

**REVISTA**  
**JURÍDICA**  
**DO CESUPA**

v. 3, n. 2, jul.dez. 2022

## REITORIA

### Reitor:

Prof<sup>o</sup> Sérgio Fiuza de Mello Mendes

### Vice-reitor:

Prof<sup>o</sup> Dr. João Paulo Mendes Filho

### Pró-reitoria de graduação e extensão:

Prof<sup>a</sup> Msc. Sílvia Mendes Pessôa

### Coordenação adjunta de graduação e extensão:

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Gisele Seabra Abraham

### Pró-reitoria de pós-graduação, pesquisa e desenvolvimento tecnológico:

Prof<sup>o</sup> Dr. João Paulo Mendes Filho

### Coordenação de pós-graduação:

Leonardo R. Nicolau da Costa / João Paulo Mendes Neto

### Coordenação de mestrado em direito, políticas públicas e desenvolvimento regional:

Prof<sup>o</sup> Dr. Jean Carlos Dias

### Vice-coordenação de mestrado em direito, políticas públicas e desenvolvimento regional:

Prof<sup>o</sup> Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

## COORDENAÇÃO DE CURSO

### Bacharelado em Direito:

Prof. Msc. Arthur Laércio Homci

## REVISTA JURÍDICA DO CESUPA

### Editor-chefe:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

### Editora-gerente:

Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

### Projeto gráfico:

Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

### Editoração:

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho  
Prof. Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

## CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO PARÁ – DIREITO

Avenida Alcindo Cacela, n. 980, Belém/PA - CEP: 66060-271

Fone: (91) 4009-9180 – Site:

<https://www.cesupa.br/>

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
Biblioteca Campus José Malcher do CESUPA, Belém-PA-Brasil

R454 Revista Jurídica do Cesupa [recurso eletrônico] / Centro Universitário do Estado do Pará. — v. 1, n. 1 (2019-). — Belém, PA: CESUPA, 2019- .

Semestral  
ISSN 2675-7788  
Disponível apenas online

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário do Estado do Pará.

CDD 340.05

Catalogação elaborada por:  
Silvia Maria Bitar de Lima Moreira  
CRB-2 / 229

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade  
de seus autores

## CONSELHO EDITORIAL

Celso Fiorillo (UNINOVE/Politécnico de Tomar)

Georges Abboud (PUC/SP)

Jean Carlos Dias (CESUPA)

Juraci Mourão Lopes Filho (Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS)

Liziane Oliveira (UNICEUB)

Roberto Senise Lisboa (FMU/PUC/SP)

Sérgio Zandona (FUMEC)

## SUMÁRIO / SUMMARY

APRESENTAÇÃO ..... 8

### Artigos

1. A relevância da construção do sujeito Kantiano para as concepções de punibilidade moderna.....10

*The relevance of the construction of the kantian subject for modern conceptions of punishment*

Lucas Moia Saife

Renan Daniel Trindade dos Santos

2. A democratização do acesso à justiça e a ressignificação de um sistema formalista pela autocomposição: (im) possibilidade?.....26

*The democratization of access to justice and the resignification of a formalista system through self-composition: (im) possibility?*

Camila Silveira Stangherlin

3. Reconhecimento da caracterização do vínculo de emprego no caso uber: breve análise do acórdão do tribunal superior do trabalho.....49

*Recognition of the characterization of the employment link in the uber case: brief analysis of the judgment of the superior court of labor*

Karen Rodrigues Teixeira

Yasmin Siqueira Martins

Allan Gomes Moreiras

4. Environmental, social and governance: uma análise das narrativas dos setores público e privado sobre os investimentos ESG.....75

*Environmental, social and governance: an analysis of public and private sector narratives about ESG investments*

Ana Elizabeth Neirão Reymão

Ligia Henriques Begot

Mário Ramos Ribeiro

5. O fenômeno da uberização do trabalho e a necessidade de se resguardar os direitos mínimos do trabalhador.....101

*The phenomenon of uberization of work and the need to protect the minimum rights of workers*

Vanessa Rocha Ferreira

Pauline Figueiredo Lima

Juliana Oliveira Eiró do Nascimento

6. A realidade da mulher em cárcere no brasil e a omissão estatal.....121  
*The reality of women in brazilian's prisons and the state omission*  
Juliana Rodrigues Freitas  
Ana Carolina Borges da Silva  
Ana Carolina Cardoso Castro
7. A precarização do teletrabalho e seus impactos na saúde do trabalhador decorrentes do cenário da pandemia.....150  
*The precariousness of teleworking and its impacts on the health of the workers as a result of the pandemic scenario*  
Emília de Fátima da Silva Farinha Pereira  
Ana Beatriz Pitman Vieira  
Juliana Corrêa dos Santos
8. Precedentes judiciais, direito como integridade e a atuação do magistrado.....172  
*Judicial precedents, law as integrity and the practice of the magistrate*  
Versalhes Enos Nunes Ferreira  
Vanessa Rocha Ferreira
9. A proteção da criança e do adolescente migrante desacompanhado.....205  
*The protection of unaccompanied children and teenager migrant*  
Natalia Mascarenhas Simões Bentes  
Isabelle Pinheiro Figueiredo
10. Da proteção de dados a violação de direitos básicos: como os contratos eletrônicos são um meio para o agravamento da hipervulnerabilidade do consumidor.....229  
*Data protection violation of basic rights: how electronic contracts are a means to aggravate consumer hypervulnerability*  
Beatriz Lheis Darwich  
Leonardo Sa de Barros Souza  
Thiago Alves Feio
11. Direito à desconexão: uma análise da indústria 4.0 e suas tecnologias destrutivas e os impactos do teletrabalho nas horas de labor .....255  
*Right to disconnect: an analysis of industry 4.0 and the disruptives technologies and the impacts of telecommuting in the Work hours*  
Emília de Fátima da Silva Farinha Pereira  
Rosa Benevides Gomes Aguiar  
Emylle Coutinho

12. O incidente de resolução de demanda repetitiva como instrumento de formação de precedentes.....270  
*Incident resolution of repetitive demands as precedent training tool*  
Jessyca Fonseca Souza  
Marian Viggiano  
Alanna Rodrigues
13. A regionalização dos produtos: um estudo sobre o empoderamento do consumidor hipermoderno .....293  
*The regionalization of products: a study on the empowerment of the hypermodern consumer*  
Eugênia Luiza Passos Pinheiro  
Larissa Rodrigues Farias  
Dennis Verbicaro Soares
14. Constituições estaduais e sistema tributário: o direito local em busca de relevância normativa em face da crise do federalismo.....309  
*State constitutions and the tax system: the local law in search of a relevant rule in sight of the federalist crisis*  
João Paulo Mendes Neto  
Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho

## APRESENTAÇÃO

Apraz-me, sobremaneira, apresentar à comunidade acadêmica, em geral, e jurídica, em particular, a segunda edição / ano de 2022, da Revista Jurídica do Cesupa ( RJC ), a qual reúne, em artigos cuidadosamente revisados, temáticas variadas, de cunho relevante e atual, relacionadas, dentre outras, ao acesso à justiça; direito do trabalhador; governança ambiental, social e corporativa; proteção ao migrante; contratos eletrônicos; e uma análise das Constituições Estaduais e o Sistema Tributário Federal.

Com a honrosa companhia de alguns autores externos convidados, o presente número congrega, em sua maioria, participantes da própria instituição, exibindo a marca natural da endogenia, comum a toda revista científica em seus anos iniciais. Aqui, merece destaque e enaltecimento o princípio da integração, revelado pela presença, além dos docentes, de estudantes de graduação, especialização, mestrado e, também, de egressos, na submissão conjunta dos escritos.

Não raro, periódicos com as características da RJC são concebidos no âmbito da pós-graduação, diante da crescente necessidade da difusão do conhecimento produzido, como também da criação de estratégias, sugeridas pela CAPES, que apontem para a visibilidade social, a consolidação e a evolução institucional dos programas.

Nesse particular, a edição ora apresentada surge em meio a uma conquista e um desafio. É a primeira, após o Curso de Mestrado ter recebido a nota 4 na última avaliação da CAPES, o que ensejou a possibilidade de submissão de proposta para o Doutorado no mês vindouro. Trata-se de uma trajetória de 10 anos de frutuoso trabalho coletivo, sob a liderança do Professor Jean Carlos Dias, a quem posteriormente associou-se o Professor José Cláudio Monteiro de Brito Filho, que além de Vice-Coordenador do programa, assumiu a Chefia da Editoria da Revista, com o apoio da Gerente Juliana Oliveira Eiró do Nascimento. Em seus nomes deixo registrado o apreço e o reconhecimento a todos os que fazem o Programa de Pós-Graduação em Direito e a Revista Jurídica do Cesupa.

Desejo, por fim, nesta oportunidade singular, reafirmar e renovar o compromisso institucionalmente assumido, à ocasião do lançamento da edição inaugural da nossa Revista Saber, no princípio dos anos 2000, concernente à consolidação de ambiente favorável à construção, expansão e difusão do conhecimento, componentes edificantes do nosso fazer educacional.

A rigor, a cada edição de uma nova revista - no caso presente a pulsante RJC, nos é permitido testemunhar o sentido de evolução do projeto institucional, mormente no plano científico-cultural, posto que constitui elemento indispensável à socialização do conhecimento, com peculiar capacidade de transformar o homem e fortalecer o crescimento social.

Bons ventos e longa vida à RJC, para deleite de seus leitores, a quem deixo consignadas as melhores e cordiais saudações acadêmicas.

