaposentação.

Importante salientar que o posicionamento do INSS encontra amparo no art. 115, da Lei nº 8.213/91²⁶, o qual apresenta um rol taxativo das hipóteses em que o INSS fica autorizado a efetuar descontos do benefício do segurado, dentre as quais se insere a hipótese de benefício assistencial pago em virtude de decisão judicial posteriormente revogada²⁷.

Com efeito, com base na decisão do STF e nos diplomas acima aduzidos, o INSS tem intimado as pessoas que tiveram seus pleitos concedidos por meio de tutelas provisórias para restituírem aos cofres públicos valores referentes à desaposentação já pagos, podendo ainda sofrer acréscimos legais, bem como ter seu débito inscrito em dívida ativa, nos termos do § 3º, do art. 18, da lei 8.213/91²⁸.

Diante do exposto, conclui-se que a inércia do STF em modular a decisão proferida no RE n. 661.256/SC gera intensa insegurança jurídica para as pessoas que estão recebendo a nova aposentadoria, uma vez que elas podem ter seus benefícios reduzidos ou, pior, serem obrigadas a restituir, mediante desconto em folha, valores que receberam de boa-fé.

No próximo tópico, passa-se a analisar os argumentos fáticos e jurídicos contrários ao cancelamento do benefício concedido por força de decisão judicial e à repetição dos valores.

²⁶ Lei n. 8.213/91 - Art. 115 - Podem ser descontados dos benefícios:

II - pagamento administrativo ou judicial de benefício previdenciário ou assistencial indevido, ou além do devido, inclusive na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, nos termos do disposto no Regulamento.

²⁷ O procedimento para que esses descontos sejam efetivados é regulamentado pela Portaria Conjunta nº 2 do INSS, de 16/01/2018, a qual dispõe acerca da cobrança de valores pagos a título de benefício previdenciário concedido por decisão provisória que é posteriormente revogada ou reformada, decisão transitada em julgado que venha a ser rescindida.

²⁸ O artigo 155, § 3º da Lei 8.213/91 dispõe que serão inscritos em dívida ativa pela Procuradoria-Geral Federal os créditos constituídos pelo INSS em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial pago indevidamente ou além do devido, inclusive na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, nos termos do disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para a execução judicial.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À DEVOLUÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE

Conforme visto nos tópicos anteriores, a declaração de inconstitucionalidade da desaposentação no julgamento do RE n. 661.256/SC, associado com a ausência da modulação temporal dos efeitos da decisão, servem de amparo jurídico para que o INSS busque a devolução aos cofres públicos dos valores recebidos pelos segurados contemplados com a desaposentação reconhecida judicialmente, pois, conforme visto, as decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produzem, como regra, efeito *ex tunc* ou retroativo.²⁹

No entanto, a interpretação alcançada pelo INSS causa grande insegurança jurídica entre os segurados, diante da incerteza quanto à obrigatoriedade de devolução desses valores, eis que se trata de verba de caráter alimentar, recebidos de boa-fé e com autorização do Poder Judiciário.

Dessa forma, chega-se à problemática central dessa pesquisa, cujo principal objetivo é defender, mediante sólida argumentação jurídica, a impossibilidade da repetição dos valores recebidos em razão da desaposentação, seja através de desconto em benefício previdenciário, ou por ação autônoma de cobrança ou ainda em execução nos próprios autos.

O primeiro motivo pelo qual o pedido de restituição dos valores pagos não deve prosperar é que a aposentadoria ostenta natureza alimentar, nos termos do §1º do art. 100 da CF/88³⁰. De fato, a aposentadoria é um benefício que substitui a renda do trabalhador, logo, tem a função primordial de assegurar que as necessidades básicas de sobrevivência do aposentado e sua família sejam satisfeitas, dando-lhes condições mínimas de vida. Por essas razões, não se mostra razoável admitir a repetibilidade dessas verbas, sobretudo quando recebidas de boa-fé e com autorização judicial.

Com efeito, antes do STF reconhecer a inconstitucionalidade da desaposentação, o STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.334.488/SC, julgado na sistemática de Recurso Repetitivo, proferiu decisão favorável à desaposentação, orientação esta que amparou a concessão de numerosos pedidos pelo Poder Judiciário. Logo, somado ao fato de que a verba recebida tem natureza alimentícia, tese que por si só esparcaria a pretensão da autarquia previdenciária de cobrar tais valores, a concessão do benefício teve respaldo em decisões judiciais, o que apenas reforça a boa-fé dos segurados.

29 Conferir matéria veiculada no Jornal Correio Braziliense sobre um aposentado de 70 anos beneficiado pela desaposentação que há três meses teve seu contracheque reduzido de R\$ 4,8 mil para R\$ 2,7 mil mensais. SOUTO, Isabella. Fim da desaposentação é cobrado nos contracheques dos inativos: Com a decisão do STF que proibiu a revisão dos benefícios de aposentados que continuaram trabalhando, INSS passou a cortar os valores recebidos a mais e quer reaver o que pagou. Correio Braziliense, Brasília, 07/03/2019. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/03/07/internas_economia,741470/fi_m-da-desaposentacao-e-cobrado-nos-contracheques-dos-inativos.shtml>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

Verificar o vídeo do G1 a respeito de outro aposentado que teve sua aposentadoria reduzida de R\$3.5 mil para R\$ 2.2 mil mensais. Neste caso, o aposentado está sofrendo crises de ansiedade e apresentando quadros depressivos por conta desses descontos. LAPORTA, Taís. INSS cobra segurados que receberam a desaposentação: STF barrou a correção dos benefícios em 2016, mas ainda não decidiu sobre a devolução de dos valores já pagos; parte dos segurados perdeu o reajuste e outros já tiveram descontos na aposentadoria. G1, Brasil, 20/07/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/20/inss-cobra-segurados-que-receberam-a-desaposentacao.ghtml>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

30 CR/88. Art. 100 - § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Sobre a impossibilidade de devolução de valores previdenciários recebidos de boa-fé, é importante mencionar que a Suprema Corte tem entendimento consolidado acerca desse posicionamento³¹:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVIDENCIÁRIO. **BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. DEVOUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SEGURADO AO INSS. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL.** 1. A violação constitucional dependente da análise do malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. 2. O princípio da reserva de plenário não resta violado, nas hipóteses em que a norma em comento (art. 115 da Lei 8.213/91) não foi declarada inconstitucional nem teve sua aplicação negada pelo Tribunal *a quo*, vale dizer: a controvérsia foi resolvida com a fundamentação na interpretação conferida pelo Tribunal de origem a norma infraconstitucional que disciplina a espécie. Precedentes: AI 808.263-AgR, Primeira Turma Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 16.09.2011; Rcl. 6944, Pleno, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Dje de 13.08.2010; RE 597.467-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI Dje de 15.06.2011 AI 818.260-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Dje de 16.05.2011, entre outros. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “PREVIDENCIÁRIO.

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. COBRANÇA DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. CARÁTER ALIMENTAR DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. 1. Esta Corte vem se manifestando no sentido da impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo segurado, dado o caráter alimentar das prestações previdenciárias, sendo relativizadas as normas dos arts. 115, II, da Lei nº 8.213/91, e 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99. **2. Hipótese em que, diante do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, deve ser afastada a cobrança dos valores recebidos indevidamente pelo segurado, a título de aposentadoria por tempo de contribuição.** 4. Agravo regimental desprovido.

(AI 849529, AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, DJe-054 DIVULG 14-03-2012, PUBLIC 15-03-2012). (grifo nosso)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A IMEDIATA INTERRUÇÃO DO PAGAMENTO DA URP DE FEVEREIRO DE 1989 (26,05%). EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM

³¹ Além do entendimento da Suprema Corte, é importante citar que o Tribunal de Contas da União possui uma súmula no mesmo sentido, *in verbis*: “SÚMULA Nº 106. O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.”

JULGADO. NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido do descabimento da restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé. (Precedentes: MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 13/6/2008; AI 490.551-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 3/9/2010) 2. A boa-fé na percepção de valores indevidos bem como a natureza alimentar dos mesmos afastam o dever de sua restituição. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 25921, AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 01-04-2016 PUBLIC 04-04-2016). (grifo nosso)

Verifica-se, das ementas acima colacionadas, que a posição predominante no STF é no sentido de que é inviável a repetição do benefício previdenciário quando auferido de boa-fé pelo segurado, em virtude de decisão judicial, uma vez que possui caráter eminentemente alimentar.³²

Dessa forma, mesmo tendo sido posteriormente reconhecida a inconstitucionalidade da desaposentação, a repetição do benefício, conforme pretendido pelo INSS, esbarra no fato de que predomina no STF a orientação no sentido de que é incabível a restituição da verba, se de natureza alimentar e recebida de boa-fé pelos segurados.

Outro argumento contrário à devolução desses benefícios tem inspiração no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja observância recai tanto na elaboração das normas jurídicas, quanto na interpretação das mesmas, seja pelo Judiciário ou pela Administração Pública, a fim de evitar que direitos humanos já consagrados sejam violados.

No que tange a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a impossibilidade de devolução dos valores recebidos a título de desaposentação, Omar Chamon³³ esclarece que:

Não há dúvidas que a desnecessidade de devolver verbas de natureza alimentar, recebidas indevidamente, mas de boa fé, possui correlação com o referido princípio. A irrepetibilidade da verba alimentar é razoável, pois se presume que referida verba é utilizada para garantir o extrato material mínimo para que uma pessoa viva com dignidade. A redução desse patamar significaria, em tese, privá-la de direitos sociais básicos, tais como a educação, a saúde, a alimentação, a moradia e o lazer.

³² A despeito da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal pela irrepetibilidade dos benefícios previdenciários quando recebidos de boa-fé com amparo em decisão judicial, o STJ fixou, em 2015, tese contrária no julgamento do Recurso Especial n. 1.734.68/SP, segundo a qual a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a restituir os proventos previdenciários então recebidos por força de julgado precário. Apesar disso, ao analisar questão de ordem na Pet 12482/DF, decidiu submeter à revisão seu próprio entendimento, suspendendo todos os processos em tramitação sobre essa temática. Na questão de ordem, o ministro relator Og Fernandes destacou a relevância da revisão da questão, uma vez que “a variedade de situações que ensejam dúvidas quanto à persistência da orientação firmada pela tese repetitiva relacionada ao Tema 692/STJ, bem como a jurisprudência do STF, estabelecida em sentido contrário, mesmo que não tendo sido com repercussão geral ou em controle concentrado de constitucionalidade”. Até o presente momento, a questão ainda não foi revista.

³³ CHAMON, O. Tutela revogada e devolução dos valores. *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL*, v. 1, n. 2, p. 5-15, 2. 4. jun. 2018.

Nesse contexto, a restituição violaria os direitos mais básicos do segurado, tais como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação etc. Assim, apesar dos fundamentos jurídicos que sustentam a pretensão do INSS de reaver os valores já pagos, o princípio da dignidade da pessoa humana opera como um entrave a essa devolução, mormente por se tratar de verba alimentar destinada a suprir necessidades essenciais do segurado.

Convém destacar, ainda, que um dos objetivos fundamentais da República, preconizado no inciso III do art. 3º da CF/88, é justamente “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Ora, a posição adotada pela autarquia previdenciária em buscar o reembolso das verbas recebidas pelo segurado, nas condições acima delineadas, caminha no sentido oposto a esse objetivo, pois estaria incentivando a pobreza e aumentando a desigualdade social.

Além de ofender o princípio da dignidade da pessoa humana e contrariar o objetivo constitucional de redução das desigualdades sociais, tem-se ainda que a decisão do INSS transgredir o princípio da igualdade jurídica. Isso porque o INSS ingressou com milhares de ações rescisórias³⁴ contra os segurados que lograram êxito na concessão do benefício pela via judicial.

Com relação ao ajuizamento dessas rescisórias, buscando a cassação das decisões transitadas em julgado que reconheceram o direito ao benefício, avulta discussão de acentuada importância, relativa à divergência de tratamento entre os segurados que tiveram reconhecido seu direito à desaposentação em ação ordinária, proposta na Justiça Comum, e aqueles que obtiveram sucesso por decisão emanada no Juizado Especial.

De fato, o segurado que se socorreu ao Juizado Especial não poderá ter seu benefício cassado por força do art. 59 da Lei 9.099/95, o qual proíbe a utilização da ação rescisória nessa justiça especializada.

Neste cenário, mesmo os beneficiários que se encontrem em situações idênticas, gozando da desaposentação por força de decisão judicial, receberão um tratamento diferenciado, porquanto somente o segurado que conquistou tal benefício pelo rito ordinário poderá ser surpreendido com a suspensão do benefício e eventual devolução dos valores, em caso de ajuizamento dessa ação rescisória, ao passo que o segurado que buscou seu direito junto ao Juizado Especial está resguardado por disposição legal (art. 59 da Lei 9.099/95), situação esta que configura manifesta violação ao princípio da igualdade jurídica.

Merece registro o fato de que a restituição dos valores impacta financeiramente a economia das pequenas e médias cidades do Brasil, especialmente nos municípios do interior, cuja renda advém basicamente da aposentadoria usufruída pelos seus moradores. O desconto das verbas, além de prejudicar diretamente os segurados, afetaria indiretamente toda a população daquele município, pois diminuiria a arrecadação dos impostos e como consequência haveria menos investimentos em áreas essenciais, como saúde, segurança, infraestrutura, entre outros.

³⁴ Insta salientar que, durante a execução de título judicial, os §§ 12º e 15º do art. 525 do CPC/15 autoriza o executado alegar a inexigibilidade da obrigação com fundamento em “lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou com fundamento em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.” Caso a decisão do Supremo seja proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não prospera o argumento sustentado pela autarquia previdenciária no sentido de que a desaposentação prejudicou o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, o que impõe a devolução dos valores pagos indevidamente, de modo a restabelecer esse equilíbrio. Isso porque a desaposentação pressupõe a manutenção do vínculo empregatício e durante esse período são vertidas contribuições para a Previdência. Assim, o prejuízo da autarquia pela falta de previsão orçamentária para custear a desaposentação é compensado pelas contribuições recolhidas pelo aposentado que manteve o emprego e posteriormente requereu a revisão do seu benefício.

Por todo o exposto, tem-se que a decisão do INSS de reaver os valores da desaposentação pagos por decisão judicial encontra fundados impedimentos de ordem principiológica e econômica, além de contrariar a jurisprudência do STF que se revela contrária à devolução de verbas previdenciárias recebidas pelo segurado de boa-fé.

5. MODULAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO RE N. 661.256/SC COM EFEITOS *EX NUNC* COMO ÓBICE À REPETIÇÃO DOS VALORES

É em razão de todos esses motivos acima aduzidos e pelos quais se entende que a restituição dos valores recebidos a título de desaposentação é juridicamente inviável que decorre a necessidade e a urgência da modulação dos efeitos da decisão proferida no RE n. 661.256/SC, conferindo-lhe eficácia *ex nunc*, de modo a assegurar que as desaposentações concedidas até a data da publicação do acórdão do STF sejam mantidas.

A modulação, na forma como aqui proposta, resguardaria milhares de pessoas que tiveram o benefício da desaposentação concedido pela justiça com amparo na jurisprudência firmada pelo STJ, as quais, em sua grande maioria, não teriam condições de arcar com o custo da devolução dos valores recebidos sem prejudicar a manutenção da sua subsistência.

Alterar uma jurisprudência com acentuado impacto em parcela considerável da sociedade mais vulnerável, seja economicamente ou por razões etárias, sem que se faça uma modulação adequada da decisão, tem como consequência a fragilização de princípios sensíveis como o da dignidade da pessoa humana.

No mais, a insegurança jurídica decorrente desse quadro de falta de modulação contribui para a desqualificação da prestação do serviço jurisdicional, gerando desconfiança do jurisdicionado quanto à atuação do Judiciário como responsável pela pacificação social.

Assim, para que haja o reestabelecimento da ordem jurídica, é imperioso que seja operada a modulação da decisão proferida no RE 661.256/SC, em respeito aos princípios da segurança jurídica, boa-fé, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Logo, o Poder Judiciário deve modular o mais rápido possível a decisão pronunciada no RE n. 661.256/SC, a fim de que os segurados contemplados pela tese da desaposentação não sejam obrigados a restituírem os proventos da nova aposentadoria, uma vez que o que está em jogo é a subsistência de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, seja pela idade avançada ou pela doença, seja, ainda, pela carência econômica.

Por fim, deve-se ressaltar que a modulação, na forma como aqui proposta, evitaria o ajuizamento de milhares de ações rescisórias pelo INSS com o escopo de desconstituir as decisões que transitaram em julgado reconhecendo o direito à desaposentação, de modo que evitar um aumento excessivo da demanda judicial.

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi explanado no decorrer do trabalho, conclui-se que para evitar que o aposentado que se beneficiou com o instituto da desaposentação por força de decisão judicial seja obrigado a restituir os proventos recebidos até então, é necessário que o STF se pronuncie, o mais rápido possível, a respeito da modulação temporal dos efeitos da decisão, assentando a eficácia *ex nunc*, com intuito de garantir a irrepetibilidade dos valores já pagos decorrentes dos benefícios concedidos judicialmente.

Apesar de até o presente momento a decisão carecer de modulação, ainda assim há sólidos argumentos que demonstram que essas verbas não devem ser restituídas ao erário público.

Primeiro porque a aposentadoria tem a função de substituir a renda do trabalhador, ou seja, a verba é utilizada para prover o sustento do aposentado e de sua família, o que revela o caráter alimentar do benefício. Logo, a obrigação da restituição afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o que está em jogo é a sobrevivência do aposentado.

Ademais, verificou-se que a desaposentação foi autorizada pelo Poder Judiciário, o que reforça a boa-fé do segurado no recebimento dessas verbas.

Restou comprovado ainda que os pagamentos realizados pela autarquia previdenciária em razão da desaposentação não resultaram em prejuízo ao equilíbrio financeiro da Previdência, uma vez que as contribuições vertidas posteriormente à primeira aposentadoria são receitas imprevistas para o custeio da Previdência Social, ou seja, o aposentado trabalhou, contribuiu, logo, arcou com as despesas que foram pagas em razão da desaposentação.

Ademais, demonstrou-se que as ações rescisórias ajuizadas pelo INSS configura manifesta violação ao princípio da igualdade jurídica, uma vez que apenas o segurado que obteve tal benefício pelo rito ordinário poderá ser acionado judicialmente para restituir os valores auferidos, ao passo que o segurado que conquistou seu direito junto ao Juizado Especial estará protegido pelo art. 59 da Lei 9.099/95.

Por fim, devido ao fato de haver milhares de pessoas em gozo do benefício mais vantajoso, espera-se que o STF, por questões de segurança jurídica, module a decisão do RE n. 661.256/SC com efeitos *ex nunc*, não retroativo, para que seus efeitos comecem a surtir apenas a partir da publicação do acórdão, evitando-se assim que valores sejam descontados do aposentado que obteve seu benefício por força de decisão judicial, uma vez que só dessa forma seria possível restabelecer a ordem jurídica e a paz social.

REFERÊNCIAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação – Novos dilemas. **Juris Plenum Previdenciária**. Assunto Especial: Desaposentação, ano I, n. 01, fev/abril, 2013.

DORIA JUNIOR, Luiz Fernando S. A desaposentação e a não obrigatoriedade da devolução das parcelas recebidas. **Juris Plenum Previdenciária**. Assunto Especial: Desaposentação, ano I, n. 01, fev/abril, 2013.

ROCHA, Vinícius Mendes; SALGADO, Antônio Luiz Nunes. Desaposentação: hipótese de modulação pelo STF. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 6, n. 36, dez/jan, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

MARCELO, Fernando Vieira. **Desaposentação: manual teórico e prático para encorajamento em enfrentar a matéria**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

BACHUR, Thiago Faggioni. **Super Manual Prático de Direito Previdenciário**. Leme: Lemos e Cruz, 2014.

CHAMON, O. Tutela revogada e devolução dos valores. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL**, v. 1, n. 2, p. 5-15, 24 jun. 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação, novas perspectivas teóricas e práticas**. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORRÊA SILVA, Elisa Maria. **Inconstitucionalidade da desaposentação**; Prefácio Alessandro Antonio Stefanutto. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MARCELO, Fernando Vieira. **Desaposentação, Manual teórico e prático para o encorajamento em enfrentar a matéria**. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional, rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINEZ, Vladimir Martinez; SANTOS, Taís Rodrigues dos. **Revisão dos benefícios previdenciários: em prol do melhor benefício**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método: 2013.

BRASIL. 2016. Ministério da Previdência Social. RGPS: Previdência Social teve déficit de R\$195,2 bilhões em 2018. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2019/01/previdencia-social-teve-deficit-de-r-1952-bilhoes-em-2018/>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.334.488 - SC 2012/0146387-1. Relator: Herman Benjamin. DJ: 08/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24972966&num_registro=201201463871&data=20130514&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 de março de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 464, de 04 de novembro de 2015. MP nº 676/2015, convertida na Lei nº 13.183, de 04 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm>. Acesso em 08 de abril de 2019.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 16, de 11 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VET/VET-16-08.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2019.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2019.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2019.

_____. Constituição(1998). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Portaria Conjunta n. 2, de 16 de janeiro de 2018. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Procuradoria-Geral Federal, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2018. Seção 1, p. 1/2.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2019.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2019.

_____. Lei n. 8.870.105, 15 de abril de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8870.htm>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2019.

_____. Lei nº 9.032, 28 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2019.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 de maio 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 106. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/s%25C3%25BAmula%2520106/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMEROINT%20desc/3/%20?uuid=edf8fe50-7b27-11e9-a6bf-1d507fc28076>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

SOUTO, Isabella. Fim da desaposentação é cobrado nos contracheques dos inativos: Com a decisão do STF que proibiu a revisão dos benefícios de aposentados que continuaram trabalhando, INSS passou a cortar os valores recebidos a mais e quer reaver o que pagou. Correio Braziliense, Brasília, 07/03/2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/03/07/internas_economia,741470/fim-da-desaposentacao-e-cobrado-nos-contracheques-dos-inativos.shtml>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

LAPORTA, Taís. INSS cobra segurados que receberam a desaposentação: STF barrou a correção dos benefícios em 2016, mas ainda não decidiu sobre a devolução de dos valores já pagos; parte dos segurados perdeu o reajuste e outros já tiveram descontos na aposentadoria.. G1, Brasil, 20/07/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/20/inss-cobra-segurados-que-receberam-a-desaposentacao.ghtml>>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Yuri Farias Braga (Orientadora: Prof^ª. Rúbia Zanotelli Alvarenga)

RESUMO: O assédio moral organizacional é uma nomenclatura recente para um problema antigo, sendo pouco abordado e estudado até os dias atuais. Com o passar dos anos, ganhou um pouco mais de visibilidade e relevância, despertando o interesse de doutrinadores e pesquisadores na busca de um estudo aprofundado sobre essa problemática, com o propósito de proteger a saúde física e psíquica dos trabalhadores de agressões periódicas e destrutivas. Cobranças excessivas, sobrecargas de estresse, humilhações públicas ou particulares, um meio ambiente laboral mórbido, causam diversas doenças e síndromes no trabalhador, o prejudicando em relações profissionais, sociais e familiares, tendo como consequência sua queda de produção e dificuldade de interação, podendo gerar depressão e até mesmo o suicídio da vítima. A busca incessante pelo lucro das empresas não pode ter como moeda de troca a saúde e qualidade de vida do empregado, e, com o cenário econômico em crise, o empregador, ciente da ínfima demanda de vagas de emprego para milhões de pessoas desempregadas, acaba o submetendo a situações degradantes, o explorando ao máximo e abusando de seu poder diretivo e hierárquico. Sendo, portanto, pertinente a abordagem do presente trabalho sobre a temática em questão, buscando demonstrar as causas, consequências e modo de prevenção de tal agressão, tendo como cerne a proteção da integridade física e psíquica do empregado, valorizando seu trabalho, saúde e dignidade.

Palavras-chave: Assédio moral organizacional. Meio ambiente do trabalho. Saúde física e psíquica.

ABSTRACT: The organizational moral harassment is a recente nomenclature to an old issue, being little discussed and studied until recent days. Over the years, it gained a little more visibility and relevance, bringing to the surface the attention of researchers and doctrinators in the search of a deeper review on this issue, with the purpose of protecting the physical and mental health of employees from destructive and periodic agressions. Excessive demands, stress overloads, public or private humiliations. A morbid labor environment, can cause various syndroms and diseases on the worker, jeopardizing his business, social and Family relationships, having as a consequence a lack of productivity and interaction troubles, which may lead to depression and even suicide of the victim. The incessant quest for the company profits cannot have as a exchange currency the health and quality of life of the employee, furthermore, due to the crysis in the economic scenario, the employer , aware of the undermost vacant job demand over millions of jobless people, ends up submitting him to degrading situations , exploiting the employee to his maximum and abusing of his own directive and hierarchical power. Being, therefore, pertinent the approach of the current work over the concerned thematic, looking forward to demonstrate the causes, consequences

and means of preventing such aggressions, having as core the safety of the physical integrity e psychic of the employee, valuing his work, health and dignity.

Keywords: Organizational harassment. Work environment. Physical and mental health.

INTRODUÇÃO

O instituto do assédio moral organizacional sempre esteve presente em nossa sociedade, porém, de maneira obscura e nada abordada em determinados períodos históricos, vindo a ser estudado com o passar dos anos, estimulando a consciência, incentivando seu combate e prevenindo de futuras consequências que este traz.

Como uma das pioneiras sobre o tema está Marie-France Hirigoeyen, que aprofundou seus estudos por intermédio de pesquisas e contribuiu de forma significativa para agregar seus conhecimentos adquiridos ao debate, publicando em 1998 o primeiro livro relacionado a temática em questão.

Já no Brasil, a Doutora Margarida Barreto foi a percussora do tema, inclusive, defendendo sua tese de mestrado em 2000 se utilizando de estudos feitos por Hirigoeyen, realçando a necessidade e importância da abordagem desse assunto tão relevante.

Diante de um atual cenário econômico de crise, empresas e empregadores buscam uma mão de obra barata e produtiva, com designo em diminuir gastos sem perder a produtividade, ou até aumentá-la, se possível.

Por outro lado, está o trabalhador, a parte mais frágil da relação trabalhista, que também é atingido pela crise, e acaba sendo submetido a situações degradantes e constrangedoras em seu ambiente laboral, haja vista que o empregador, sabendo da pouca oferta de emprego no mercado de trabalho para milhões de desempregados, acaba se beneficiando desse cenário para oferecer propostas de acordos absurdas, impor ao funcionário metas inatingíveis e o cobrando pela obtenção de tal, causando-lhe constrangimento em público ou o humilhando em particular, tendo em vista a necessidade do empregado pela continuidade de suas atividades laborais.