Prof. Dr. João Paulo Mendes Filho

*Vice-Reitor e  
Pró-Reitor de Pós-Graduação Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico*

# A RELEVÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DO SUJEITO KANTIANO PARA AS CONCEPÇÕES DE PUNIBILIDADE MODERNAS

THE RELEVANCE OF THE CONSTRUCTION OF THE KANTIAN SUBJECT FOR  
MODERN CONCEPTIONS OF PUNISHMENT

Recebido em	04/10/2022
Aprovado em	30/11/2022

Lucas Moia Saife<sup>1</sup>  
Renan Daniel Trindade dos Santos<sup>2</sup>

## RESUMO

---

O artigo versa acerca do confronto entre o retribucionismo kantiano e os utilitaristas na construção de uma noção de punibilidade. O objetivo em vista é o de explicar a relevância da construção do sujeito kantiano para a fomentação dessa nova perspectiva de punibilidade, destacando a visão do autor em diversos ângulos de análise. O método utilizado é a análise sistemática de diversas obras que possibilitem aprofundamento do estudo kantiano e a aproximação do discurso teórico e filosófico com a conceituação de punibilidade no direito penal, dada pelos doutrinadores. Os resultados são significativos na compreensão da punibilidade como instrumento de reconhecimento da humanidade dos indivíduos e seu caráter moralizante na sociedade. A discrepância evidenciada entre os modelos preventivos gerais e especiais também comportam base para entender a sanção segundo os modelos em embate. Busca-se a explanação de um parâmetro amplo da sanção em Kant, em vista de um confronto que é substancialmente importante na introdução ao período da modernidade. A herança político-jurídica desse confronto até os dias atuais e sua implicação no meio prático de penalização hodierno. Em que medida considerar a teoria kantiana como viável e quais os seus principais pontos criticáveis das suas ideias sobre pena. E finalizando com a explanação da previsão social que tratava Kant, em vistas de progresso.

**Palavras-chave:** Kant; punibilidade; utilitarismo.

## ABSTRACT

---

The article deals with the confrontation between the Kantian retributionism and the utilitarians in the construction of a notion of punishability. The objective in view is to explain the relevance of the construction of the Kantian subject for the promotion of this new perspective of punishability, considering the author's vision from different angles of analysis. The method used is the systematic analysis of several works that allows a deepening of the Kantian study and the closeness of the theoretical and philosophical discourse with the concept of punishment in criminal law, given by the theorists. The results are significant in understanding punishability as an instrument for recognizing the humanity of individuals and

---

<sup>1</sup> Acadêmico do quarto período do curso de Direito pela Universidade Federal do Pará. Correio eletrônico: lucassaiife@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogado Criminalista, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (2019). Correio eletrônico: renantrindade1@gmail.com.

their moralizing character in society. The difference evidenced between the general and special preventive models also provides a basis for understanding the sanction according to the models in dispute. It seeks to explain a broad parameter of sanction in Kant, in view of a confront that is substantially important in the introduction to the modern history. The political-legal heritage of this confrontation until the present day and its implication in the practical means of penalization today. To what extent do you consider the Kantian theory as viable and what are your main criticisms of your ideas about punishment. And ending with the explanation of the social prediction that Kant treated, in view of progress.

**Keywords:** Kant; punishability; utilitarianism.

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa versa acerca da contribuição do sujeito kantiano na formulação da punibilidade no direito penal e seu desenvolvimento contemporâneo, destacando por que meios esse sujeito foi capaz de justificar uma nova ideia de justiça e normatização social sob o prisma da punibilidade. Esse assunto foi escolhido com base na relevância social atribuída à pena como meio de disciplinar os cidadãos a não cometer delitos. O confronto do utilitarismo com o retribucionismo auxilia a compreensão da sanção penal como é vista atualmente.

A base de interesse moralmente construído, frente à formulação de um homem racional e capaz de compreender normas Inteligíveis. Presume-se a ampla liberdade da atuação de um sujeito metafísico em sua prática, como confirma o pensamento kantiano. Restando descobrir o impacto teórico e prático desse conjunto de argumentações que transpassam o ambiente epistemológico e atingem incisivamente a concepção de justiça, norma e punibilidade da modernidade e dos dias atuais.

O estudo se trata de uma primeira investigação histórica sobre o desenvolvimento de um diálogo conflituoso entre a pena por utilidade e a pena por retribuição. Uma dinâmica que contrapõe maximização de bem-estar social, de proposta utilitarista, e respeito à dignidade humana, como desdobramento do pensamento de Immanuel Kant.

Em seguida, tem-se o entendimento doutrinário do que seria punibilidade, acarretando necessário entendimento da pena em seu fim e função, pelo uso de uma doutrina rica que possa, através de sua análise sistemática, esclarecer o que seria cada um desses conceitos, sua implicação teórica e seu teor prático no sistema penal. Por último, a consolidação da punibilidade sob o prisma kantiano de justiça, identificando os pontos de maior relevância contributiva do autor para o desenvolvimento da ciência de um direito penal.

Esse procedimento deve ser permeado pela crítica necessária à sua obra em muitos

aspectos. Afinal, é impossível obter pleno entendimento das ideias kantianas sem se defrontar com sugestões punitivas que atualmente seriam consideradas extremamente duvidosas. A profundidade da pesquisa bibliográfica buscará impedir uma leitura superficial de ideias descontextualizadas, não resumindo, em inevitável erro de anacronismo, as propostas kantianas a um mero erro.

A pesquisa foi realizada pela relevância do tema da punição no Brasil. É notório o alcance midiático de discursos punitivistas que almejam uma pena essencialmente preventiva sob os demais indivíduos. Há um ganho de capital político nesse sentido que ainda haverá de ser melhor explanado, há uma proposta política, econômica e ideológica de dominação em sentido amplo pela ótica utilitária.

Nesse sentido, é fulcral conhecer o pensamento kantiano de confronto a esse discurso. Entender a origem e a finalidade da sanção segundo Kant, fato inextricável do novo conceito de sujeito moderno. Para isso, recorre-se ao próprio texto do autor e a grandes pesquisadores do filósofo, como Otfried Höffe. Tem-se como extremamente relevantes as considerações de grandes autores sobre a punibilidade e sobre o retribucionismo penal, destacando Cezar Roberto Bitencourt, Pierangeli, Zaffaroni e Ferrajoli.

Desse modo, objetiva-se trazer o pensamento kantiano e justificar como e em que medida ele foi significativo para a punibilidade no direito penal, associando à realidade brasileira e esclarecendo as disparidades socioeconômicas implicadas pela sua aplicabilidade na realidade cultural do país.

## **2 A FILOSOFIA DO DIREITO KANTIANA E O CONFRONTO AO CORRETO MORAL UTILITARISTA**

Figura-se em Kant uma das mais importantes sofisticacões conceituais de moralidade, o objeto de análise era a ação de um sujeito moderno construído pela modernidade e para a modernidade. Era necessário formar uma ideia de indivíduo autônomo, capaz de compreender normas inteligíveis e, com esse alicerce, puni-lo embasado em argumentos racionais e modernos.

Antes de Immanuel Kant, autores de diversos períodos da história desenvolveram fundamentações morais das mais diversas: na própria comunidade, na natureza, na conquista da felicidade, na vontade de uma divindade ou em alguma espécie de sentimento moral. Kant revoluciona completamente tais pensamentos, introduz uma noção ligada ao sujeito de moralidade em uma resposta que fez à pergunta “O que é o esclarecimento?” — o homem,

quando dotado de autonomia, é livre e pode responder por seus atos (BUZZI e BOFF, 1985, p. 100-116).

A atuação humana guarda consigo e com os demais indivíduos de uma sociedade a responsabilidade de agir segundo critérios universalizantes de conduta, sem que se confunda com meros princípios morais (HÖFFE, 2005, p. 215-216). Eventualmente tem até acordo com os utilitaristas na perspectiva de que o julgar e agir em moralidade não implicam uma arbitrariedade ou sentimento pessoal, tampouco uma condicionante sociocultural ou de conhecimento de convenções (HÖFFE, 2005, p. 184).

Entretanto, a consonância entre o pensamento racionalista kantiano e o utilitarismo de Bentham cessam nesse ponto. Indubitavelmente, as perspectivas normativas, isto é, de direcionamento do sujeito moral segundo determinado padrão de condutas, na busca de um dado fim se torna absolutamente diferente. O utilitarismo compreendia nas condutas ausência de qualquer tipo de moralidade ou dever intrínseco às atuações individuais — devendo-se ater meramente aos resultados promovidos pela prática de determinado ato, mensurando o nível de prazer e felicidade implicados no processo (MORRISON, 2006, p. 171-172).

É notório o uso, portanto, de uma fundamentação externa ao ato praticado pelo indivíduo para dar alicerce moral ao fim obtido do processo. Existiria uma motivação real, cujo valor é localizado alheio à prática consumada, a ponderação das atitudes e julgamentos morais seria feita a partir da equiparação entre a quantidade de sofrimento efetiva do ato e o produto também quantificado de felicidade obtida.

Contudo, o utilitarismo sofreu inúmeras críticas acerca do seu modelo de moralidade, haja vista que, ironicamente, o resultado social da consideração apenas de resultados para compreensão das condutas humanas se opunha à própria concepção humana intuitiva do certo.

Immanuel Kant teve significativo impacto crítico na visão utilitarista, posto que desenvolveu uma teoria racionalista que percebeu o homem como conhecedor do próprio pensamento e responsável pelas suas atitudes, assim, na obrigação de “prestar contas” à sociedade e a si mesmo acerca de seu comportamento (HÖFFE, 2005, p. 184). Kant corrobora com a crítica da monstruosidade moral que fora elaborada no auge do pensamento utilitarista (MORRISON, 2006, p. 172), na medida que desenvolve uma grande diferenciação nas ideias de “certo” e “bom”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> As terminologias “certo” e “bom” que serão desenvolvidas no trabalho seguem a tradução do livro de Wayne Morrison. Otfried Höffe trabalha, em ambas as ideias, o “bom” e diferencia os termos “moralidade” e “*sittlichkeit*” em conjunto com a contraposição de “dever” e “vontade boa” para alcançar as ideias de legalidade e moralidade.

Na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant (2013, p. 157) assevera:

Cultivo da moralidade em nós. A maior perfeição moral do ser humano é: cumprir seu dever e, decerto, por dever (de modo que a lei não seja apenas a regra, mas também o móbil das ações). Ora, à primeira vista isso parece, decerto, uma obrigação estrita, e o princípio do dever, com a exatidão e força de uma lei, parece ordenar, para toda ação, não apenas a legalidade, mas também a moralidade, isto é, a intenção [Gesinnung].

O bom é entendido como algum tipo de atuação cujo objetivo transpassa aquilo que ela é em si, trata-se da busca de algo externo àquela conduta que, gerando um resultado previsto, de algum modo gratificaria o atuante.