O assédio moral organizacional se configura com o preenchimento de certos requisitos, que são: habitualidade, ataques psicológicos, a intenção de prejudicar, afastar ou anular o empregado, e a pessoalidade.

As consequências oriundas dessa agressão transcendem a questão física, atingindo a parte psicológica do empregado e trazendo diversos transtornos e reflexos, como depressão, a Síndrome de Burnout, onde vítima se insere em um profundo esgotamento físico e mental, ocasionando até mesmo o suicídio do agredido.

Diversas ações por conta do Estado, das empresas e até mesmo dos empregados podem mudar esse cenário e buscar um ambiente de trabalho saudável, campanhas, cursos, palestras e políticas de gestão possuem uma considerável relevância para combater tais agressões, visando agregar conhecimento, por intermédio de instrução, promovendo a educação e fiscalizando de maneira efetiva o a local das atividades de seus empregados.

Sobre esse paradigma, o presente trabalho tem o propósito de abordagem em seu primeiro capítulo os conceitos, características e fundamentos do assédio moral organizacional, bem como suas consequências e danos.

Já no segundo capítulo o propósito do presente trabalho é destacar a proteção à saúde do trabalhador e importância de um meio ambiente de trabalho saudável, bem como a relevância do respeito à dignidade da pessoa humana no ambiente de trabalho, incluindo o respeito a integridade física e psíquica do empregado e suas violações.

Finalmente, o capítulo três, destacando a prevenção e reparação civil do assédio moral organizacional, realçando os fundamentos para prevenção, as medidas educativas, a importância de uma tutela jurisdicional inibitória e finalizando com a responsabilidade civil do empregador diante do assédio moral organizacional.

1. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

1.1 CONCEITO

O assédio moral apesar de ser constante no cotidiano de muitas pessoas, acaba passando despercebido em algumas situações, por ser manifestado de forma sutil e, inclusive de modo disfarçado, e pela complexa percepção de danos que, além de físico, pode ser emocional e psicológico.

Vindo o tema a ser abordado mais profundamente em 1980, quando o psicólogo alemão Heinz Leymann passou a usar a nomenclatura *mobbing* para se tratar desse comportamento abusivo com o intuito de atingir diretamente um integrante de algum determinado grupo. Optando Leymann em adotar esse nome e não *Bullying*, entendendo que *mobbing* se trata de um termo mais específico acerca desse assunto, levando em consideração que nem sempre ocorre a violação física, como no *bullying*.¹

Até que então surge a autora Marie-France Hirigoyen, que nos apresenta o nome “assédio moral” como substituição do termo *mobbing*, justificando que assédio possui uma representatividade na qual melhor se encaixa com a definição realizando diversas pesquisas e publicando em 1998 a primeira edição do livro relacionado ao tema, sendo o termo adotado também no Brasil por intermédio de Margarida Barreto. Nesse aspecto, dispõe Lis Andrea Soboll:

Hirigoyen sugere o termo assédio moral, avaliando-o como mais adequado que *mobbing*, pois o termo “assédio” representa melhor os pequenos ataques ocultos e insidiosos tanto de um indivíduo como de um grupo, contra uma ou várias pessoas, típicos dessas situações. Para a autora, a palavra moral empregada tem duplo sentido: sinaliza as agressões de natureza psicológica e as noções de bem e de mal, definidas culturalmente. No *mobbing*, a referência é de ataques de um grupo contra uma pessoa.²

A pioneira ao tratar sobre o tema no Brasil foi a Doutora Margarida Barreto, que inclusive defendeu sua tese de mestrado em 2000 se baseando nos estudos oriundos de

1 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 24.

2 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 27.

Hirigoyen, destacando a relevância do tema que até então não tinha a visibilidade necessária e abordagem digna no país, abrindo portas para a indagação de diversos outros autores.³

Observa-se, assim, que além do assédio moral individual, que tem como objetivo a exclusão da vítima do mundo do trabalho, discriminando-a perante o grupo, há também o assédio moral denominado organizacional. Este último tem por objetivo a sujeição de um grupo de trabalhadores às agressivas políticas mercantilistas da empresa por meio do estabelecimento abusivo de metas.⁴

Quanto a isso, ensina Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A moderna organização do trabalho tem como objetivo a instauração do mercado globalizado, através da competitividade e de grandes resultados a baixos custos. A reestruturação e reorganização do trabalho fizeram com que o trabalhador se adequasse a novas características, ou seja: qualificação, polivalência funcional, visão sistêmica do processo produtivo, autonomia e flexibilização, entre outras. Nessa nova perspectiva filha da globalização, exigem-se do trabalhador maior escolaridade, competência, eficiência, competitividade, criatividade, tudo com o objetivo de produzir mais e com o menor custo possível.⁵

Nesse aspecto, no assédio moral organizacional, o trabalhador fica “submetido a um ambiente laboral com características completamente competitivas, obrigando-os a também se tornarem muito competitivos, sob pena de não se desenvolverem no local de trabalho”.⁶

Desse modo, o assédio moral organizacional é uma espécie de assédio psicológico que se manifesta por cobranças excessivas por obtenção de metas, muitas vezes inatingíveis, pressões psicológicas coletivas ou individuais, ambientes de trabalho sobrecarregados, nos quais trazem diversos transtornos ao empregado.

O assédio moral organizacional compreende, assim,

um conjunto sistemático de práticas reiteradas, provindas dos métodos de gestão empresarial, que tem por finalidade atingir determinados objetivos empresariais relativos ao aumento de produtividade e à diminuição do custo do trabalho, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos aos trabalhadores na empresa.⁷

No assédio moral organizacional, portanto, a finalidade é “o aumento da produtividade, a diminuição dos custos e a exclusão de trabalhadores que a empresa não deseja manter em seus quadros”.⁸

3 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 27

4 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 159.

5 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 160.

6 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 160.

7 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 162.

8 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 165.

1.2 CARACTERÍSTICAS

Conforme visto, o assédio moral organizacional, é aquele no qual a empresa, por intermédio de políticas de gestão totalmente abusivas da sua própria administração, acaba submetendo o empregado ao cumprimento de metas extremamente árduas seguidas de cobranças excessivas, humilhações e repressões.

O assédio moral organizacional, assim, “é o que se verifica contra grupo ou comunidade de trabalhadores na empresa, com vistas ao atingimento de campanhas de produtividade, com penalidades para a não obtenção de metas”.⁹

Vale destacar que o assédio moral não se configura somente pelo autor superior hierarquicamente (vertical descendente), pode ocorrer pelos próprios companheiros de trabalho (horizontal) e também dos empregados sobre algum superior hierarquicamente falando (vertical ascendente).¹⁰

No entanto, a forma mais comum de assédio moral é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado, denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, destaca Denise de Fátima Stadler

O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego.¹¹

Existem alguns requisitos que qualificam o assédio moral organizacional, que são habitualidade, ataques psicológicos, a intenção de prejudicar, afastar ou anular a vítima no ambiente de trabalho e por fim a personalidade.¹²

A habitualidade se configura com práticas reiteradas de atitudes violentas, psicologicamente ou fisicamente, por um determinado período. Esse período não é definido precisamente pela doutrina, devendo o caso ser analisado sob a perspectiva do real interesse do assediador de atingir a vítima se caracterizando pelas suas práticas repetidas e pela intensão de lhe causar prejuízos em seu ambiente laboral.¹³

Os ataques psicológicos são aquelas atitudes provenientes do agressor com o intuito de causar constrangimento à vítima, lhe trazendo transtornos com uma considerável intensidade.¹⁴

Já intenção de prejudicar, afastar ou anular a vítima se dá quando o agressor usa como meio as agressões para se chegar na finalidade que é excluir e prejudicar a vítima não só no ambiente de trabalho como a atingindo em seu ambiente social e familiar. Utilizando de

9 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2013, p. 362.

10 DANTAS, Luana Karla de Araújo. **Assédio moral organizacional**: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

11 STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral**: uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

12 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.31.

13 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.31.

14 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

ofensas, humilhações e constrangimentos para provocar uma queda de produção, desempenho abaixo do esperado e causando até seu desligamento.¹⁵

Por último, temos a personalidade, caracterizada por um alvo específico do agressor, podendo ser uma pessoa ou um grupo selecionado que se destacam dos demais empregados.¹⁶

1.3 OS FUNDAMENTOS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A IMPOSIÇÃO DE METAS E O AUMENTO DA PRODUTIVIDADE

Quando a organização e administração de uma empresa são constituídas no intuito de obtenção de lucro através de uma política agressiva para o funcionário, estamos diante de um assédio organizacional, que possui alguns elementos de gestão que nos permite a visualização dessa política.

Sendo assim, temos a gestão por injúria, que, se consubstancia em humilhações e pressões excessivas sobre o empregado, chegando a lhe ofender a honra, causando constrangimento e depreciando sua imagem, podendo ser em pública ou em particular, podendo ser a vítima uma pessoa ou um determinado grupo.¹⁷

Existe a gestão por estresse que visa a ampliação de lucros da empresa e produtividade dos trabalhadores, sem o dolo de causar a estes qualquer prejuízo, porém, o método empregado é tão cruel e rigoroso que acaba criando um ambiente de trabalho totalmente tenso desgastante a estes, utilizando, por exemplo, de quadros de comparações de metas alcançadas ou não, gráficos de desempenhos, metas inalcançáveis, etc. Acaba submetendo o empregado a um estresse elevado, trazendo transtornos físicos e psíquicos.¹⁸

A gestão por medo se baseia em aceitação de determinadas políticas abusivas das empresas por medo de perder o cargo ou emprego, de não progredir na carreira, não conseguir se encaixar novamente no mercado de trabalho e as empresas se aproveitam disso para impor ao funcionário seu *modus operandi*, sabendo que o mercado de trabalho está extremamente saturado e o país passando por uma crise na qual milhões de pessoas estão desempregadas, se aproveitam destes fatores e acabam instaurando esse tipo de pressão na sua gestão.¹⁹

Esses tipos de gestões fazem parte da política das empresas em busca de aumentar sua produtividade, aumentando seus lucros e minimizando seus gastos, já que pode exigir de um só funcionário o serviço que deveria ser dividido por até três, sendo que esse empregado irá se sacrificar para executar o que lhe foi ordenado para garantir seu vínculo empregatício, tentando ser justificado pelos sócios, proprietários e diretores de empresas.

Acerca disso, acentua Lis Andrea Saboll:

15 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

16 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 32.

17 DANTAS, Luana Karla de Araújo. **Assédio moral organizacional**: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

18 DANTAS, Luana Karla de Araújo. **Assédio moral organizacional**: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

19 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em abr 2019

De maneira insidiosa, o assédio organizacional é por vezes defendido por diretores, gestores e mesmo pelos trabalhadores como estratégias necessárias na busca de padrões de excelência e de alta competitividade no mercado globalizado. Faz parte da busca de legitimação dessas práticas o processo de banalização do assédio moral.²⁰

1.4 CAUSAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A BUSCA DESENFREADA PELO LUCRO

O mercado de trabalho está em constante evolução e inovação, exigindo daqueles que o integram uma reestruturação permanente, com isso, as empresas acabam cobrando excessivamente de seus funcionários uma produtividade maior em um curto lapso temporal para se manter competitiva dentro desse mercado, chegando essa exigência de produção a ser abusiva.²¹

Consoante ensina Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

Diante das novas formas de gestão administrativa ou de reestruturação produtiva advindas dos efeitos da globalização na organização produtiva e do trabalho, as empresas precisam se reestruturar para adotarem padrões internacionais de qualidade a fim de enfrentar a competitividade e a lucratividade. Por isso, vivencia-se hodiernamente a era do controle da qualidade total. E o resultado disso é a busca cada vez mais desordenada de obtenção do lucro, que acontece através do estabelecimento de metas, por sua vez, abusivas.²²

Sob tal ótica, quando a política de uma empresa está estruturada em uma base que busca somente a produtividade e obtenção de lucros, acaba deixando o ambiente de trabalho hostil, induzindo os trabalhadores a uma competição interna, vindo os trabalhadores a adotarem uma relação de inimizade e concorrência excessiva entre si.²³

Essa cobrança excessiva sobre o empregado para cumprimento de metas estabelecidas, acabam sendo prejudiciais ao empregado, ao serviço prestado e ao ambiente de trabalho no qual este trabalhador está inserido.

Como meio de exemplificar, segue abaixo uma decisão referente ao tema supracitado:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO ORGANIZACIONAL. GESTÃO POR ESTRESSE. COBRANÇA EXCESSIVA DE METAS. Extrapola o poder diretivo do empregador a constante e incontestável cobrança aqueles que não alcancem os resultados perseguidos ou criticando severamente o trabalho realizado. Mesmo que não

²⁰ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 81.

²¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

²² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 164.

²³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 76.

ataque diretamente o empregado, a má conduta patronal configura gestão por estresse a violar os direitos de personalidade, o que permite o detrimento de indenização por danos morais. (TRT-4 – RO: 00205921320165040020, Data de Julgamento 08/02/2018, 6ª Turma)

O assédio moral organizacional é constantemente abordado pelas empresas com a justificativa de serem essas práticas de cobrança, imposição de metas, fiscalização intensa, e exigência excessiva de resultados, como parte de um sistema global existente, sendo primordiais para a evolução e crescimento da empresa acompanhando o ritmo do mercado, visando legitimar a atitude abusiva praticada, ignorando a lesão causada sobre cada trabalhador e a sua dignidade.