Trata-se do estrito cumprimento, talvez, de um dever. Afinal, toda fundamentação da prática estaria sendo condicionada pelo fator externo “lei”, não provindo de intenção própria em si, senão de um dever imposto coercitivamente. De encontro a isso, o certo seria entendido como uma atuação independente de qualquer tipo de fundamentação externa ao ato concretizado — aquele comportamento acompanha valor intrínseco (HÖFFE, 2005, p. 192-194).

O critério metaético de moralidade é concebido, ao passo que onde é quista a “vontade boa”, também concretizada pelo desejo daquilo que é moralmente correto, sem influências externas. O dever é quisto e, como tal, é cumprido. Fato esse que tem sua base de fundamentação em um “deslocamento” da metafísica epistemológica, para uma metafísica prática — a liberdade faz-se no pensamento kantiano como elemento extra empírico, buscando uma atuação baseada em uma capacidade pura de deliberação entre o certo e o errado e, caso delibere fazer algo errado, deverá ser punido em respeito à sua própria autonomia (DEMBOSKI, 2016, p. 172-174).

A punição em Kant difere radicalmente da punição segundo as ideias utilitaristas. O homem é, para o utilitarismo, meio de exemplificação da coercibilidade estatal. Instrumentaliza-se a imagem de um ser humano para obtenção de um fim externo ao seu sujeito, sendo alvo de um poder estatal de disciplinarização dos indivíduos de uma sociedade, para o qual serve como “símbolo” de sofrimento — resta, com isso, um indivíduo mediatizado pelo Direito Penal.

Jeremy Bentham e William Paley são dois autores que fortificam esse posicionamento. Em analogia a isso, Morrison trabalha a razão de punir desses dois autores na mesma proporção em que se calcula o nível de prevenção de violência atribuído ao grau e à qualidade da pena (MORRISON, 2006, p. 174). O autor também considera que a punição só deve ser

aplicada quando identificado que a melhor maneira de prevenção de possíveis novas condutas análogas é a penalização daquele indivíduo.

Ainda mais diretamente, Beccaria elabora sua obra prima baseada em um questionamento acerca de qual seria a melhor maneira de prevenir crimes. Nessa hipótese, discorre sobre diversos assuntos e tipos de condutas criminosas, todavia é mister destacar a posição punitiva de Beccaria frente ao que denominava “interrogatórios sugestivos”:

É mister que essa pena seja muito pesada; porque o silêncio de um criminoso, perante o juiz que o interroga, é para a sociedade um escândalo e a justiça uma ofensa que cumpre prevenir tanto quanto possível (BECCARIA, 2002, p. 18-19).

O autor deixa clara a relação inextricável entre a efetividade da pena e o seu caráter preventor de ofensas ao ordenamento jurídico. Vale reiterar que Beccaria desenvolve um modelo de punição que introduz, de certo modo, a visão utilitarista — tendo em vista que “A única razão aceitável para se punir uma pessoa é o fato de que a punição irá ajudar na prevenção ou redução do crime” (MORRISON, 2006, p. 174).

Kant contrapõe-se assiduamente a essa histórica construção de um Direito Penal preventivo, haja vista que incorpora em suas ideias a dignidade do sujeito, ou seja, o seu valor em si. É inconcebível para o filósofo a mediatização de uma pessoa com o fito de fazê-la de exemplo para os demais indivíduos sob um parâmetro punitivo. Kant nega o uso de cálculos e os argumentos utilitaristas de Beccaria para atribuição de sanções aos sujeitos, afirma que se deve submeter a pena ao homem que necessita ser testado na capacidade plena de sua autonomia (MORRISON, 2006, p. 176).

Retornando à análise direta do livro do autor:

O homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro, nem ser contado entre os objetos do direito real, sendo protegido contra isso por sua personalidade inata mesmo quando possa ser condenado a perder a civil (KANT, 2013, p. 105).

Esse trecho referente à finalidade da pena para o autor alicerça o pensamento de que toda intenção punitiva deve estar pautada exclusivamente no ato praticado pelo infrator, sendo a qualidade e grau de aplicação da pena proporcional à ofensividade da conduta, igual em tratamento frente aos diferentes indivíduos e observando a natureza de cada infração (MORRISON, 2006, p. 176-177).

### 3 A PENA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA ORDEM SOCIAL

Ainda se apresenta enquanto elemento polêmico da teoria do delito a existência ou não de uma punibilidade independente da culpabilidade penal. É hoje majoritariamente considerado que a punição remete ao resultado da conduta, não sendo um elemento constitutivo do crime. Ainda é importante ressaltar que esse instituto do direito penal é justificado pela sua necessidade, como afirma Francisco Muñoz Conde:

*La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad* (CONDE, 2001, p. 70)<sup>4</sup>

O debate teórico que esteve presente entre o utilitarismo e retribucionismo esteve permeado por uma junção entre a justificação e o significado próprio da pena, fato que consolidou uma confusão teórica que indiferenciava essas duas ideias. Mas alguns autores, como Bitencourt (2012), exercem uma disparidade entre “fim” e “função” da pena. O fim, para Bitencourt (2012), é a busca de um efeito de cunho social e valorativo, enquanto a função se relaciona com o caráter descritivo dos efeitos penais induzidos, ainda que se distancie da finalidade primordialmente almejada (BITENCOURT, 2012, p. 46).

A pena contém, além de sua dimensão de finalidade e função, uma participação histórica na constituição do poder do Estado. A pena dialoga com as estruturas das instituições presentes em uma sociedade e revela, junto a elas, os problemas sociais, segregacionistas, racistas, homofóbicos e excludentes em amplo sentido. Agravando-os, inclusive, mediante seu uso articulado e sistemático em prol de um projeto social de segregação e repressão extrema de grupos socialmente expostos à uma violência institucionalizada. A pena é o retrato dessa institucionalização, dada a legitimidade e o alcance obtidos pela imagem da soberania do poder central.

Há de se analisar, em primazia, a adequação de um modelo punitivo à realidade socioeconômica em que esse é inserido, compreendendo sua finalidade teórica e sua função prática no cotidiano social (BITENCOURT, 2012, p. 46).

Além disso, é inescusável considerar a própria organização do Estado. Concebê-lo enquanto unitário, em que prevaleça uma organização centrípeta dos poderes por um norteamento autocrático, significa um direito penal inquisitivo — adepto às penas de suplício, indiferente aos valores sociais e mediatizador do ser humano.

---

<sup>4</sup> “A pena se justifica pela sua necessidade como meio de repressão indispensável para manter as condições de vida fundamentais para a convivência de pessoas de uma comunidade” — tradução nossa.

A punibilidade, nesse interim, configura um modelo de demonstração de força do poder estatal frente às pessoas, resguarda uma feição intimidatória — uma herança substancial do utilitarismo.

É necessário ressaltar que se pode dividi-la entre os conceitos de punibilidade enquanto indivíduo merecedor de sanção ou não; e punibilidade enquanto possibilidade de aplicação formal ou material da pena (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2010, p. 636).

A primeira hipótese se trata da discussão do mérito da causa em específico, a que se atribui “ser digno de punir” pela existência de fato típico ilícito e culpável. Já o segundo diz respeito à condição de punir alguém que, mesmo diante de delito consumado, pode, sob hipótese específica do caso concreto, prescindir de punição. A coercibilidade nem sempre poderá ser aplicada ao fato delituoso.

Entendida a punibilidade e a pena, é elementar discutir os conceitos de prevenção geral e especial. Essa diferenciação é introduzida por Feuerbach (1832) e cada uma diz respeito a um alvo específico ao qual a prevenção agirá sobre: A geral promove efeitos de embargar a violência entre os associados de uma comunidade e a especial admite como alvo a própria pessoa a quem se atribui a pena, haja vista que essa seria, por via da coerção estatal, intimidada particularmente.

Segue a consideração de Ferrajoli:

Las doctrinas relativas o utilitaristas se dividen por su parte en doctrinas de la prevención especial, que refieren el fin preventivo a la persona del delincuente, y doctrinas de la prevención general, que lo refieren por el contrario a la generalidad de los asociados<sup>5</sup> (FERRAJOLI, 1989, p. 253).

A prevenção geral pode assumir dois tipos de subdivisão, às quais receberão breve comentário. A primeira divisão é a negativa, que diz respeito ao modo pelo qual se previne o crime sob uma atuação intimidatória, dissuadindo possíveis novos criminosos por intermédio da ameaça de sanção, em suma, por uma inspiração de medo sobre os indivíduos. A segunda divisão se refere à positiva, a qual almeja reforçar, a partir da penalização, as relações sociais e jurídicas existentes entre os cidadãos e o ordenamento (BITENCOURT, 2012, p. 40-43).

Finalmente, versa-se acerca da prevenção especial, esta que dialoga com um modelo específico de sujeito criminoso, corrobora para a afirmação de uma imagem social

---

<sup>5</sup> “As doutrinas relativas ou utilitaristas se dividem por sua parte em doutrinas de prevenção especial, que se referem ao fim preventivo à pessoa do delinquente e doutrinas da prevenção geral, que se referem, ao contrário, à generalidade dos membros de uma comunidade” — tradução nossa.

estigmatizada de delinquente. A qualidade e quantidade da pena serviriam para evitar que esse infrator voltasse a cometer algum delito, entretanto a posição de um delinquente a ser corrigido pode gerar, no desenvolvimento de diversas teorias da pena, a concepção de um indivíduo específico que pode ser absolutamente incorrigível (BITENCOURT, 2012, p. 43).

Esse indivíduo tende, historicamente, a ser banalizado pela sua comunidade, a partir da adoção do estigma de cor, gênero, origem, classe social e muitos outros. O Estado passa a usá-lo como via de demonstração de força, sob um prisma indiscutivelmente utilitarista.

A violência policial nas favelas, por exemplo, significaria, para um grupo social dominante, a efetivação das políticas públicas de segurança; para o Governo, uma via rápida de ganho eleitoral; para o povo atingido, a humilhação e a morte. O utilitarismo transforma o indivíduo marginalizado em número manipulável pelo Estado e se assume como legítimo usá-los para manter uma ordem jurídico-política dominante — o meio mais rápido de desumanização do homem é quantificá-lo; o utilitarismo, portanto, é o símbolo fúnebre da desumanidade pela indiferença.