Em razão disso, destaca com exatidão Rúbia Zanutelli de Alvarenga:

Mesmo o empregador tendo o direito de estabelecer metas e estratégias para atingir seus resultados, ele não tem o direito de agir com desrespeito ao empregado em busca exclusiva de lucros e resultados, pois o seu direito de gerir a empresa não lhe dá o direito de lesar a dignidade da pessoa humana.²⁴

Ferem, portanto, a dignidade do trabalhador, as cobranças excessivas e humilhantes impostas pelo empregador, com o intuito de alcançar suas metas e resultados. O poder diretivo limita-se pelo princípio central da ordem jurídica hodierna, fundamento de validade de toda ação e de toda conduta com repercussões jurídicas, que é a dignidade da pessoa humana.²⁵

1.5 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2002 publicou o Relatório mundial sobre violência e saúde, na qual versa sobre as consequências que recaem sobre uma pessoa submetida a um poder abusivo e excessivo, veja-se:

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.²⁶

Cabe ressaltar que o termo “poder” se refere a uma relação de poder, podendo pontualmente ser exemplificado nas posições de empregado e empregador.

Sendo assim, as consequências como lesão, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação e dificuldade de se socializar, dentre outras, podem ser imediatas ou advirem com o tempo, bem como podem ser transitórias ou de caráter permanente.²⁷

²⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanutelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 155.

²⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanutelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 55.

²⁶ Krug EG et al., eds. **World report on violence and health**. Geneva, World Health Organization, 2002, p. 5.

²⁷ Krug EG et al., eds. **World report on violence and health**. Geneva, World Health Organization, 2002, p. 5.

1.5.1 Danos à saúde física e mental do trabalhador

A empresa deve apresentar um meio ambiente harmônico e agradável, buscando o zelo pela saúde física e psicológica de seus funcionários, evitando qualquer tipo de métodos que coloque em risco sua integridade, haja vista que ao serem violados, os danos causados têm um potencial impacto em sua vida social, laboral e familiar.²⁸

A cobrança exercida do empregador sobre o empregado de maneira reiterada e intensa acaba trazendo consequências terríveis e extremamente prejudiciais à saúde física e mental do trabalhador, podendo afetá-lo de maneira imediata ou lentamente.

De acordo com Tchilla Helena Candido, o assédio moral organizacional acarreta as seguintes consequências à saúde física e psicológica do trabalhador:

Agressividade, irritabilidade, desinteresse, desmotivação, angústia pela autodesvalorização e depressão. O trabalhador com essa síndrome perde a noção de sua rentabilidade profissional e, tal como uma vítima de Assédio Moral, tem uma série de sensações como dores generalizadas, fibromialgias, insônia, dores de cabeça, falta de ar, etc. Quando identificado quadro de Burnout, é hora de reestruturar o ambiente de trabalho, remanejar as atividades, a fim de prevenir o desgaste emocional e priorizar a saúde do trabalhador. Quando uma depressão se manifesta pela Síndrome de *Burnout*, a mesma não será por motivos relacionados à vida pessoal do trabalhador, e, sim, a situações ligadas diretamente ao trabalho.²⁹

Quando se trata de danos físicos, o empregado, mesmo debilitado, procura evitar que a lesão sofrida seja demonstrada, muitas vezes por medo de perder o cargo ou emprego, ou até mesmo por entender que a cobrança e opressão imposta pelo empregador tenha sua carga majorada. Mas nem sempre é possível esconder esse dano e suas consequências, a vítima começa a demonstrar atitudes não comuns, dificuldade de relacionamento e socialização, sua capacidade produtiva é reduzida devido à pressão exercida. Por isso, o empregado pode adoecer em decorrência do tamanho desgaste.

O dano à saúde física do trabalhador, segundo Barbosa Júnior, citando Mauro Moura, pode ter seu reflexo sob diversas maneiras:

Os primeiros sintomas são os problemas clínicos devido ao estresse. O funcionário começa a dormir mal, a ter tremores, palpitações, pressão alta, problemas de pele, aumenta ou diminui de peso abruptamente. Uma pessoa que não possui diabetes pode desenvolver a doença, e quem possui pode descompensar o sintoma. Em alguns casos, distúrbios hormonais também são verificados. Nas mulheres, alterações na menstruação. Nos homens, impotência.³⁰

Sendo alguns destes de caráter perpétuo, trazendo prejuízo à vida do trabalhador de maneira a prejudicá-lo não somente em seu ambiente de trabalho como também na sua

²⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

²⁹ CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral**: acidente laboral. São Paulo: LTr, 2011, p. 234.

³⁰ BARBOSA JÚNIOR, Floriano. **Direito à intimidade**: direito fundamental e humano na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008, p. 33.

vida social e familiar, criando barreiras que impeçam seu ingresso no mercado de trabalho novamente, pois o medo de ser vítima de um novo assédio permanece em seu subconsciente, e temendo não ter mais forças para suportar uma nova agressão, a vítima acaba evitando uma nova atividade laboral.

Os danos psicológicos causados ao empregado devido ao abuso patronal, diferentemente dos danos físicos, exigem uma análise mais aprofundada para ser constatado, haja visto que não deixa lesões aparentes, via de regra, podendo a vítima sofrer tais danos sem que a própria ainda não tenha o identificado.

Esses danos psicológicos acarretam em um desgaste considerável ao empregado, vindo a vítima a adquirir diversas doenças, afetando diretamente seu desempenho profissional, atingindo sua produtividade, seu relacionamento com os colegas de trabalho, podendo se estender a vida profissional e social. Sendo que algumas dessas doenças requer um processo complexo para reverter o quadro de enfermidade, e o pior, dependendo do grau de agressividade da atitude recaída sobre o trabalhador e a periodicidade, pode levar até ao suicídio.

Observa-se, assim, portanto, que:

Dentre os danos supracitados da parte física, encontramos os danos causados na forma psíquica, podendo serem identificados como pressão alta, depressão, síndrome do pânico, em alguns homens, disfunção erétil, dores diversas (dores no corpo, dores de cabeça, dentre outras) e, conforme acima mencionado, o suicídio.³¹

Contudo, cabe ressaltar que essas consequências e danos não se limitam ao ambiente laboral, acabam afetando a vítima em seu ambiente social e familiar, podendo gerar reflexos em seu cônjuge, filhos, pais, parentes, pois o transtorno psicológico e físico altera o humor e determinadas percepções do indivíduo, o fazendo ficar desconexo da realidade, desatento, oprimido e impulsionando um medo desproporcional. Tamanho são os efeitos que a intensidade do assédio passa a transformar a vítima em uma pessoa totalmente diferente, suas atitudes mudam, seu humor altera e conseqüentemente seu contato com as demais pessoas próximas se torna diferenciado, cabendo a estas, a identificação primária dos danos e conseqüências oriundos da relação de trabalho abusiva.

Vale ressaltar que se deve atentar ao nexos causal desses danos, haja vista que o ambiente de trabalho e o estresse impetrado sobre o empregado é de extrema relevância para que ocorra o assédio e suas consequências, como também fatores externos podem contribuir para a enfermidade psíquica e física da vítima.

Nesse contexto, em 1998 o Conselho Federal de Medicina elaborou um relatório no qual guia o médico atuante à identificação do nexos causal entre o transtorno de saúde até sua atividade laboral, indo além do exame clínico, passando por exames complementários e necessários. Sendo assim, o médico deve considerar, segundo a Resolução Nº 1.488/98, os seguintes fatores:

31 RHPortal. Disponível em <<https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>>. Acesso em 16/04/2019

- I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação denexo causal;
- II - o estudo do local de trabalho;
- III - o estudo da organização do trabalho;
- IV - os dados epidemiológicos;
- V - a literatura atualizada;
- VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
- VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
- VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores;
- IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde ³²

Logo, a participação da empresa é primordial para evitar o assédio e garantir a integridade física e psicológica do empregado, devendo se adequar e cumprir as normas de prevenção e precavendo seus funcionários de qualquer dano. Para isso, a Consolidação das Leis Trabalhistas versa em seu Capítulo V, Da Segurança e da Medicina do Trabalho, no art. 157 sobre o dever da empresa em zelar pelo bem à vida e saúde de seus empregados:

Art. 157. Cabe às empresas:

- I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;
- IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Nessa perspectiva, o artigo 225 da Constituição de 1988 apresenta a necessidade de o empregador manter o meio ambiente de trabalho em condições ecologicamente equilibradas, prezando pela sadia qualidade de vida do trabalhador, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Diante disso, Rúbia Zanotelli de Alvarenga expõe que:

todo empregador possui a obrigação de zelar pela saúde física e psíquica ou psicológica do trabalhador, bem como de manter o ambiente de trabalho moralmente sadio, conforme disposição prevista nos arts. 200, VIII e 225 da CF/88. Caso não cumpra com suas obrigações patronais, deverá ele

³² Revista Consultor Jurídico. Disponível em <(https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao_assedio_moral_caracteriza_doenca_trabalho)> Acesso em: 16 de abr. 2019

responder de forma objetiva por meio da satisfação de danos morais e materiais pela conduta abusiva decorrente do assédio moral laboral.³³

Verifica-se, assim, portanto, que a “a responsabilidade do empregador vai além de pagar o salário para o trabalhador. O empregador possui a responsabilidade de absorver os riscos inerentes ao seu negócio e de zelar pela integridade física, psíquica e moral do trabalhador, assegurando-lhe um ambiente hígido, seguro e saudável”.³⁴

Diante das considerações expendidas, resta evidente a responsabilidade legal e moral da empresa em preservar o ambiente de trabalho, assim como a integridade física e psíquica do trabalhador, tendo o dever de, quando inevitáveis, reduzir todos os danos que podem recair sobre seus funcionários.

1.5.1.1 Síndrome de *Burnout*

A Síndrome de *Burnout* está diretamente ligada ao profundo esgotamento físico e mental do trabalhador, oriundos de um ambiente de trabalho não saudável, de intensas cobranças, pressões e sobrecarga de trabalho. E acaba sendo muito presente na vida laboral de muitos trabalhadores, mesmo que eles não consigam identificar.

Por se tratar de uma doença que se apresenta tanto na forma física e psicológica, requer uma demasiada atenção sobre a segunda questão, haja vista que muitas vezes não é tão fácil sua percepção, pois, dependendo do caso, não apresentam lesões aparentes.

De acordo com o portal do Ministério da Saúde, os sintomas da Síndrome de *Burnout* podem se manifestar por um cansaço excessivo, físico e mental, dor de cabeça frequente, alterações no apetite, insônia, dificuldades de concentração, sentimentos de fracasso e insegurança, negatividade constante, sentimentos de derrota e desesperança, sentimentos de incompetência, alterações repentinas de humor, isolamento, fadiga, pressão alta, dores musculares, problemas gastrointestinais, alteração nos batimentos cardíacos, dentre outros.³⁵

Conforme acima exposto, uma alimentação adequada, ambiente de trabalho saudável, atividades físicas e momentos de lazer, aumentam a qualidade de vida e colabora para o tratamento, assim como contribuem para a prevenção da Síndrome *Burnout*, conseqüentemente, para aqueles que não a tem. Além dessas formas de prevenção, podemos ressaltar também outros métodos como, definir pequenos objetivos na vida profissional e pessoal, evitar pessoas negativas, conversar com alguém de confiança sobre o que se está sentindo, evitar consumo de bebidas alcoólicas, tabaco ou outras drogas, e evitar a automedicação.³⁶

É preciso sempre se atentar, pois a Síndrome *Burnout* está presente de forma considerável nos dias atuais, devido ao grande índice de competitividade no ambiente de trabalho, bem como a busca descomunal por obtenção de metas, resultados e produtividade.

33 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

34 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em 20 abr 2019.

35 BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

36 BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

Sob tal perspectiva, Rúbia Zanotelli de Alvarenga assinala que uma das moléstias que afetam o trabalhador como resultado desse assédio moral organizacional, que se dá através da exigência desequilibrada de metas no ambiente de trabalho é a Síndrome de *Burnout*. Por meio do assédio moral organizacional, cria-se um terror psicológico capaz de gerar um esgotamento físico e mental ao empregado, influenciando, ainda, no aparecimento de outras enfermidades que poderão se cronificar.³⁷

Logo, “a Síndrome de *Burnout* compreende uma espécie de exaustão emocional ou estresse, que pode ser considerada como doença do trabalho, capaz de acarretar a incapacidade temporária ou definitiva para a prestação de serviços”.³⁸

Insta destacar que, a Síndrome de *Burnout*, após a 11^a Revisão da Classificação Internacional de Doenças, foi considerada como doença, caracterizada por um fenômeno ocupacional.³⁹

2. A PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO

2.1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO: CONCEITO

A Lei 6.938/81, ao inaugurar a política nacional do meio ambiente, define no seu art. 3º, inciso I, que meio ambiente em si é o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Segundo Raimundo Simão Mello, essa definição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, o qual está em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988 que, no *caput* do art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente, quais sejam: natural artificial, cultural e do trabalho.⁴⁰

Reza, assim, o art. 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O bem ambiental, assim, constitui o objeto do direito ambiental. Quer no aspecto material quer no imaterial, diz respeito ao valor maior do ser humano, que é a vida. Por isso, estabelece a Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, *caput*, que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida do ser humano, impondo ao Poder Público e à sociedade organizada o dever de defendê-lo para as presentes e futuras

37 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 167.

38 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 167.

39 BRASIL, Paho. Disponível em < https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5949:cid-burnout-e-um-fenomeno-ocupacional&Itemid=875 > Acesso em: 18 de junho de 2019

40 MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 25.

gerações. É o bem ambiental, portanto, um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo, sendo que, uma vez violado, a agressão atinge toda a sociedade.⁴¹

No direito do trabalho, em especial, o bem ambiental envolve a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da implementação de adequadas condições de trabalho, higiene e medicina do trabalho. Raimundo Simão de Melo esclarece brilhantemente:

Cabe ao empregador, primeiramente, a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, fazer valer a incolumidade desse bem. Nesse sentido, estabelece a Constituição Federal de 1988 (arts. 1º e 170), como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente. Desrespeitado esse bem, fixa a Carta Maior a obrigação de reparação em todos os seus aspectos administrativos, penais e civis, além dos de índole estritamente trabalhista, como previstos em outros dispositivos constitucionais e legais. Essa responsabilidade, como estabelecem os arts. 225, § 3º da Constituição e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (Lei de política nacional do meio ambiente), é de natureza objetiva.⁴²

Desse modo, dois são os objetos de tutela ambiental constantes da definição legal do art. 225 da Constituição Federal de 1988. O primeiro é imediato, pois se refere à qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos. O segundo é mediato, por ser concernente à saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expresso nos conceitos vida em todas as suas formas (Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso I) e qualidade de vida (CF, art. 225, *caput*).⁴³

O meio ambiente constitui um sistema uno, que traz consigo suas especificidades particulares e seus aspectos como, natural, artificial e cultural. Em idêntica perspectiva, elucida Rúbia Zanotelli de Alvarenga que o meio ambiente é composto por diversos aspectos, que englobam o natural, artificial, cultural e do trabalho. Sendo assim,

Meio ambiente natural ou físico é aquele formado por elementos integrantes da natureza, como a água, o solo, o ar atmosférico, a flora e a fauna além de todos os demais elementos naturais responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos. Meio ambiente cultural é composto pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico e científico. Meio ambiente artificial, por sua vez, é o constituído pelo conjunto de edificações, equipamentos públicos, ruas, praças, rodovias e demais elementos que formam o espaço urbano construído.⁴⁴

O meio ambiente do trabalho, nessa linha, pode ser conceituado da seguinte forma:

É o local onde as pessoas desempenham suas atividades, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos

41 MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 30.

42 MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 30.

43 MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 25

44 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016, p. 133.

trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc).⁴⁵

No tocante ao meio ambiente do trabalho, aquele no qual o empregado exerce suas atividades laborais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, aborda acerca dos direitos que devem ser obedecidos, visando à melhoria da condição social do empregado, dentre estes, destaca-se o inciso XXII, que preceitua sobre a obrigatoriedade do empregador em garantir ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro, reduzindo os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas da saúde e higiene.

Ratificando a proteção jurídica ao trabalhador referente ao ambiente saudável e equilibrado, no qual deve ser exposto, a Constituição Federal de 1988, conforme versa em seu artigo 200, inciso VIII, ainda atribuiu ao Sistema Único de Saúde a competência de colaborar na proteção do meio ambiente, incluindo-se nesse contexto o do trabalho.

Seguindo o mesmo sentido, cumpre registrar o entendimento da Norma Regulamentadora 17, em seu item 6.1, do Ministério do Trabalho e Emprego, na qual aborda sobre a adaptação da organização do trabalho para com o empregado, lhe propiciando uma capacitação com o intuito para adquirir conhecimento sobre as formas de adoecimento relacionadas à sua atividade, suas causas, efeitos sobre a saúde e medidas de prevenção.⁴⁶

Sobre esse aspecto, fica nítida a prioridade de se preservar a saúde do trabalhador como um ser humano e não como um objeto ou equipamento produtor de bens e serviços, tendo em vista que o trabalho não é mercadoria. Porém, essa proteção vai além da prevenção de doenças e enfermidades, incluindo o bem-estar do trabalhador, no qual engloba a saúde mental, física e social, conforme expõe a Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua 8ª Conferência, listando um conceito de saúde incluindo a alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, etc. Compreendendo assim que, o meio ambiente do trabalho deve ser sadio, respeitando os direitos fundamentais do empregado, o direito a saúde e o direito basilar da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Sob tal ótica, cumpre registrar alguns direitos inerentes ao trabalhador, mesmo fora de seu ambiente de trabalho, visando à melhoria de sua qualidade de vida social, física e psicológica, evitando uma sobrecarga e consequências oriundas de um ambiente de trabalho não sadio, sendo estes, o direito ao lazer, o direito à desconexão do trabalho e o direito ao projeto de vida e à vida de relações.

O direito ao lazer permite ao trabalhador que desfrute do seu tempo livre para praticar atividades desvinculadas ao seu trabalho, devendo o próprio trabalhador definir quais sejam estas, podendo optar pelo descanso, entretenimento, exercícios, práticas religiosas, culturais, intelectuais de modo que supra o desgaste físico e mental ocasionado pela prática laboral.

Diante disso, Rúbia Zanotelli de Alvarenga expõe que:

45 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017, p. 21.

46 BARUKI, Luciana Veloso. **Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador**: por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 114.

47 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

Constata – se, pois, o lazer como um bem essencial do ser humano, com o objetivo de lhe proporcionar a recuperação da energia física e mental gasta no trabalho, visando ao atingimento do completo bem-estar do trabalhador e ao indispensável equilíbrio de sua saúde física, mental e social.”⁴⁸

Vinculado ao direito ao lazer está o direito à desconexão do trabalho, que busca assegurar ao trabalhador que ao final de seu expediente de trabalho, fica este desvinculado temporariamente à atividade laboral, podendo, a partir de então, se programar e usufruir do seu tempo livre fora do ambiente de trabalho para executar diversas outras atividades ao seu bem entender, inclusive o lazer, incluindo nesse contexto os altos empregados.

Como declara Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A premissa básica do Direito do Trabalho é garantir a proteção à saúde física, mental e social do trabalhador. Nesse enleio, o não estabelecimento do tempo de trabalho ou da limitação efetiva da jornada de trabalho dos altos empregados, como também ao direito à desconexão de suas atividades laborais, ainda promove a possibilidade de dano existencial. Isso se dá a medida em que o trabalhador fica impedido de desenvolver projetos pessoais e de usufruir o direito ao lazer, além de ficar afastado do convívio social e familiar diante do labor prestado de formar extenuante e exaustiva.⁴⁹

Sobre o direito ao projeto de vida e à vida de relações, estes têm por objetivo resguardar o empregado de práticas abusivas do empregador no sentido de uma sobrecarga de trabalho, resultando em ocupação quase integral de seu tempo, privando de gozar de seu intervalo interjornada, como também de seu descanso remunerado, trazendo-lhe prejuízo em sua relação social e até mesmo familiar, se caracterizando em um dano existencial ou à existência digna.

Diante disso, estatuem Rúbia Zanotelli Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

Como visto, a submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho, culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.⁵⁰

Conforme acima exposto pelos exímios doutrinadores, o dano existencial causado ao trabalhador não prejudica somente às relações sociais e familiares do empregado, pode envolver também sua saúde física, psíquica e social.

48 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016, p. 157.

49 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016, p. 154.

50 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Dano existencial e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes. **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, p. 184.

2.2 A VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL E EQUILIBRADO PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Convicto do entendimento no qual um ambiente de trabalho saudável e equilibrado é de suma importância para a saúde física, psíquica e social do trabalhador, como também para toda a coletividade, cumpre ressaltar que a violação desse meio ambiente laboral é extremamente prejudicial a todos, inclusive ao próprio empregador, haja vista que os reflexos de uma qualidade de vida não sadia no local de trabalho podem refletir na produtividade dessas pessoas e no nível de insatisfação profissional da classe trabalhadora.

Entende-se por violação ao meio ambiente de trabalho sadio aquela atitude do empregador que acaba incluindo o empregado em uma política extremamente exaustiva para a sua saúde física, psíquica e social, implantando metas abusivas e até imbatíveis, práticas contínuas de hostilidades, humilhações, particulares ou públicas, pressão psicológica exagerada, cobrança ostensiva e tantas outras atitudes que são executadas de maneira proposital para causar-lhe prejuízo, ocasionando diversas consequências em seu ambiente de trabalho, vida social e perante a família deste, oriundos dessa violência gerada no trabalho.

A excelência dos resultados se tornou uma obsessão, buscada sem tréguas no meio empresarial. Exigências desmesuradas e até mesmo castigos humilhantes já se tornaram comuns, desprezando-se completamente o comportamento ético exigido nas relações contratuais, como se o empregado fosse um objeto, cujo único papel é correr atrás e corresponder, custe o que custar, às expectativas do empregador, mesmo que isso custe, inclusive sua saúde, sua família, seu decoro, seu prestígio profissional e sua vida.⁵¹

De acordo com Paula Cristina Hott Emerick:

Nos tempos atuais de forte competitividade, a predominância da idéia de lucro e a prevalência de interesses econômicos criaram ambiente propício para a disseminação da estratégia empresarial de busca agressiva por resultados, não sendo tão raras as situações em que o empregador pressiona desmedidamente o empregado para alcançar as metas estabelecidas, em evidente extrapolação dos limites do poder diretivo.⁵²

Ressaltando ainda os dizeres de Liz Andrea Soboll:

A violência se concretiza em decorrência das relações sociais, que é caracterizada pela imposição, realizada por um indivíduo ou grupo social a um outro (indivíduo ou grupo), contra sua vontade ou natureza, com concentração de poder e o intuito de preservar interesses específicos, impondo um ambiente de não questionamento da realidade.⁵³

⁵¹ EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

⁵² EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 90.

⁵³ SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p.129

Acerca disso, adverte Paula Cristina Emerick que muitas estratégias têm procurado racionalizar o trabalho o máximo possível, notadamente o trabalho em equipe e a imposição de metas de produção, verdadeiras obsessões do capitalismo moderno, de modo a extrair do trabalhador até a última gota de sua dedicação. Desse modo, fórmulas eficazes de pressionar o empregado a buscar incessantemente resultados crescentes fazem parte da cartilha de qualquer grande empresa. E o mercado dita padrões de comportamento cada vez mais regulares, pois a competitividade acirrada determina adaptações constantes para evitar a queda dos lucros.⁵⁴

É de suma importância frisar, conforme Paula Cristina Hott Emerick que “o lucro vem ocupando o lugar central dentro das grandes organizações empresariais, em detrimento das pessoas que ali trabalham e que com elas cooperam, tornando-se cada vez mais frequentes as ofensas aos direitos fundamentais do trabalhador”.⁵⁵

Dependendo dos aspectos de como essa violação foi causada, como o período do assédio, a periodicidade e intensidade, as consequências adquiridas pelo empregado podem ir além de um mero afastamento, uma queda de produtividade ou desligamento definitivo para com a empresa, chegando ao desenvolvimento de depressão e ocasionar até mesmo o suicídio da vítima.

Como observa Lis Andréa Pereira Soboll:

O desligamento do trabalhador do seu posto de trabalho sinaliza o êxito do processo de assédio moral, seja por demissão voluntária, dispensa, licença de saúde, aposentadoria parcial ou antecipada ou ainda de formas extremas, como suicídio ou comportamentos insistentes de vingança, como o homicídio. Na medida em que as condições de trabalho não são resolvidas, é frequente que o trabalhador agredido abandone o trabalho bem antes do período natural de aposentadoria.⁵⁶

No tocante ao ambiente de trabalho no Poder Judiciário brasileiro, convém ressaltar que existia um terrível cenário para os que trabalhavam nessa seara, sem uma estrutura básica para exercerem suas funções de maneira sadia, destituídos de equipamentos, sem climatização decente, ausência de material de consumo diário da própria atividade, ambiente insalubre totalmente nocivo aos trabalhadores, sendo violado esse ambiente e prejudicando a todos aqueles que trabalhavam nesses locais, em especial em juízos de 1º instância. Passando então o Conselho Nacional de Justiça e alguns presidentes de Tribunais a tomarem atitudes e modificarem esse cenário, propiciando aos profissionais que ali laboram, uma qualidade de vida digna em seu ambiente de trabalho.⁵⁷

54 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 90.

55 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 87.