#### **4 A CONTRIBUIÇÃO DE KANT PARA A PUNIBILIDADE**

Punir alguém pelo erro cometido autonomamente é um posicionamento claro de Kant pelo retribucionismo penal. Deve-se punir, isso é claro, mas por quais motivos? É necessário que a punição humanize o homem, ela prova a capacidade de deliberação racional que ele comporta. Esse pensamento, na emergência de um inquebrantável racionalismo que dominava o ideário social da época, fomentava o reconhecimento do esclarecimento — o homem deveria ser punido, pois, caso não fosse, implicaria o não conhecimento de sua autonomia (MORRISON, 2006, p. 176); essa pessoa, portanto, não teria sua humanidade reconhecida em última análise.

É inescusável ao prosseguimento do trabalho compreender a profundidade do impacto causado pela relação atribuída entre autonomia e pena. Em contraposição ao fundamento teórico utilitarista, a punibilidade segundo Kant reitera que o ser ao qual se impõe a penalização é digno de ter sua autonomia posta sob teste.

Consequentemente, a autonomia é pressuposto de atuação da coerção do Estado, esse só poderia atuar em pleno exercício de seu poder na premissa de conter a atuação de um agente racional. Ora, é do conhecimento comum que, em se tratando de agente racional, estamos falando obrigatoriamente de um ser humano. Portanto, a atribuição de pena ao cidadão não somente configuraria o poder de soberania em si, mas conceberia o sujeito como autônomo e humano.

A visualização de quaisquer outros horizontes para castigar uma conduta é necessariamente externa, indigna. Os utilitaristas se mostram como barreira ultrajante para afirmação de um direito penal moralizante, sua concepção de justiça sempre esteve intimamente ligada à maximização de um bem-estar (SANDEL, 2015, p. 16) e esse, conseqüentemente, atrelado a custos morais extremamente questionáveis. A punibilidade está diretamente relacionada às concepções morais que vinculamos a determinadas condutas. Há, comumente, proporção direta entre o nível de reprovabilidade e o aumento da rigidez da sanção.

Exemplo desse fato é a leitura social acerca da corrupção: todos desejam o fim da corrupção e a justiça deve punir agentes corruptos para que sirvam de exemplo aos demais. As propostas de combate à corrupção reiteram uma demanda por prevenção desse comportamento por inúmeras vias (MPPR). São citados programas de marketing, campanhas de conscientização, treinamento do serviço público, aprimoramento dos sistemas de denúncia e muitos outros. Mas a principal questão apontada nesses termos é a impunidade (HAJE, 2016), o sofrimento imposto não significa apenas a coerção por um ato individual, mas um aviso aos demais associados de uma comunidade.

Trata-se de uma espécie de consenso público pelo qual perpassa a noção de merecimento ou não de castigo. Há, nesse processo, a construção de uma imagem específica de merecedor, que naturalmente é tido como a causa dos problemas sociais, primordialmente, atrelados à segurança pública, mas podendo se estender até muitas outras áreas do convívio social pelo qual passa o público daquela comunidade. Essa construção é feita pelo uso repetitivo desse mesmo “tipo” de pessoa como alvo da violência institucional, o que faz grupos como os negros serem “clientela” de um sistema prisional voltado a prendê-los sem nenhum tipo de restrição moral, muito pelo ao contrário, a moralidade dominante assume como normal a prisão daquele alvo.

Entretanto, a proposta de Kant é outra, radicalmente devolutiva a todo dano sofrido: Aquele que rouba outrem rouba, antes de tudo, a si mesmo; aquele que mata também deverá morrer (KANT, 2013, p. 105-110). Tais exclamações indubitavelmente questionáveis contemporaneamente pelo extremismo punitivo, mas com fundamentação de humanizar, pelo menos em um aspecto, o infrator. Trazer o indivíduo punível por si e não como objeto de manipulação de um Estado. Kant necessita de críticas, é fato, mas suas contribuições podem ser muito bem incorporadas hodiernamente.

Prova disso são os casos comuns de crimes pequenos ocorridos no Brasil, o princípio da insignificância é, por muitos juízes negligenciado. O caso do Habeas Corpus nº 143.921

negado pelo Ministro Dias Toffoli é exemplo claro do medo da reincidência criminal. O réu, senhor Evanildo José Fernandes De Souza, foi condenado a prisão em regime fechado pelo furto de uma bermuda de apenas 10 reais. Fato que, para a loja, teria impacto ínfimo e poderia ser contornado por vias menos invasivas e, certamente, mais eficazes.

Entretanto, é necessário que exista uma resposta punitiva esperada pela população, ela deve comportar sofrimento suficiente para que a prática não seja repetida. Isso, à priori, poderia ser entendido enquanto pensamento kantiano — ora, se o infrator é reincidente, sua prática deve ser punida, ainda que em lesividade baixa, visando sua própria correção. Mas nos resta questionar: Será proporcional tal julgamento? A quem interessa uma sentença como essa? Não seria mais interessante trazer a ressocialização do infrator por medidas de tratamento à dependência química a fazê-lo ter contato com uma realidade ainda menos propícia à reabilitação social? Seria esse pensamento utilitarista?

Em realidade, o utilitarismo se projeta de forma discreta, esgueirando-se pelo retribucionismo. Pune-se para assegurar um direito à propriedade e garantir, no mínimo dano, penalização forte; alega-se reincidência. A sentença toma forma de “justa”, posto que parece retribuir ao infrator o que lhe é devido, mas esconde o interesse de grupos sociais em construir um direito à propriedade intransigente e reiterar uma cultura ideologizada, por essência, patrimonialista. Como consequência, o pequeno infrator é um alvo fácil, sem visibilidade, que serve de exemplo, de forma naturalizada, aos destinatários e fiéis clientes do sistema penal: os grupos vulneráveis. A dignidade do homem é secundarizada em prol da construção de um projeto ideológico.

O princípio da individualização da pena corrobora significativamente com a proposta kantiana, haja vista que percebe o crime enquanto fator específico e ressignifica a sanção nesse mesmo sentido. O crime deve, por esse princípio, ser analisado sob duas etapas delimitadas. No que diz respeito à conduta, visto em seus pormenores, observando cautelosamente cada fato unitariamente, sem obstrução das particularidades da lesão ao bem jurídico tutelado. Além da consideração das particularidades do próprio infrator, mediante observação da personalidade do agente em questão, contando também com a particularização de seu tratamento processual legislativo, executório e judicial (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2010, p. 706-707).

Assim, é mister trazer o pensamento kantiano na busca de um direito penal que não vise a mera adaptação de uma realidade política para manipulação da vida e morte dos cidadãos. Afinal, as principais vítimas são encontradas entre os grupos mais vulneráveis e tem sua responsabilização penal caracterizada por uma política de gestão pública de segurança

pela qual perpassam ideários utilitaristas que ainda fomentam muita admiração e mediatização.

A utilidade da prisão e da morte dos brasileiros é o ganho de capital eleitoral, o controle da opinião pública de uma classe média indiferente e desinformada e a sobreposição de um modelo prisional lucrativo que ainda precisa ser melhor aprofundado em pesquisas.

Enquanto isso, a principal via de resistência contra essas atuações dentro do espaço acadêmico é exclamar com veemência o direito à vida, à liberdade e ao julgamento justo de todo ser humano, não o reduzindo às quantificações carcerárias presentes nos grandes veículos de propaganda desse modelo de política criminal cruel e retrógrada. Kant pode ser uma resposta incisiva a esse modelo vigente — a punição é necessária, mas deve visar, sobretudo, aquele que é punido.

## **5 A PENA SOB O PRISMA DO PROGRESSO HUMANO**

Durante as discussões que travava, Kant desenvolveu concepções bem particulares acerca da natureza de um progresso e do papel do homem nele. O movimento que se volta à busca de um bem supremo pode ser chamado de progresso (MORRISON, 2006, p. 177). O domínio de uma realidade ética voltada não apenas a uma mera legalidade atrairia o homem a um estado social ético, em rumo ao sumo bem.

Como já introduzida anteriormente, a ideia de legalidade se trata do cumprimento de um dado dever pelo peso normativo que carrega consigo (HÖFFE, 2005, p. 194). A pessoa está condicionada a acatar uma dada ordem social pelo medo de receber algum tipo de castigo em virtude da desobediência aquele preceito. Funda-se assim, não uma moralidade (KANT, 2013, p. 157), mas um padrão de ordenamento institucional de repressão objetiva dos cidadãos, responsável por promover a impossibilidade de uma dada prática não por ser reconhecidamente errada, mas por estar disposta à sua violação uma sanção penal intimidadora. Volta-se a um embate claro de Kant com os utilitaristas, porque, a longo prazo, o utilitarismo não promoveria a formação de uma sociedade consciente de certo ou errado, baseada nos pressupostos racionais do sujeito kantiano. Promoveria apenas uma série de indivíduos passivos frente ao seu ordenamento jurídico.

É possível observar que a ausência de ação individual implica o retorno a um ser humano contemplativo, inerte. Esse indivíduo “inoperante” é um perigo lógico à Fomentação de uma sociedade de mercado que precisa ser regrada e desenvolvida sob padrões de mercado. Afinal, é impossível que haja iniciativa privada e obediência dos seres humanos a

normativas instituídas pelo Estado, se esses mesmos indivíduos são postos como inconscientes, inativos ou afins.

Kant considera o progresso intimamente relacionado com a cognição. A racionalidade deve ser meio de viabilização da vida social, o ser humano deve se reconhecer em obediência a certas proposições normativas condicionadas a um progresso mútuo e coordenado. Não haverá de se considerar, senão pelo exercício pleno da razão humana, uma motivação suficientemente aplicável à obediência geral (MORRISON, 2006, p. 178).