56 SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional**: uma análise da organização do trabalho. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 42

57 FARAH, Bruno. **Assédio moral organizacional**: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016, p. 63.

2.3 A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A proteção e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estão diretamente conectada com os direitos fundamentais, o incorporando e integrando o que existe de essencial em qualquer sociedade, sendo seu valor e fundamento primário, tipificado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.⁵⁸

Preceitua, assim, o art. 1, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Passando por essa perspectiva temos o trabalho, que dignifica, enobrece e engrandece o ser humano, o ajudando na construção de um caráter idôneo e íntegro, motivo pelo qual deve ser considerado de suma importância perante a sociedade, sem mesmo abordar o quesito econômico e sua importância para o desenvolvimento de um país, por intermédio de sua produção, distribuição e circulação de bens e serviços essenciais à população.⁵⁹

Paula Cristina Hott Emerick assevera elucidativa que “o princípio da dignidade da pessoa humana quer significar que o ser humano é o centro e o fim do Direito, que deve assegurar que todo ser humano seja respeitado como pessoa, impedindo sua degradação ou redução a condição inferior à relativa à sua própria essência”.⁶⁰

Para a autora em tela:

Espraindo-se como princípio central e norteador por toda a ordem jurídica e por todas as relações sociais, a dignidade da pessoa humana erige-se como substancial limite à atuação do empregador ao exercer sua prerrogativa de direção, simbolizando verdadeira “trégua” ao embate capital x trabalho, impedindo que a mais-valia expropriada do trabalhador vá além do necessário para o capital reproduzir-se.⁶¹

Emerick conclui:

Em uma palavra, ao princípio da dignidade da pessoa humana apraz impedir que o capital invada completamente a vida do empregado, tomando-lhe de assalto desejos, mente e coração, extraíndo-lhe todas as suas forças, muito além do admissível, esgotando sua possibilidade de auto-identificação fora do trabalho, causando efeitos danosos ao seu equilíbrio emocional e ferindo sua auto-estima.⁶²

58 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente**: direito humano e fundamental. São Paulo: LTr, 2016, p. 89.

59 CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio moral**: na relação de trabalho. São Paulo: Rideel, 2009, p. 27.

60 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

61 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

62 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

Sendo assim, o ambiente de trabalho no qual o empregado está inserido deve lhe proporcionar totais condições de exercer sua atividade laboral de maneira sadia, equilibrada e digna, cabendo esta ao empregador, preservando sua saúde física e mental e social.

Sob essa perspectiva, ressalta Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Pontua-se que o assédio moral organizacional degrada o meio ambiente de trabalho; promove a desordem econômica; impede o desenvolvimento pessoal do trabalhador; prejudica a saúde; e acaba por impor significado do conceito de trabalho de maneira prejudicial aos trabalhadores. Baseado nessa afirmação, evidencia-se a violação aos seguintes direitos fundamentais: direito ao trabalho; direito à higidez do meio ambiente de trabalho; direito ao desenvolvimento; direito à saúde.⁶³

De acordo com o que foi abordado até então, fica evidente que o grande acúmulo de trabalho, cobranças excessivas, meio ambiente de trabalho não saudável, pressões psicológicas descomunais, humilhações e outras atitudes do empregador, atinge a moral e integridade física e psíquica do empregado, lhe causando diversos transtornos mentais, sendo alguns irreversíveis.

Em tal contexto, argumenta Paula Cristina Emerick: “a exploração passa a ser aceita como algo natural, pois em nome do bem maior, o lucro das empresas, é inevitável que se percam algumas vidas humanas”.⁶⁴

Emerick complementa:

Não resta dúvida de que o ser humano está no centro da exploração capitalista, parecendo impossível ao capital reproduzir-se lucrativamente sem diminuir o custo da mão-de-obra. Por trás da base da construção das teorias empresariais da produção enxuta e da qualidade total, encontra-se o objetivo primordial: o lucro. O trabalho humano é apenas um elemento, de que o capitalismo não pode prescindir, mas pode aniquilar. E assim esmagam-se tantas e tantas vidas humanas nas engrenagens desse sistema que não pode parar.⁶⁵

Dentre isso, vale ressaltar que o medo do desemprego, acrescenta ao empregado um vínculo com o empregador assediante, causando-lhe uma submissão, permitindo assim que essas práticas indignas e abusivas no ambiente de trabalho o atinjam constantemente, violando diretamente a sua dignidade, refletindo sobre sua vida social e familiar.

É preciso destacar que a dignidade da pessoa humana é essencial e imprescindível na própria condição humana, devendo ser protegida e tutelada, seja no ambiente social como também no local de trabalho, tendo maior relevância que qualquer relação econômica.⁶⁶

Resta evidente, desse modo, conforme Paula Cristina Hott Emerick:

63 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 73.

64 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

65 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas**: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

66 FARAH, Bruno. **Assédio moral organizacional**: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas. São Paulo: LTr, 2016, p. 57.

Haverá, assim, desvio do poder empregatício e abuso de direito por parte de empregador sempre que se impingirem ao empregado pressões extremas que firam sua dignidade, comprometendo sua integridade moral e psíquica. A relação de emprego não é de suserania, mas de igualdade e respeito. Ao celebrar o contrato de trabalho, o trabalhador não se separa de sua personalidade, sendo intoleráveis as agressões aos seus direitos fundamentais a pretexto do exercício do poder diretivo.⁶⁷

Sendo assim, expor o empregado a situações degradantes e violando diretamente a sua dignidade, o empregador polui o próprio ambiente de trabalho, haja vista que o empregado não exercerá o seu melhor diante de suas atividades, não contribuindo para o contratante com toda sua capacidade criativa e funcional na qual se almejava, além dos diversos danos para a coletividade na qual ele está inserido.

Vale ressaltar que algumas áreas como a saúde, segurança pública e outras demais, são compreensíveis que haja uma cobrança maior devido à responsabilidade no qual estão encarregados os trabalhadores, porém, existe um limite no qual deve ser respeitado e tolerado, cobranças excessivas e até mesmo feitas de maneira errônea em um ambiente de trabalho já integrado de tamanha tensão e responsabilidade, acaba majorando o estresse e atingindo a saúde física e psíquica daquelas que ali trabalham.

Trazendo o pensamento do Nordson Gonçalves Carvalho: “Portanto, o meio ambiente do trabalho deve ser sadio e equilibrado, tendo em vista abranger a força de trabalho humano, a fim de preservar e garantir a vida, a saúde e a dignidade do trabalhador.”⁶⁸

Como argumenta Paula Cristina Hott Emerick:

Ferem, portanto, a dignidade do trabalhador, as cobranças excessivas e humilhantes impostas pelo empregador para a persecução incansável de metas. Contudo, o poder diretivo limita-se pelo princípio central da ordem jurídica hodierna, fundamento de validade de toda ação e de toda conduta com repercussões jurídicas, a dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Entendendo assim a real importância de um meio ambiente de trabalho saudável, da consciência do empregador para com o empregado e total respeito, devendo se considerar que se trata de um ser humano, e, portanto, levado em conta todos os seus limites físicos e psicológicos, compreendendo suas necessidades e respeitando sua dignidade.

Em conformidade com os ensinamentos de Paula Cristina Hott Emerick:

é preciso valorizar o ser humano, conferir efetividade ao princípio central de nossa ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, reconhecer o valor que possui o ser humano em sua singeleza, e também recordar quantas barbáries a humanidade já cometeu sempre que depreciou este valor central.⁷⁰

67 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 92.

68 CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio moral na relação de trabalho.** São Paulo: Rideel, 2009, p. 36.

69 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 91.

70 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 106.

2.4 O DEVER DO EMPREGADOR DE RESPEITAR A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Na Revolução Industrial eram comuns os acidentes de trabalho, por não estarem devidamente equipados, instruídos e fiscalizados, fazendo com que os funcionários interpretarem como um infortúnio, levados pela falta de conhecimento de que esses poderiam ser evitados. Advindo posteriormente normas que regulamentaram, protegiam e resguardavam esses trabalhadores, e diante dessa evolução normativa específica sobre as relações de trabalho, podemos observar nos dias atuais o dever jurídico do empregador em zelar e prevenir a integridade física e psicológica do empregado em meio ao ambiente de trabalho.⁷¹

Fica a encargo do empregador a necessidade de disponibilizar ao empregado um meio ambiente agradável, sadio e seguro, cedendo a este materiais, equipamentos e instruções para que possa executar o serviço com dignidade e segurança, de acordo com a Norma regulamentadora 1, em seu item 1.7.

Complementando o que foi acima exposto, consta ressaltar que a responsabilidade do empregador não consiste somente dentro de seu ambiente de trabalho, haja vista a Síndrome de *Burnout* que afeta o convívio social e familiar da vítima, oriundos de um ambiente de trabalho não saudável ao ponto de gerar tal transtorno.

Cabe registrar, assim, que o empregador tem o dever de zelar pela integridade física e psicológica de seus empregados, devendo ter o máximo de cuidado em suas relações trabalhistas, tanto individuais quanto coletivas, tendo em vista que todos são seres humanos passíveis de problemas particulares que podem ser majorados pela prática abusiva em seu local de trabalho.

Ressalte-se, em consonância com o escólio de Paula Cristina Hott Emerick:

Os exageros empresariais na cobrança por resultados, aviltando o trabalhador em sua dignidade, em manifesta desproporção com o razoável, devem ser combatidos com rigor pelo Direito, uma vez que tais condutas representam alto risco de laceração da integridade moral e psíquica do empregado, violando seu valor como pessoa e afrontando direitos que a própria Constituição elegeu como fundamentais.⁷²

Devido à longa jornada laboral desses funcionários, eles acabam passando mais tempo no local de trabalho que com suas famílias, podendo o próprio empregador ter certa sensibilidade de identificar comportamentos anormais ou possíveis sintomas que uma sobrecarga de trabalho ou o estresse cotidiano venham a gerar.

Enfatiza com exatidão Paula Cristina Hott Emerick:

Retira-se do trabalhador não só a sua proteção, mas também a sua possibilidade de resistir. A preocupante precarização de todas as formas

71 BARUKI, Luciana Veloso. **Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador:** por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 109.

72 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas:** estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento: São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

de trabalho típicas do novo paradigma produtivo evidencia o flagrante desprezo do capital pela força humana de trabalho. Nunca antes se viram tantas agressões à dignidade do trabalhador. As novas formas de exploração podem soar ainda mais perversas se se considerar que pretendem dissimular uma preocupação social, disfarçando a crueza de suas intenções.⁷³

Impende ressaltar que estudos realizados no Japão relataram mortes súbitas relacionadas ao elevado estresse advindo do excesso de trabalho e um curto tempo de repouso, nascendo assim a nomenclatura *Karoshi*.⁷⁴

É impactante saber que além de todos os sintomas até então mencionados, existe a possibilidade de empregados terem suas vidas ceifadas pelo excesso de estresse causados pelo trabalho.

Apesar desse estudo ter se iniciado no Japão, no Brasil existem casos de óbitos relacionados ao excesso de trabalho e curto período de descanso, como o ocorrido na siderúrgica de Betim-MG, no qual o auditor fiscal do trabalho da SRTE/MG, DRT-MG à época, expos no processo em análise os sintomas que levaram o trabalhador ao óbito, relatando causas semelhantes às do *Karoshi*. Sendo o caso objeto de uma Ação Civil Pública número 00648-2006-028-03-00-9, impetrada em 18 de setembro de 2006, pelo Ministério Público do Trabalho da Terceira Região, sendo julgada procedente em primeira instância, posteriormente.⁷⁵

Por todo o exposto, evidencia a relevância de um meio ambiente de trabalho saudável imposto pelo empregador, com condições dignas para que seus funcionários possam executar suas atividades laborais da melhor maneira possível, sem que sua integridade física e psicológica sejam violadas.

Deve, pois, o empregador conduzir-se de modo ponderado, prudente, sem excessos, procurando bem gerir seus interesses econômicos sem colocar o lucro acima do empregado, em sua condição humana. Em se tratando de relações assimétricas, como o são por excelência as relações laborais, a dignidade da pessoa humana é a baliza principal para se avaliar a proporcionalidade e a razoabilidade dos comportamentos.⁷⁶

Assim como também o relacionamento entre o empregador e seus funcionários deve ser sadio e respeitoso, sem humilhações e exposições desnecessárias, prevalecendo um diálogo benigno, sem a imposição de submissão se valendo de sua hierarquia.

Garantindo uma qualidade de vida no trabalho decente, colabora o empregador para um ambiente de trabalho agradável, respeitando e protegendo o funcionário e seus direitos fundamentais.

Sob tal ótica, versa a doutrinadora Rúbia Zanotelli de Alverenga:

Por assim ser, a proteção aos direitos de personalidade no Direito do Trabalho tem como finalidade primordial resguardar as qualidades e os

73 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 94.

74 BARUKI, Luciana Veloso. **Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador:** por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 79.

75 BARUKI, Luciana Veloso. **Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador:** por um regime jurídico preventivo. São Paulo: LTr, 2018, p. 82.

76 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento:** São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

atributos essenciais do trabalhador, de forma que lhe seja assegurada a preservação da sua integridade física, psíquica ou mental, intelectual, moral e social (acesso ao direito à integração social). Violados quaisquer direitos da personalidade do trabalhador, estará sendo violada a sua dignidade.⁷⁷

Cabendo assim ao empregador o dever de prevenir todo e qualquer mal que possa ocorrer ao funcionário no exercício de suas funções, protegendo seus direitos da personalidade e, conseqüentemente, resguardando seu direito Constitucional à dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, com extrema exatidão, cabe enfatizar:

Somente uma gestão democrática da mão-de-obra, preocupada com a valorização da dignidade da pessoa humana e atenta ao valor social do trabalho poderá utilizar as metas com a razoabilidade adequada e desejável, fazendo com que representem efetivo incentivo, e não firam os bens jurídicos mais caros do trabalhador.⁷⁸

3. PREVENÇÃO E REPARAÇÃO CIVIL DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

3.1 FUNDAMENTOS PARA PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO

O trabalho tem uma representatividade relevante na vida do cidadão, trazendo dignidade, inclusão social, cultura, dentre diversos outros benefícios. Para que o trabalhador possa adquirir e absorver todos os bônus que uma atividade laboral proporciona, é necessário que o empregador disponibilize um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado, sem abusos do poder diretivo e cobranças excessivas, conforme até aqui exposto.