Ainda assim, reincide a reflexão da disciplina acerca da necessidade de fomentar um bem supremo na comunidade. Sujeitar-se a um procedimento meramente coercitivo, sem o pleno domínio daquilo que diz respeito ao certo e errado, significa submeter-se a um pressuposto meramente hipotético de punição. Ao mesmo ponto em que uma sociedade pautada na concordância das regras postas por um ideal de valorização da moralidade se apresenta como imperativo categórico essencial à promoção de um bem comum (MORRISON, 2006, p. 178).

A punição toma forma, desse modo, a estabelecer um padrão de ordenamento social tanto na possibilidade de um progresso, como na afirmação de uma sociedade inerte entendida por Kant. A sanção deve ser moldada pelo ordenamento junto a outras estruturas de instituições sociais, para que não se torne o único instrumento e razão pela qual não são cometidos crimes. Haja vista que, nessa hipótese, poder-se-ia cometer um crime uma vez que se tomasse conhecimento de uma inevitável impunidade, seja por ineficiência do estado ou por condição específica da conduta almejada.

Fica claro que quando dissertado sobre esse tema, a íntima ligação da racionalidade com o progresso humano em sociedade. Indubitavelmente, a fé em uma razão metafísica fomentaria um modelo de pacificação pelo reconhecimento consensual das normas postas pelo Estado. Haveria um ponto de concordância racional sobre as regras sociais a serem seguidas por cada indivíduo reconhecidamente autônomo:

Kant parece afirmar que a garantia do progresso é a capacidade da própria razão de colocar-se na direção certa, determinando para si mesma o uso correto do procedimento transcendental. Esta é a confiança plena da imaginação racionalista - a verdadeira fé metafísica. Visto assim, o progresso do homem é, de fato, parte da marcha da razão: uma marcha que é também uma trajetória histórica na qual estão aglutinados os diferentes aspectos da existência humana (MORRISON, 2006, p. 178).

Kant estabelece como essencial o reconhecimento de duas condições às quais a humanidade se encontra em ponderação de condutas: A autonomia do indivíduo social, que se

põe enquanto perfeitamente consciente de uma atuação ilícita e não a comete em si, por tomá-la como eticamente repulsiva e prejudicial ao bem-estar da sociedade e seu; E a heteronomia de um agente social, este que, tomando como base para a não prática de condutas ilícitas considera exclusivamente a lei, não como princípio moralizante, mas como medo, paixão ou esperança de recompensa (MORRISON, 2006, p. 178-179).

A pena é, portanto, um meio de diagnóstico objetivo acerca do progresso humano em sociedade. A “marcha da humanidade” carrega consigo um inevitável conjunto de regras pela pacificação das relações entre os indivíduos. Acarreta uma percepção de liberdade, quando dela se abstrai apenas uma das dimensões do cumprimento ético dos deveres, mas pode fatalmente ocasionar uma escravidão entre os seres humanos que, compreendendo razão alheia à conduta em si para sua inviabilidade, têm uma conduta especificada segundo a “periferia” de um sujeito racional, não considerando o núcleo essencial da conduta humana sobre o juízo do que seria certo e errado. Logo, pacificar-se-ia uma comunidade pela aplicação, primeira, de normas moralizantes.

## 7 CONCLUSÃO

Na medida em que se desenvolveu o conceito de sujeito moderno, foi possível conciliar seus atributos racionais a um modelo emergente de sociedade que mantinha um mercado estável pela disciplina dos cidadãos; o homem é capaz de compreender normas inteligíveis, dado que é esclarecido. O diálogo da razão pura com uma razão prática indicaria um homem conhecedor do que pensa e responsável pelo que faz.

A responsabilidade do homem provém de sua autonomia, a conseqüente não responsabilização implicaria desrespeito a essa faculdade que, em última análise, determina a ontologia do ser racional. A pena exerce, nesse sentido, o reconhecimento do homem enquanto tal e deve, logicamente, estar condicionada exclusivamente pelo seu ato.

O contrário, como fora exposto, implicaria quantificação, instrumentalização e uma fatal monstruosidade moral, na oportunidade de alguém sofrer coerção sem respeito à sua dignidade. Tais comparações entre retribucionismo e utilitarismo puderam ser desenvolvidas pelo estudo, primordialmente na hipótese de punibilidade e reconhecimento da função e fim da pena. Kant traz o primeiro passo da modernidade pela humanização do infrator.

A referências bibliográficas utilizadas para elaborar a pesquisa foram extremamente satisfatórias. Pôde-se, a partir delas, trilhar um caminho de entendimento acerca do que seria o sujeito moderno proposto por Immanuel Kant, associar a formação dessa nova perspectiva de sujeito a um status social de revolução do ideário político e econômico da época.

Reconhecer, posteriormente, a implicação desse modelo teórico ao entendimento do que seria a justiça.

Os autores pelos quais foi possível aprofundar o conflito entre Kant e utilitaristas proporcionou um diálogo em que foi possível perceber os contrastes das duas teorias. Esse que propiciou o desenvolvimento e aprimoramento da percepção da punibilidade pelo corpo social, considerando, sob um aspecto ao menos, uma dignidade reconhecida em caráter prático no âmago do indivíduo penalizado.

É inescusável haver mais estudos no que diz respeito ao alcance regional dessa análise, aprofundando as realidades, por exemplo, do interior da região amazônica. Realizar novas pesquisas acerca da percepção da pena nas pequenas comunidades e como isso afeta a rotina dos grupos específicos residentes nelas, tomando por referência o confronto de Kant com os utilitaristas.

Os estudos também podem ser aprofundados a respeito da concepção moral brasileira, diante de uma imagem de marginalização e de criminoso, sobre como o Brasil enxerga o merecimento da pena pelas pessoas. Ressaltando as possíveis incongruências nos discursos populares pela visão de um estereótipo específico de pessoa a quem se atribui o título de marginal, bandido ou criminoso e como isso pode estar intimamente relacionado à fundamentação de um sujeito metafísico unitário — responsável pelos seus atos, dada a consciência e liberdade de atuação que teria e punível por deter autonomia, como sugeria Immanuel Kant.

É necessário tecer críticas a Kant no sentido da percepção de um progresso social. Ele, assim como muitos outros autores de escola europeia, concebe uma espécie de “evolução” social. A natureza do progresso citado deve ser seriamente discutida: A que padrões valorativos se atribui progresso? A perspectiva de progresso europeia é a mesma de países como o Brasil? É possível estabelecer um bem supremo que congregue todos os seres humanos diante de uma “marcha da humanidade”?

Há também um excelente ponto de crítica ao pensamento de Immanuel Kant no que se refere às ponderações retribucionistas. Kant deve ser trazido à contemporaneidade de modo crítico: Aquele que observa apenas a literalidade do texto de um autor, sem contextualizá-lo, lê as letras de um morto. Em contrapartida, aquele que é capaz de considerar a historicidade e a sociologia circunscrita ao texto e o contextualiza criticamente à hodiernidade, verdadeiramente reitera a imortalidade das ideias de um clássico.

## REFERÊNCIAS

- BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. [S.l.]: Martin Claret, 2002.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal Parte**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.
- BUZZI, A. R.; BOFF, L. **Immanuel Kant textos seletos**. 2. ed. Petrópolis: Petrópolis, 1985.
- CONDE, F. M. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: IBeF Montevideo, 2001.
- DEMBOSKI, J. C. O caminho moral em Kant: da transição da metafísica dos costumes para a crítica da razão prática pura. **filosofazer impressa**, p. 171-176, agosto 2016. ISSN 1413-4675.
- FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1989.
- HAJE, L. 97% dos crimes de corrupção no Brasil ficam impunes, diz Dallagnol. **Câmara dos deputados**, 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/495541-97-dos-crimes-de-corrupcao-no-brasil-ficam-impunes-diz-dallagnol/>>. Acesso em: 12 jun. 2022.
- HÖFFE, O. **Immanuel Kant**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- MORRISON, W. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MPPR. Ministério Público. **Conheça as 10 Medidas Contra a Corrupção**. Disponível em: <https://mppr.mp.br/pagina-6193.html>. Acesso em: 12 jun. 2022.
- SANDEL, M. J. **Justiça, o que é fazer o certo?** Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2015.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010.

## A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A RESSIGNIFICAÇÃO DE UM SISTEMA FORMALISTA PELA AUTOCOMPOSIÇÃO: (IM) POSSIBILIDADE?

THE DEMOCRATIZATION OF ACCESS TO JUSTICE AND THE RESIGNIFICATION OF A FORMALIST SYSTEM THROUGH SELF-COMPOSITION: (IM) POSSIBILITY?

Recebido em	21/10/2022
Aprovado em	09/11/2022

Camila Silveira Stangherlin <sup>1</sup>

### RESUMO

---

A redemocratização do Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, trouxe avanços tangíveis nas mais diversas áreas, contudo, ao que se refere aos mecanismos para acesso à justiça, vislumbra-se, majoritariamente, a pouca expressividade da presença cidadã nos instrumentos voltados à resolução dos conflitos jurídicos. Este panorama sofre modificações com o advento da política judiciária para o tratamento adequado dos conflitos de interesse, inserindo a autocomposição na via jurisdicional e prevendo espaços de maior liberdade participativa aos jurisdicionados. A presente pesquisa objetiva examinar a autocomposição de conflitos como prática propícia à autonomia, descentralização e democratização do acesso à justiça na seara judicial, apesar da incidência do poder simbólico, intrínseco, historicamente, neste meio. Nessa compreensão, questiona-se: apesar do formalismo jurisdicional e de sua simbologia, é possível efetivar a democratização do acesso à justiça pelo desenvolvimento de práticas autocompositivas em âmbito judicial? Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, realizando-se a coleta de dados por meios de fontes primárias e fontes secundárias (pesquisa documental e pesquisa bibliográfica). A conclusão aponta a existências de obstáculos de ordem formal, burocrática e simbólica que tendem a mitigar a prática genuína das formas consensuais de solução de conflitos em campo judicial, limitando as benesses próprias da autocomposição, enquanto mecanismo eficaz para alcance de um acesso à justiça qualitativo.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; autocomposição de conflitos; autonomia das partes; democratização da justiça; justiça consensual.

### ABSTRACT

---

The redemocratization of Brazil, from the Federal Constitution of 1988, brought tangible advances in the most diverse areas, however, with regard to mechanisms for access to justice, one can see, for the most part, the little expression of citizen presence in the instruments aimed at resolution of legal conflicts. This panorama undergoes changes with the advent of the judicial policy for the proper treatment of conflicts of interest, inserting self-composition in the jurisdictional way and providing spaces for greater participatory freedom for those

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito/UNISC; Mestre em Direito/URI; Especialista em Direito Processual Civil/UNINTER; Bacharel em Direito/URI; Licenciada em Formação Pedagógica/IFFar. Procuradora Jurídica Municipal. E-mail: camilastangherlin@hotmail.com.

under jurisdiction. This research aims to examine the self-composition of conflicts as a practice conducive to autonomy, decentralization and democratization of access to justice in the judicial arena, despite the incidence of symbolic power, which is historically intrinsic in this environment. In this understanding, the question is: despite the jurisdictional formalism and its symbology, is it possible to effect the democratization of access to justice through the development of self-compositional practices in the judicial sphere? The deductive approach method is used, with data collection through primary and secondary sources (documental research and bibliographic research). The conclusion points to the existence of formal, bureaucratic and symbolic obstacles that tend to mitigate the genuine practice of consensual forms of conflict resolution in the judicial field, limiting the benefits of self-composition, as an effective mechanism for achieving qualitative access to justice.

**Keywords:** Access to justice; self-composition of conflicts; autonomy of the parties; democratization of justice; consensual justice.

## 1 INTRODUÇÃO

A abordagem da democracia brasileira inclui, desde a instauração da república, um tumultuoso panorama de oscilações políticas. Descontínua, com várias interrupções em seu histórico, teve momentos de conquistas gloriosas e de retrocessos descomunais. Ora fortalecida por avanços políticos internos e externos, ora enfraquecida por posturas desconexas e autoritárias. Assim, apesar do país já ter experienciado anteriormente períodos democráticos, a chamada redemocratização, que fora estabelecida pela edição da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, configurou a inauguração de uma fase sem precedentes.

Para a concretização dos direitos e garantias insculpidos na Carta Magna, o direito fundamental de acesso à justiça tomou uma proporção maior da que possuía até então. Ainda que, inicialmente (e insuficientemente), classificado como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o direito humano de acesso à justiça, rogou por uma interpretação em sentido lato, já que a busca em oportunizar ao cidadão o espaço estatal para peticionar fez seu conceito enlear-se ao de acesso ao Poder Judiciário, o que não correspondeu às demandas de uma sociedade em constante movimentação e com conflitos de alta complexidade. A expansividade de tal tema justifica a pesquisa.

Essa transmutabilidade, de suma relevância no cenário democrático, tem o condão de revitalizar os mecanismos voltados à efetivação dos direitos, e, de alavancar as vias de concretização da cidadania. Nesse sentido, o acesso à justiça precisa ser efetivado sob o viés democrático, de tal forma que o cidadão ocupe espaços para atuar como protagonista, e para tanto, o Poder Judiciário precisa despir-se de muitos de seus paradigmas formalistas e simbólicos. Justamente, esse contexto passa a ser considerado a partir da implementação de

uma política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesse, em que as práticas autocompositivas passam a ser fomentadas como instrumentos consensuais propícios à pacificação das relações sociais.

A presente pesquisa objetiva examinar a autocomposição de conflitos como prática tendente à autonomia, descentralização e democratização do acesso à justiça na seara judicial, apesar da incidência do poder simbólico, intrínseco, historicamente, neste meio. Sob tal análise, apresenta-se a seguinte questão: apesar do formalismo jurisdicional e de sua simbologia, é possível efetivar a democratização do acesso à justiça pelo desenvolvimento de práticas autocompositivas em âmbito judicial?

A metodologia empregada o método de abordagem dedutivo, utilizando como método de procedimento para a explicação dos fenômenos pesquisados, o método histórico e o monográfico. Ainda, realiza-se a técnica de coleta de dados por meio de documentação indireta (pesquisa documental e pesquisa bibliográfica).

Primeiramente, será examinado, por intermédio de uma percepção histórica, o poder simbólico instituído entorno do Poder Judiciário, e seus reflexos na efetivação do acesso à justiça aos jurisdicionados. Sequencialmente, a pesquisa abordará o papel desempenhado pelo cidadão no âmbito do Judiciário, e, suas limitações observadas no decorrer dos espaços destinados a ele. Por conseguinte, se estudará a autocomposição de conflitos e sua possibilidade de prática inclusiva do jurisdicionado/cidadão na órbita jurisdicional, assim como os óbices atinentes a tais instrumentos voltados à maior participação dos conflitantes no deslinde das contendas.

Na última década, grandes alterações normativas enfatizaram a autocomposição de conflitos como recurso propício à descentralização e democratização do acesso à justiça, contudo, as implicações intrínsecas ao contexto judicial remontam às fortes balizas existenciais, que condicionam uma genuína atuação democrática, participativa e autônoma.

## **2 O PODER JUDICIÁRIO E SEU SIMBOLISMO**

Uma averiguação histórica da estruturação política do Brasil indica frequentes sobreposições do Poder Executivo aos demais poderes legalmente estabelecidos. Seja no autoritarismo outorgado em nível nacional, ou no coronelismo vivenciado, sobretudo, nas regiões interioranas, os sistemas opressores de poder deixaram fortes estigmas na organização estatal do país. Na centralização da administração colonial e na disseminação da burocratização do sistema jurídico, prevalecia a ordem comprometida com as relações

personais, onde os interesses particulares dominavam e se sobrepunham aos interesses públicos, e seus reflexos eram visíveis na constituição do sistema judicial da época.

O advento da república e os avanços democráticos propiciaram contínuas conquistas, como a exigência de aprovação em concurso público, a vitaliciedade do cargo, e os órgãos de amparo fiscalizatório - juntamente com outras disposições essenciais à sustentação da independência do poder de jurisdição. Porém, somente com a Carta Constitucional de 1988, os interesses individualistas tiveram seus espaços reduzidos diante da previsão de fiscalização e limitação mútua entre os poderes.

Apenas a partir da atual Constituição o cidadão recebeu ênfase como o verdadeiro destinatário das ações do Estado, e como atuante na vida pública do país. No entanto, como adverte Comparato (2010, p. 275), “uma Constituição, quando entra em vigor, não abole de um só golpe todo o conjunto dos costumes políticos, forjados durante séculos, nem modifica a mentalidade social dominante”.

Em um reduzido retrospecto, tem-se como ponto inicial a perene presença do Poder Judiciário nas relações de poderio sedimentadas no Brasil. Desde o advento da Corte Portuguesa para a então Colônia, e dos primeiros delineamentos de uma estrutura jurídica em solo brasileiro, as relações elitistas e restritas à aristocracia sobrelevaram-se.

De igual sorte, a opressão estabelecida pelos detentores de quaisquer formas de poder era sustentada como algo natural, orgânico, intrínseco à autoridade desempenhada. Assim, a manifesta envoltura dos profissionais que assumiam a cúpula jurídica com a Corte Imperial, contribuía para edificar um poder intangível, mas com proporções copiosas e duradouras: o poder simbólico.

Diferentemente dos demais poderes exercidos até então, esse não está explícito, e, tampouco é questionado por aqueles que acolhem seus efeitos. Como destaca Pierre Bourdieu (2002, p.31), trata-se de um “poder invisível que só pode se exercer com a cumplicidade daqueles que não querem saber que a ele se submetem ou mesmo que o exercem”. Em território brasileiro, encontrou terreno fértil.

Nesse aspecto, convém frisar que “um dos efeitos do poder simbólico associado à instituição do Estado é justamente a naturalização, sob forma de doxa, de pressupostos mais ou menos arbitrários que estiveram na própria origem do Estado” (BOURDIEU, 2014, p. 166). No Brasil, essa implicação fora consolidada. Desde os primórdios da colonização europeia, ergueu-se a visão de um judiciário a favor dos interesses da cúpula política, aliado às classes mais abastadas. Toda a arbitrariedade presente no poder público exercido naquela época, via-se transferido para as relações de jurisdição.

Pouco a pouco, a população percebia no judiciário uma extensão do executivo; um universo dotado de restrições e de claras manifestações autoritárias. Firmou-se um distanciamento fomentado por uma linguagem diferenciada (e incompreensível para a maioria) e por posturas ostensivas e altivas da maior parte de seus representantes. No entanto, tudo naturalmente aceito.

Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito fez desvanecer transgressões e prerrogativas que sempre orbitaram no cenário estatal, e o justo tomou uma proporção ressignificada. Como destaca Garapon (2001), a justiça forneceu à democracia um novo vocabulário: imparcialidade, transparência, neutralidade, contraditório, argumentação, etc. Conceitos que, até então, não possuíam aplicação ou sequer legitimação. Contudo, os símbolos do Poder Judiciário arbitrário de outrora permaneceram, e com eles, toda a sua significância.

Irrefutavelmente, não foram apenas as mazelas imperiais que condicionaram o Poder Judiciário a um universo de símbolos. Parte da simbologia tem uma origem remota: advém do Direito. E, nesse aspecto, a formação daqueles que desempenhavam funções jurídicas, no início da organização do Estado brasileiro, provinha das escolas portuguesas, com forte tradição romanista, e com aspectos da evolução do direito ibérico (CRISTIANI, 2008).

Paulatinamente, aspirou-se a criação de cursos de bacharelado em solo brasileiro, o que, primeiramente, teve por pano de fundo a necessidade de suprir a carência de profissionais com essa linha de formação no período pós-independência. Eram necessários os detentores de conhecimento técnico para preencher as funções típicas do Estado. A tradição jurídico-lusitana foi fator preponderante e balizador, passando a nortear a capacitação daqueles que desejavam operar na seara jurídica, uma vez que a Universidade de Coimbra era o centro formador dos bacharéis em Direito da época, de onde derivavam os docentes em exercício.

Entrementes, as atividades didáticas desempenhadas nas primeiras turmas dos cursos de direito inaugurados por aqui estavam aquém do esperado para a instauração de uma verdadeira cultura jurídica nacional. Na compreensão de José Wanderley Kozima (2008, p. 377-378):

[...] na prática, as faculdades de direito prestaram-se mais a distribuir o status necessário à ocupação de cargos públicos de um quadro burocrático que já se expandia, que propiciar efetivamente a formação de uma elite intelectual razoavelmente coesa e preparada. [...] estaria aí presente o desejo de aquisição de insígnias e uma forma de distinção social.