Como bem destaca Marie-France Hirigoyen,

ao contrário do que tentam fazer acreditar certos empresários cínicos, as firmas que se preocupam com o bem-estar de seu pessoal conseguem melhores resultados do que aquelas que controlam seus empregados por meio de estresse e medo. O *turn-over* delas é mais baixo, seus assalariados se sentem mais motivados e a produtividade aumenta. O bom funcionamento de uma empresa não pode ser visto unicamente pelos resultados econômicos, mas também por seu ambiente de trabalho. Se as empresas apenas consideram o lucro que podem extrair dos empregados, elas não devem se espantar ao encontrar dificuldades e ver desaparecer a lealdade e o talento. Inversamente, as companhias que tratam seus empregados corretamente recebem enormes dividendos: nível alto de produtividade e baixo *turn-over*.⁷⁹

77 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016, p. 72.

78 EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento**: São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

79 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 316.

Sendo assim, o empregador deve tomar atitudes que visem precaver e prevenir o empregado de todo e qualquer risco existente no ambiente de trabalho, tanto físico como psicológico, haja vista que “o assédio moral organizacional a um só tempo nega a dignidade do trabalhador, degrada o meio ambiente de trabalho, promove a desordem econômica. Nega, ainda, o direito fundamental ao desenvolvimento, à saúde e ao próprio direito ao trabalho”.⁸⁰

Como observa Juan Carlos Zurita Pohlmann:

O assédio moral organizacional degrada as condições de trabalho pela violação a direitos fundamentais e atinge não apenas o indivíduo que trabalha, mas toda a coletividade. Pode levar o trabalhador exposto às práticas violentas por este legitimadas a depressão e distúrbios psicossomáticos, entre outros. Quanto aos danos à sociedade, seus reflexos negativos se configuram em problema de saúde pública, o que causa forte impacto nos sistemas de previdência social, tendo em vista a crescente dos casos de afastamento e aposentaria por transtornos mentais. Também, não se deve esquecer que a ideologia disseminada pelo assédio moral organizacional é violenta e obriga os trabalhadores a ele submetidos como conduta normal no ambiente laboral, também esta terá reflexos na vida do trabalhador fora do local de trabalho.⁸¹

Desse modo, o empregador é responsável por cada funcionário contratado ao exercer suas atividades, portanto, zelar pela integridade física e psíquica desses trabalhadores deve estar acima de qualquer objetivo traçado pela empresa, sendo primordial a valorização da qualidade de vida e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso, medidas de prevenção e precaução devem ser adotadas, como instrução, fiscalização e até mesmo uma regulação de política interna rigorosa da empresa, visando uma punibilidade efetiva.

Na lição destacada de Marie-France Hirigoyen “a prevenção do assédio moral deve fazer parte de uma política geral de prevenção de riscos profissionais, pois a saúde no trabalho, inclusive a saúde psíquica, é um direito fundamental dos empregados”.⁸²

Por assim ser,

Chefiar os subordinados com respeito pode evitar diversos problemas de mal-estar na empresa, o que permite também melhorar a produtividade. Em vez de acrescentar reciclagens destinadas a tornar as pessoas mais produtivas, por que não ousar reintroduzir o componente humano e levar em conta cada indivíduo, com seus traços de personalidade e fragilidades, sem esquecer o componente afetivo ou emotivo das pessoas? É preciso reforçar o diálogo e a escuta nas relações profissionais. Esta escuta deve ser empática, qualquer que seja o nível hierárquico do outro. Ele tem sempre alguma coisa a nos ensinar, se soubermos escutá-lo. É preciso estar atento às atitudes de bloqueio ou de reticência dos funcionários e adivinhar suas dificuldades em formular uma objeção. É preciso identificar as pessoas em dificuldade ou em crise antes que elas sejam sugadas para dentro de uma espiral negativa.⁸³

80 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 87.

81 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 132.

82 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo do assédio moral. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 312.

83 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo do assédio moral. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, p. 316.

A instrução pode ser feita através de palestras, cursos, campanhas, seja pela empresa, órgãos públicos ou organizações não governamentais. Os funcionários, adquirindo conhecimento sobre seus direitos, deveres, limites, saberão identificar e tomar as devidas medidas ao serem vítimas de assédio ou ao presenciarem assédio a colegas de profissão.⁸⁴

A fiscalização poderá ser feita pelo próprio empregador e de maneira efetiva, intervindo diretamente quando identificada alguma atitude indevida, ou algo que possa prejudicar a saúde de seus empregados, haja vista que, conforme ressaltado, estes funcionários estão sobre sua responsabilidade. Caso não seja possível sua fiscalização pessoal, pode o empregador contratar ou destinar uma equipe específica para realizar o ato.⁸⁵

Sobre a regulamentação da empresa, opera sobre uma política interna severa e rigorosa ao abordar o tema, priorizando preservar a vítima e testemunhas de ataques ocorridos e que poderão ocorrer posteriormente a denúncia ou queixa aos seus superiores e uma investigação rígida. Podendo, inclusive, ser levado como pauta em uma negociação coletiva futura.⁸⁶

A empresa tem um papel fundamental nesses casos de precaução e prevenção, podendo diminuir significativamente ou eliminar a ocorrência de assédio através de sua organização, com políticas que valorizem o empregado e seu trabalho, lhe proporcionando um ambiente laboral hábil para seu crescimento pessoal, intelectual, profissional e, conseqüentemente, conseguindo este entregar o trabalho ou mão de obra almejada pelo empregador ao contratá-lo. Passando, portanto, a preservar os valores do empregado sem tratar prioritariamente seus valores econômicos.

Neste contexto, assevera Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Aponta-se a prevenção e a precaução como as medidas mais eficazes de combate ao assédio moral organizacional, uma vez que é inadmissível a existência de qualquer conduta empresarial que opere em detrimento da dignidade da pessoa humana e enseja grave redução na qualidade de vida em prol de valores meramente econômicos.⁸⁷

Como um meio de colaborar com o empregador que não pode acompanhar diretamente todos os funcionários de sua empresa, existe a Comissão Interna de Prevenção de Acidente (CIPA), constando na Norma Regulamentadora 5, que possui a finalidade de prevenir acidentes de trabalho e outras doenças que possuem alguma relação com a atividade laboral.⁸⁸

De maneira externa, podemos ressaltar a participação dos sindicatos, que possuem competência de inserir cláusulas em acordos e dissídios coletivos, nas quais possibilitam ou exigem a inclusão de um plano de prevenção por parte dos empregadores, amparando e protegendo seus funcionários caso ocorra algum assédio.⁸⁹

O Ministério Público do Trabalho (MPT) também possui um papel fundamental em casos de assédio moral no ambiente de trabalho, intervindo e tomando medidas legais cabíveis

84 ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As conseqüências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

85 ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As conseqüências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

86 ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As conseqüências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 132.

87 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. *Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva*. São Paulo: LTr, 2014, p. 91.

88 ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As conseqüências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo, LTr, 2009, p. 135.

89 TERCIONI, Ana Carolina Godoy. *Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas*. São Paulo; LTr, 2013, p. 102.

contra os responsáveis da prática desse ato, realizando audiências públicas, criando um sistema de denúncia em seu site e realizando campanhas, como por exemplo, maio lilás, representando a liberdade sindical e abril verde, ressaltando a importância de um meio ambiente de trabalho saudável.

O assédio moral no ambiente de trabalho tem um caráter devastador, por atingir não só o trabalhador de maneira individual, como também na forma coletiva, afetando inclusive a sociedade, prejudicando a saúde física e psíquica de inúmeras pessoas. É necessário enaltecer a relevância de seu combate e prevenção, haja vista que o sacrifício da saúde de um empregado em troca de uma mão de obra mais rentável e lucrativa para o empregador não é uma contraprestação digna nem tão pouco justa.⁹⁰

3.2 MEDIDAS EDUCATIVAS: ÉTICA E RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS EMPRESAS

A educação é um grande mecanismo que pode ser usado como combate ao assédio moral organizacional, podendo ser inserido ao ambiente de trabalho por diversos autores, como o Estado, a empresa e até mesmo seus funcionários.

Segundo Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A educação passa a ser a medida preventiva mais eficiente, pois o assédio moral organizacional é aceito pelo desconhecimento da sua potencialidade destrutiva e é mantido pelo retraimento da capacidade de indignação. A educação deve englobar a própria formação profissional, a qual possui grande potencial para reversão da alienação.⁹¹

Ainda de acordo com Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A educação e o diálogo no ambiente de trabalho trás uma grande força contra o assedio moral organizacional e incrementar o ambiente para se identificar possíveis situações onde se tornam mais frequentes as práticas do assedio moral organizacional busca a efetivação da norma constitucional de proteger o trabalhador fisicamente, mentalmente e socialmente. Estabelecer programas de mensuração da qualidade da saúde mental dos trabalhadores e identificação de possíveis condutas danosas promovidas busca garantir a efetivação do direito à saúde no trabalho, onde fica a cargo do empregador a responsabilidade do ambiente laboral e a integridade dos trabalhadores.⁹²

Insta destacar que, no âmbito do Ministério Público do Trabalho são realizadas campanhas que buscam agregar conhecimento aos empregadores e empregados, despertando ou realçando uma consciência em cada um que por muitas vezes se manteve inerte.

Nesse aspecto, mostrar as consequências que o assédio moral organizacional pode causar às pessoas, suas famílias e a sociedade pode mudar a forma na qual cada um age em seu

90 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 130.

91 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 92.

92 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

local de trabalho. Atitudes abusivas, cobranças desnecessárias, a forma de abordagem para tratar algum assunto, tudo isso de maneira reiterada e com uma considerável potencialidade podem causar danos imensos.

A educação inibe o agressor e capacita a vítima a tomar atitudes corretas para cessar a agressão, servindo como exemplo para os demais colegas de trabalho. Afastando a alegação do agressor de desconhecer as consequências que tais atitudes acarretariam na vida de seus funcionários.

Portanto, é um imprescindível elemento na precaução e prevenção do assédio moral organizacional, devendo ser estimulado cada vez mais, com cursos, palestras, informação ou até mesmo uma política de gerenciamento estratégico.⁹³

No viés dessa temática, ressalta Juan Carlos Zurita Pohlmann:

Prevenção e educação são expressões indissociáveis. Neste sentido, a educação, que abrange tanto a informação quanto a conscientização, leva à prevenção. Como a conduta no assédio moral organizacional é difusa e geralmente tratada como lícita, respaldada no poder diretivo, toda medida preventiva, para ser eficaz, deve iniciar uma estratégia educacional para levar o trabalhador à sua identificação como tal.⁹⁴

A empresa pode ir além, criando um Código de Ética no qual demonstre aos funcionários a importância do respeito com cada colega. Mas este deverá ser útil e efetivo, não apenas mais uma norma interna que é imposta pela empresa, deve-se conseguir uma interação com o funcionário, para que ele leia e entenda a real importância da mensagem que está sendo transmitida, tendo a percepção do quão importante é um relacionamento saudável no ambiente de trabalho entre todos.⁹⁵

Como destaca Adriane Reis de Araújo:

Com o intuito de se esquivarem de condenações frequentes ao pagamento de indenizações às vítimas, as empresas têm buscado soluções internas de prevenção e repressão do problema. Para a prevenção, elas lançam mão de Códigos de Ética, preparação de “pessoas confiáveis” dentro da própria empresa (com a capacitação dos empregados do setor de Recursos Humanos ou CIPA) e a instituição de verdadeiros “observatórios de estresse e assédio”, os quais podem agravar ainda mais o problema, ao instituir uma verdadeira política interna e fomentar um clima de desconfiança geral.⁹⁶

Ainda de acordo com a autora, a regulamentação interna, por meio de um Código de ética e a explicitação do repúdio a essa prática serão suficientes para demonstrar o posicionamento isolado do agressor, o qual posteriormente poderá ser inclusive punido e responsabilizado

93 TERCIONI, Ana Carolina Godoy. **Assédio moral no trabalho**: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTr, 2013, p. 97.

94 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 93.

95 TERCIONI, Ana Carolina Godoy. **Assédio moral no trabalho**: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTr, 2013, p.98.

96 ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 143.

pelos danos causados à empresa, ressarcindo-a de eventual condenação ao pagamento de indenização por dano moral ou físico.⁹⁷

Infelizmente, grandes partes das empresas não dão a devida atenção ao tema, tanto pelo custo que pode ser atribuído para a inclusão de uma política interna que visa à conscientização e pela responsabilidade que acaba recaindo sobre o poder gerencial e diretivo da empresa, priorizando a tentativa de camuflar o problema, desmotivando e inibindo o funcionário a buscar seus direitos e adquirir o conhecimento necessário, entendendo ser o caminho mais rentável para o tema, haja vista que a percepção dos danos causados ao funcionário é de sensível visibilidade.⁹⁸

3.3 A NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL AO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

A valorização do empregado e a preocupação com sua dignidade e saúde pelo empregador não é uma prioridade, haja vista que a busca principal de uma empresa ainda é o lucro, cometendo sacrifícios e prejudicando diversas vidas.

Esse cenário poderia ser outro se grande parte dessas empresas tivesse um pensamento humanitário, o que não ocorre e, pelo contrário, agem de maneira adversa, inibindo qualquer outra empresa que se disponibilize a agir diferente.

A busca pelo lucro e rentabilidade dessas empresas se sobrepõem a todos os outros valores, e, aquelas empresas que não seguirem esse método, acabam assumindo um risco de serem prejudicadas economicamente, passando, portanto, a ignorar a dignidade dos seus trabalhadores e explorá-los ao máximo, uma concorrência desleal na qual o maior prejudicado é o trabalhador.⁹⁹

Diante desse cenário hostil, o poder Estatal deve ser manifestado de maneira rígida, preservando os direitos fundamentais desses cidadãos que estão lutando em uma batalha totalmente desigual e injusta. Tendo o seu papel destinado a elaboração de Leis nas quais evitem o assédio moral organizacional, bem como normas regulamentadoras protecionistas desses direitos fundamentais de cada trabalhador, acompanhados de uma fiscalização rígida e eficaz.¹⁰⁰

É inegável o descontentamento de empresários devido uma tutela jurisdicional rigorosa quanto ao assédio moral organizacional, principalmente por ir a desencontro com seus interesses, e, quanto maior a empatia destes, mais complexo será sua aplicabilidade, que, por si só, já demanda um certo lapso temporal.

A doutrina classifica as tutelas jurisdicionais em espécies, sendo essas divididas em ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares.¹⁰¹

As ações de conhecimento têm um trâmite de um processo regular, com condenação procedente ou improcedente de acordo com o caso concreto, podendo ser subdivida em três maneiras, na sua forma condenatória, constitutiva ou declaratória.¹⁰²

97 ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 144.

98 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 91.

99 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 95.

100 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 96.

101 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

102 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

A tutela condenatória o juiz julgará o mérito e, na sentença decidirá a quem lhe é conferido o devido direito. A tutela constitutiva tem por objeto a modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica, sem criar direitos novos, apenas reconhecer direitos já existentes, que passam a ter efetividade após a decisão judicial. Por fim, dentre as medidas englobadas nas ações de conhecimento, a declaratória, que visa reconhecer e validar uma relação jurídica que até então se questionava sobre sua existência.¹⁰³

Pois bem, tratando-se da tutela executiva, a parte na qual a sentença lhe foi favorável, ganha a pretensão de satisfazer seu direito, munido de um título judicial ou extrajudicial.¹⁰⁴

Por fim, a tutela cautelar, que pode não ter caráter definitivo, mas assegura o direito almejado até a solução do mérito da ação principal, em outras palavras, garante e assegura o direito principal almejado, tendo uma finalidade preventiva.¹⁰⁵

3.3.1 A responsabilidade civil do empregador pela prática do assédio moral organizacional

Insta destacar que a responsabilidade civil constitui o dever de reparar alguém devido prejuízos por este praticado.

Assim sendo, a responsabilidade civil pela prática do assédio moral organizacional é objetiva, se configurando na obrigação do empregador de indenizar o empregado mesmo que não se comprove culpa.¹⁰⁶

A responsabilidade civil objetiva decorre da interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que acolhe a teoria do risco no direito pátrio. Pelo simples fato do empregado sujeitar-se ao risco durante o trabalho, ocorrendo o acidente, surge a responsabilidade patronal de reparação do dano.¹⁰⁷

Segundo Juan Carlos Zurita Pohlmann:

A imputação objetiva da responsabilidade civil, além de constituir instrumento de facilitação para a indenização das vítimas, também possui função preventiva, por desincentivar práticas socialmente indesejadas, evitando possíveis prejuízos por elas causados. Esse papel inibitório desempenhado pela responsabilidade civil objetiva, ao suprimir a análise da culpabilidade do infrator de certas condutas ilícitas, impõe o dever de abstenção da prática do ilícito. Portanto, a responsabilidade do empregador pelos danos causados em decorrência do assédio moral organizacional é objetiva.¹⁰⁸

Observa-se, assim, que o Código Civil define a obrigação de indenizar em seu artigo 927, *caput* e, incluindo também alguns casos específicos em seu parágrafo único, conforme segue:

103 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

104 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 99.

105 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 100.

106 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 129.

107 ALVES, André Luiz Aidar. Indenização por acidente de trabalho: caráter pedagógico ou reparatório? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66504,61044-Indenizacao+por+acidente+de+trabalho+carater+pedagogico+ou+reparatorio>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

108 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

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

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

Sob tal ótica, para que ocorra a responsabilidade do agente a reparação civil, é necessário, portanto, o preenchimento de três requisitos, sendo estes, ação ou omissão voluntária, dano e o nexa causal.¹⁰⁹

O nexa causal é a relação entre a conduta e a ação ou omissão que acabou gerando o dano.¹¹⁰

A culpa é a real intenção do agente na produção dos fatos, seja essa atitude de negligência ou imperícia.¹¹¹

O dano é o efeito causado pela atitude antijurídica, é o resultado da ação provocada pelo agente.¹¹²

Desse modo, a responsabilidade civil no âmbito do trabalho deve ser observada de qual maneira se configura, de maneira objetiva ou subjetiva, dependendo da autoria do assédio. A maneira subjetiva se configura quando o próprio empregador é o autor da prática de assédio, ou seja, quando a agressão é direta. Já quando a agressão ocorre de um dos seus prepostos ou funcionários, fica caracterizada a responsabilidade objetiva.¹¹³

Mesmo não sendo o empregador o causador do assédio diretamente, ele acaba respondendo, haja vista que ele é o responsável pela integridade física, moral e psíquica no ambiente de trabalho, devendo zelar e tomar providências no intuito de precaver e prevenir que tais atitudes ocorram, conforme demonstra expresso no artigo 932, inciso III, do Código Civil, que dispõe:

Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil: [...]

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

A forma objetiva de se responsabilizar o agente é um método que visa a facilitação de indenização das vítimas, tendo um caráter preventivo, evitando a propagação maior dos danos já causados.¹¹⁴

A finalidade principal deste artigo não é punir o empregador, e sim, reparar a violação do direito da vítima, portanto, não sendo o empregador o autor da agressão, mas um de seus funcionários poderá aquele entrar com uma ação de regresso contra o funcionário assediante, conforme versa o artigo 934 do Código Civil:

109 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 124.

110 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

111 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

112 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 124.

113 ÁVILA, Rosemari Pedrotti de, **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo, LTr, 2009, p. 121.

114 POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional**: identificação e tutela preventiva. São Paulo: LTr, 2014, p. 125.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Sobre o valor da indenização, o artigo 944 do Código Civil, alude que a indenização será em conformidade com a extensão do dano, porém, caberá ao juiz fazer um juízo de valor, levando em consideração alguns requisitos para fixar o valor da reparação civil, que são: a extensão do dano, o poder econômico do agressor e o grau de culpa. No parágrafo único do mesmo artigo supracitado, versa sobre a possibilidade de um pedido indenizatório desproporcional em relação a gravidade e a culpa, podendo o juiz reduzir esse valor.¹¹⁵

É difícil quantificar e valorar uma ofensa à violação de um direito, por ser subjetivo, mas é necessário encontrar um meio termo para se evitar injustiças e enriquecimento ilícito. Em razão disso, não se pode deixar impune um agressor, porém, também não se pode tornar o poder judiciário um balcão de negócios.

Vale lembrar, ainda, que a indenização por dano moral em casos de assédio moral organizacional pode ser complementada com a indenização por perdas e danos, quando demonstrado o desenvolvimento de doenças psicossomáticas ou psíquicas, as quais podem chegar até a invalidez para o trabalho.¹¹⁶

CONCLUSÃO

Após estudos e pesquisas relacionadas ao assédio moral organizacional, possibilitou uma noção ampla sobre a problemática, permitindo a percepção das agressões, suas consequências e nos guiando de forma a evita-las.

Muitos trabalhadores tiveram sua saúde física e psíquica prejudicada devido ao excesso de trabalho, cobranças e um meio ambiente de trabalho nada saudável, entretanto, por desconhecerem a origem desses sintomas, acabavam sendo diagnosticadas suas doenças de forma correta, mas suas causas eram determinadas de forma errônea.

Sendo inexistente o afastamento do empregado ao meio ambiente de trabalho não saudável e sem a interrupção das agressões advindas do empregador ou seus pressupostos, nenhuma melhora no estado dessas vítimas poderia ser atestada, passando ao aprimoramento desses estudos e identificação do real fator que ocasionava tais doenças.

Para isso, coube entender o que seria um meio ambiente no local de trabalho, passando a compreender como o local no qual o empregado exerce suas atividades laborais, por entender isso, passou o Estado a obrigar o empregador a se responsabilizar por este, através do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXII, no qual preceitua sobre a obrigatoriedade do empregador de garantir um meio ambiente de trabalho saudável.

Entendendo assim, que não fosse violado à dignidade da pessoa humana do empregado e respeitando a integridade física e psíquica do empregado na relação de emprego.

115 TERCIONI, Ana Carolina Godoy. **Assédio moral no trabalho**: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

116 ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012, p. 143.

Pois bem, mesmo com esse dispositivo normativo, o assédio moral organizacional permanece se configurando dentro de empresas, sendo necessário mecanismos mais eficientes para prevenção e precaução dessas agressões.

Atualmente o Ministério Público do Trabalho (MPT), elabora campanhas e faz fiscalização em determinadas empresas, porém, é impossível um acompanhamento diário para garantir a proteção dos direitos dos empregados, portanto, fica imprescindível a conscientização dos empregadores para implementação de políticas de gestão nas quais pensem no trabalhador como um ser humano, passível de problemas pessoais, erros, limitações e necessidades. Sobrecarregá-los em prol de uma produção maior seria extremamente prejudicial, não somente de forma restritiva à vítima em sua profissional e social, como também a sua família, que acaba sendo prejudicada de forma indireta.

A educação e instrução dos funcionários é uma forma de inibir o agressor e excluir a justificativa de desconhecimento das consequências de tal ato. Servindo como uma proteção própria e de terceiros, haja vista que ao identificar um assédio a algum colega de trabalho, este interviria ou aconselharia a vítima de forma correta.

Sob a égide de uma tutela jurisdicional, é cabível a responsabilidade civil do empregador, haja visto que este é o responsável por seus funcionários, sendo presumida sua culpa, conforme versa a Súmula 331 do STF.

Podendo ser responsabilizado de forma subjetiva, quando o próprio empregador comete a agressão, ou de forma objetiva, quando algum de seus funcionários ou prepostos comete a agressão. Focar na figura do empregador para responsabilização dentro do ambiente laboral transcende a perspectiva de que este deve garantir um meio ambiente de trabalho saudável e seguro, passando a focar na facilidade de, pelo menos, uma reparação econômica ao agredido.

Com a desvalorização e despreocupação com a saúde psicológica e física do trabalhador, a sociedade em geral acaba sendo atingida, devendo o assunto ser tratado com a relevância necessária, passando a conscientização de cada empregador que, apesar do nível de instabilidade da situação econômica na qual se passa, o sacrificado jamais poderá ser o trabalhador e sua saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Assédio moral organizacional. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXIERA, Érica Fernandes (Coords.). **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O assédio moral laboral como fator de adoecimento no trabalho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19483&revista_caderno=25>. Acesso em abr 2019

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Trabalho decente: direito humano e fundamental**. São Paulo: LTr, 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Dano existencial e o direito do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; TEIXEIRA, Érica Fernandes. **Novidades em direito e processo do trabalho**. São Paulo: LTr.

ALVES, André Luiz Aidar. Indenização por acidente de trabalho: caráter pedagógico ou reparatório? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI66504,61044-Indenizacao+por+acidente+de+trabalho+carater+pedagogico+ou+reparatorio>>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo, LTr, 2009.

ARAÚJO, Adriane Reis de. **O assédio moral organizacional**. São Paulo: LTr, 2012.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. **Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

BARUKI, Luciana Veloso. **Risco psicossociais e saúde mental do trabalhador: por um regime jurídico preventivo**. São Paulo: LTr, 2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>> Acesso em: 16 de abril de 2019

CANDIDO, Tchilla Helena. **Assédio moral: acidente laboral**. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio moral: na relação de trabalho**. São Paulo: Rideel, 2009.

DANTAS, Luana Karla de Araújo. **Assédio moral organizacional: uma análise das políticas de gestão e do abuso do poder diretivo do empregador**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55837&seo=1>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

EMERICK, Paula Cristina Hott. **Metas: estratégia empresarial de busca agressiva por resultados. Incentivo ou constrangimento**: São Paulo: LTr, 2009.

FARAH, Bruno. **Assédio moral organizacional: novas modulações do sofrimento psíquico nas empresas contemporâneas**. São Paulo: LTr, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

KRUG EG ET AL., eds. **World report on violence and health**. Geneva, World Health Organization, 2002.

MELO, Raimundo Simão. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

POHLMANN, Juan Carlos Zurita. **Assédio moral organizacional: identificação e tutela preventiva**. São Paulo: LTr, 2014.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

STADLER, Denise de Fátima. **Assédio moral: uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador**. São Paulo: LTr, 2008.

RHPortal. Disponível em <<https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>>. Acesso em 16/04/2019

Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao_assedio_moral_caracteriza_doenca_trabalho> Acesso em: 16 de abr. 2019

TERCIOTI, Ana Carolina Godoy. **Assédio moral no trabalho: danos causados ao trabalhador e medidas preventivas**. São Paulo: LTr, 2013.