Desse modo, os bacharéis passaram a se diferenciar socialmente, pertencendo a um seleto grupo titular de formação superior, diante de uma homogenia multidão de analfabetos. A erudição obtida era posta em prática no desempenhar de suas atribuições, e, “o domínio convincente tanto da gramática quanto da estilística”, era uma espécie de “precondição para o exercício” das funções jurídicas (KOZIMA, 2008, p. 382).

De mesma ordem, o rito - indicando “um conjunto de práticas linguísticas que transferem para campo da previsibilidade um mundo cheio de símbolos, expectativas, experiências que geram a angústia da incerteza” (SPENGLER, 2016a, p. 83), as vestimentas, a postura de seus profissionais e o espaço ocupado na atuação judicial eram valorizados e aclamados como elementos intrínsecos ao desenvolvimento da boa jurisdição. Ergueu-se um padrão cultural sustentado por agrupamentos sociais específicos, em que a população nativa, assim como os descendentes do povo escravizado, era segregada; tanto da participação do rito, quanto de sua compreensão.

Assim, passou a ser propagada parte da legitimidade entorno da simbologia do Poder Judiciário: não pela incessante verificação e elucidação dos fatos àqueles que se dirigiam aos auspícios da jurisdição, mas na aceitabilidade e na crença dos ritos desenvolvidos por aqueles que obtinham a adequada formação para desempenhar suas funções. A sociedade (na verdade, os poucos que tinha acesso à jurisdição), por mais que não compreendesse o processo em toda a sua dimensão e o seu resultado, atribuía eficácia ao rito. No entanto, não uma eficácia atinente ao entendimento, mas uma eficácia simbólica (LIMA, 2010).

Dessa feita, o chamado “espaço simbólico” molda-se no impacto causado diante daqueles que lhe acessam, que lhe frequentam, que tomam por irrefutável suas projeções. No percurso evolutivo do Estado, o espaço judicial passa a representar mais um elemento contributivo na predominância do poder. Todos os demais valores jurídicos, como a simbologia, a formalidade, a hierarquia e a centralização são perpetuados pelos agentes jurídicos como “enunciados de valores universais e eternos” (BOURDIEU, 2002, p. 240), e proclamados como superiores aos próprios interesses particulares.

Por certo, a linguagem nada mais é que um código simbólico, aprimorado socialmente para possibilitar a comunicação. No contexto jurídico, a linguagem característica passou a sustentar uma erudição voltada à exclusão daqueles que não se adequavam a ela. Outrossim, a condição de letrado nivelava e discernia indivíduos de realidades contrapostas. A postura linguística altiva sobrevém, em parte, da distinção social que se buscava ter, aproximando os bacharéis em Direito de um estrato privilegiado.

Durante o desenvolvimento dos primeiros anos dos cursos de formação dos profissionais jurídicos em solo brasileiro, a realidade social apontava para uma clara sociedade estamental, formada pela exclusão de negros africanos escravizados e de povos indígenas inferiorizados; de mestiços que desempenhavam trabalhos simples e viviam em condições de pobreza; e pelos aristocratas (grandes proprietários de engenhos e ocupantes de altos cargos).

De fato, o poder judiciário naquele momento não se ocupava em mostrar-se ao alcance das distintas classes existentes, mas sim, próximo à elite, o que legitimava sua condição de sobrepujamento. O poder simbólico desempenhado nessa ocasião tinha por intuito a garantia da autoridade e a manutenção de privilégios em uma terra em expansão, sobretudo, após a independência da colônia, e com os arbítrios do poder moderador.

No progredir dos anos, as conquistas democráticas não foram suficientes para fazer cessar os reflexos de tamanha exclusão social. O distanciamento consubstanciado entre as classes mais abastadas e os menos favorecidos economicamente elevou-se e delineou a formação da sociedade moderna. Não obstante as promessas de uma pátria cidadã, pautada nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, “a condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes” (CRISTIANI, 2008, p. 351).

Nessa inata construção de uma relação de domínio das instituições para com os sujeitos liderados, a cultura disseminada possibilitou o aprimoramento de um simbolismo jurídico de percepção imponente e divergente da realidade experienciada pela maioria da população. Como afirma Huxley (2000, p. 59), “os governados, na sua maior parte, tranquilamente aceitam a sua posição subalterna e até mesmo real sofrimento e injustiça”. Tomando-se por legítima a distância abissal entre representantes do poder jurisdicional e a multiplicidade de jurisdicionados, tardou-se em desenvolver ações e buscar mecanismos que aproximassem todo e qualquer cidadão de um genuíno acesso à justiça - apesar dos efeitos alcançados pelo poder simbólico.

Na verdade, pode-se dizer que ainda são incipientes as movimentações entorno do estabelecimento de um Poder Judiciário que esteja apto a tratar, adequadamente, todos os tipos de demandas e de demandados; ainda são introdutórias as disposições tendentes a fazer um caminho reverso: levar os profissionais jurídicos ao cerne da conjuntura social do país por intermédio da informalização e da desburocratização. Despir-se das amarras que alocaram o sistema jurídico em um patamar de superioridade social, requer amplas ações nas mais

variadas frentes. Nessa concepção, assim como o simbolismo jurídico, “o simples hábito e a força da inércia são também extremamente poderosos” (HUXLEY, 2000, p. 60).

Quando se dimensiona a extrema centralização do judiciário brasileiro e a sua proteção entorno do monopólio da justiça, tem-se uma percepção mais clara acerca do revérbero do poder simbólico e de sua projeção enquanto estratégia.

O poder simbólico tende a respingar em tudo aquilo que adentra a órbita jurídica, muitas vezes, em nome da segurança, da preservação e da garantia de direitos. O apego aos métodos e procedimentos tradicionais invoca a necessidade de preservação de tudo aquilo que fora construído sob o manto, muitas vezes imperceptível, do simbolismo jurídico.

Com o objetivo de preservar seu império factualmente construído na dependência recíproca (conflitos – juristas/ juristas – conflitos), o Estado segue mantendo sob sua circunspeção (ou, ao menos, estimulando sua manutenção), vias, procedimentos e diretivas para a resolução das lides sociais, seja por intermédio da justiça contenciosa, seja pela justiça consensual. Como preleciona Pierre Bourdieu, “a lógica das lutas simbólicas consiste em ter a última palavra” (2014, p. 416), de tal modo que, ainda que se reconheça outras rotas, a mola motriz da justiça oficial segue no Poder Judiciário.

A bem da verdade, pouco se tem questionado a respeito da eficácia dessas “palavras finais”; a maioria tende a consentir que os profissionais jurídicos estão na posição de “juris peritus, isto é, aquele que é especialista em direito e que, por isso, pode fornecer soluções aos problemas passados, para os quais há precedentes, mas também aos problemas inauditos, aos problemas sem precedente” (BOURDIEU, 2014, p. 434). A justiça, enquanto sentimento de efetivação de um direito, parece ser escamoteada diante de um vasto comando de decisões impositivas.

No repensar daquilo que realmente se busca quando se deseja solver uma questão em litigância, a definição do poder simbólico pode (e deve) ser reinterpretada: não pela negação das normas jurídicas de direito ou pelo repúdio de seus interlocutores, mas pela regeneração de papéis (SPENGLER; MARTINI, 2020).

No atual contexto dos tribunais, onde o escopo da justiça é negligenciado diante da edificação do poder do Estado, e o cidadão apresenta-se mais como um cliente de serviços jurídicos, não cabe mais o progredir de posturas que acentuam exclusões, muitas vezes, camufladas por seus simbolismos. O papel desempenhado pelos cidadãos em um cenário de conflito precisa ser redimensionado.

O item a seguir abordará a presença do cidadão contemporâneo nas esferas judiciais destinadas à sua atuação. Para tanto, valer-se-á da ideia associativa de acesso à justiça,

objetivando, assim, examinar os espaços de exercício daqueles que são destinatários de um rol constitucional de garantias e direitos fundamentais, tendo como concretizador o Poder Judiciário.

### 3 O CIDADÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A redemocratização do país significou uma série de conquistas nas mais variadas frentes - na estruturação da Administração Pública, na proteção à família monoparental, na previsão do habeas data, por exemplo, e em tantas outras inovações. Em termos de direitos fundamentais, se obteve um verdadeiro triunfo. A cidadania galgou espaço até então desconexos de qualquer pretensão.

A simples previsão dessa cidadania proficiente na CF/88 já representa um indício de resgate das poucas esferas democráticas extintas por governos autoritários ao longo da história política do Brasil. Contudo, a efetivação desses instrumentos é o que transforma o Estado Democrático de Direito em um genuíno local de participação popular na tomada de decisões que interessam aos seus membros, e de fiscalização àqueles que estão à frente do poder.

Passados mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal que vigora no país, é questionável sua eficácia enquanto impulsionadora de uma força atuante, capaz de retirar os integrantes sociais de um estado de impassibilidade, e realocá-los em consonância com as normas fundamentais.

Sobre o tema, Rubens Casara (2019, p. 74) explica que “essa impotência do texto constitucional se dá porque a norma, o mandamento que se produz a partir do texto, é sempre produto de intérprete”, e, ao que confere aos intérpretes brasileiros, há uma forte tradição que dificulta a compreensão de um “texto tendencialmente democrático”. Pode-se dizer ainda, que, uma das maiores dificuldades encontradas para tornar autênticos os mecanismos asseguradores de uma cidadania ampla, está no desentendimento acerca do que é a democracia.

Popularmente, se disseminou a compreensão da democracia associada aos pleitos eleitorais, às disputas políticas, ao poder de escolha representativa<sup>2</sup>. Seu teor foi abreviado, como se suficiente fosse a possibilidade de deliberação, e não os valores intrínsecos a ela. A

---

<sup>2</sup> A autora Marta Maria Assumpção Rodrigues (2015, p. 67) explica que a democracia pressupõe um “regime político e uma forma de organizar o poder, de maneira que o Estado não vulnere os direitos políticos, civis e sociais dos cidadãos e cidadãs”. Ademais, é na vivência de uma democracia que se tem a nítida “chance de produzir bens comuns (como liberdade, paz social, igualdade)”.

responsabilidade de cada ato deliberativo foi mitigada, de maneira que o cidadão se adaptou a um sistema de cobranças vagas, em que o descontentamento com os entes públicos concentra-se em inócuos discursos de insatisfação (o que, nos últimos anos, passou a ser propalado, principalmente, por meio de recursos tecnológicos).

Os sintomas repetem-se em todas as esferas e dão azo aos comportamentos cíclicos que mantêm o poder impositivo por parte do Estado e daqueles que agem em seu nome. Em épocas de insegurança e de tamanhas incertezas, a relativização dos papéis desempenhados em uma sociedade democrática tende a ser sopesada, assim como os fenômenos que revelam a omissão e/ou a inércia de sua população.

Não obstante a tímida participação dos cidadãos brasileiros nos âmbitos dos poderes legislativo e executivo, o que se pretende abordar na presente pesquisa é a dimensão dos espaços destinados a esses indivíduos no campo judiciário. Ou seja, de que forma o Poder Público tem sido capaz de assegurar atividades inclusivas dos sujeitos que buscam os representantes do Estado para alcançar a justiça. Em outras palavras, como a cidadania tem sido fomentada em recintos repletos de um simbolismo supressivo e com profissionais reticentes quanto a práticas mais desenvoltas.

Primeiramente, convém frisar que há variados enfoques que podem ser relacionados ao tema de participação do cidadão na seara judiciária. Pode se ocupar, por exemplo, de uma análise direcionada às escolhas representativas na estrutura de tal poder, ou, ainda, de atuações de representantes da sociedade civil em funções decisivas, atinentes à jurisdição, como ocorre com o jurado ante o Tribunal do Júri. No entanto, o norte tomado aqui, vai de encontro ao exercício de uma função, intrinsecamente, voltada aos interesses particulares do cidadão: o dirimir de seus próprios conflitos.

Uma vez positivado o direito de acesso à justiça, convém reafirmá-lo sob a perspectiva democrática, enaltecendo cada conquista que privilegia o cidadão como parte integrante de um sistema que garante valores como a liberdade e a igualdade. Nesse aspecto, Juan Carlos Vezzulla (2006, p. 76) afirma que “para pensarmos o Direito como emancipação, partimos do conceito de que não há democracia (ou seja, real e efetivo exercício da cidadania) sem participação, e que a imposição por si só é violenta e intrusiva”.

Sabe-se, todavia, que há modalidades de conflitos que requerem respostas procedimentais pelo Estado-juiz (seja em face das partes que compõem a lide, ou da matéria controvertida, por exemplo). No entanto, para que a decisão unilateral impositiva não reflita um caráter descomedido por parte do Estado, entende-se arrazoado a implementação de áreas de atuação que reconheçam, incentivem e consolidem a participação daqueles que detêm o

completo conhecimento dos fatos que se reverteram em conflito, e a quem interessa a sua solução/tratamento.

Notadamente, vislumbra-se uma desigualdade fundamentada nas atribuições e nas funções legalmente desenvolvidas por aqueles que representam o Estado-juiz, reverberando, tal desigualdade, em outras vertentes. Em ampla análise, não se trata apenas da desigualdade material, mas de um entrelaçamento com a desigualdade não material, especialmente com a educação desproporcionada - este um dos grandes entraves à consolidação dos valores constitucionais.

Ademais, o abismo firmado entre o indivíduo que acessa à jurisdição e aquele que a ela corresponde, faz aflorar o desequilíbrio das “capacidades representacionais/comunicativas e expressivas”, que, como afirma Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 267), manifesta também “a desigualdade de oportunidades e de capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas”.

Nessa perspectiva, as pressões que influenciam as trocas estabelecidas entre sociedade e Poder Judiciário, e que têm por pano de fundo um poder de extensivas projeções, são capazes de limitar as performances de cada cidadão, ao nível de suas afetações. Portanto, ainda que se efetivem espaços para o desenvolvimento da cidadania, sua eficácia encontra balizadores que retratam tanto circunstâncias externas, quanto internas a essa relação.

Externamente, pode-se citar as carências que permeiam as classes economicamente desfavorecidas, as peculiaridades regionais e culturais do país, a desinformação que causa restrições de todas as ordens. Internamente, há a presença do simbolismo jurídico, a incompreensão de termos, ritos e de uma rotina pouco usual, e, a presença de profissionais dotados de composturas formais e pouco didáticas.

Reconhecidas tais condições, é possível perceber que a busca por um acesso à justiça verdadeiramente amplo traz variáveis que estão além do alcance do Poder Judiciário (já que muitas se referem a atribuições de outros poderes do Estado). No entanto, voltando-se à percepção das pontualidades atinentes a essa esfera, é nítido que, além das questões que envolvem a organização estratégica para o efetivo atingimento das metas comuns à instituição, existem iniciativas que estão relacionadas à formação dos profissionais que a constituem.

Justamente, examinando tais fatores, se concebe a dimensão da importância da preparação daqueles interligam os serviços jurisdicionais. Ainda que o cidadão tenha adentrado um universo dotado de regramentos e normativas, que emolduram a jurisdição estatal como um local, homoganeamente, formado por membros detentores de um

conhecimento a parte, sua fiabilidade depende daqueles que executam as ações de firmamento da justiça.

Essa pontuação é fundamental para compreender os espaços instituídos, nos últimos anos, para a atuação dos jurisdicionados diante de suas demandas. Para uma larga corrente, fomentar a autonomia social na resolução de conflitos trata-se apenas de uma reação ou uma “saída para a denominada crise do judiciário, que já ultrapassou os limites do tolerável e tem provocado sérios danos sociais” (CALMON, 2019, p. 48). De outro lado, há quem contemple, na inserção do cidadão e na sua participação na tomada de decisões, a efetuação de uma justiça mais democratizada, e eficiente no que se refere ao tratamento das causas conflitivas.

Independente da visão que se perfilhe, ou da motivação que tenha resultado na institucionalização de formas que evidenciam a emancipação do sujeito na solução de conflitos, não se pode olvidar que o fator humano é a condição para a consolidação de resultados satisfatórios, rumando à pacificação social. Dessa maneira, quando se examina o cidadão no âmbito do Poder Judiciário, se pretende a realização de uma perspectiva holística: não apenas o cidadão jurisdicionado, mas também o cidadão que exerce uma função estatal e que detém atribuições que vão de encontro com o objetivo maior: o bem-estar coletivo por intermédio da justiça.

Compreender o que configura ser cidadão em âmbito judiciário requer a percepção de que seu conceito, apesar de estar em constante construção, encontrou confinantes que lhe apartaram o caráter deliberativo e integrativo que, originalmente, possui.

Nesse apequenar de sentido, o espaço destinado ao cidadão dentro de um universo reconhecido pelo seu caráter pouco democrático, passou a ser fortemente valorizado. Ainda que sua atuação fosse mínima, ainda que seu poder de deliberação fosse reduzido, por décadas o jurisdicionado sentiu-se cidadão (e muitos ainda se sentem) no exato momento em que protocolou/protocola uma ação judicial.

Como membros de uma sociedade desigual, esse é o caminho que parece ser percorrido de forma similar por todos, em uma união de perspectivas destoantes, que, em comum, possuem o mesmo dispositivo de resgate: o Poder Judiciário. Outrossim, há uma idealização de reconhecimento por parte do Estado, que se funda na busca pela declaração de vencedor (e não de vencido), ainda que conflito e suas implicações não sejam sanadas.

Essa forma de ser percebido e de estar “dentro” do Estado acaba saciando, de maneira artilosa, o anseio por uma atuação verdadeiramente autônoma e condizente com o que se espera de um ente democrático. Mantém-se poucos momentos processuais de participação do cidadão e preserva-se, ao máximo, o monopólio imperativo da resolução de conflitos,

garantindo, assim, a necessidade e a valorização de imissão judiciária nas relações sociais. Nesse contexto, o Judiciário, “em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais” (MAUS, 2000, p. 201).

Em virtude da manutenção dessa superposição, o que se dispõe em termos de atividades participativas e decisórias do cidadão, diante de um procedimento judicial, resume-se a pontuais momentos, como na escolha de testemunhas, na oportunidade de falar e de ser ouvido por ocasião do depoimento pessoal, e na manifestação acerca da possibilidade de um acordo, quando indagado pelo magistrado. De mais a mais, o protagonismo encontra-se no representante do Estado, ainda que este não detenha uma bagagem suficiente para permear as nuances dos conflitos.

É bem verdade que, nos últimos anos, determinadas alterações legislativas buscam enfatizar práticas para a solução consensual de controvérsias no decorrer dos processos judiciais (como será, a seguir, analisado). Intrinsecamente, se acredita no advento de canais impulsionadores da cidadania, destinados a estimular uma atuação mais efetiva e provedora de autonomia das partes.

Entretanto, a ambição por um Poder Judiciário menos centralizador e mais democrático tende a esbarrar em entraves já conhecidos por aqueles que sustentam a importância de uma formação profissional arrimada nos valores humanos, e na concretude de uma cidadania em sentido amplo. Como um ciclo ocioso, acaba-se buscando subterfúgios, saídas rasas e com previsão legal, para responder às aspirações democráticas que elejam cada cidadão como figura atuante em seu contexto político-social. Porém, o atropelo de ações paliativas oculta o cerne do que realmente é a cidadania, e seus efeitos são perniciosos, tanto para a sociedade quanto para o Poder Judiciário. Como aduz Randolpho de Camargo Mancuso (2014, p. 59), as lides “em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do acesso à justiça”, onde, o progresso não veio acompanhado de um aperfeiçoamento.

Da mesma maneira que a judicialização do conflito não é sinônimo de acesso à justiça, a previsão de espaços para atuação do jurisdicionado não é garantia de exercício da cidadania, tampouco de alcance qualitativo à justiça. Eis que não se trata de incluir o cidadão, a qualquer modo, em aberturas assentadas para mascarar uma negligência estatal com o fomento à capacidade participativa de cada jurisdicionado. É necessário otimizar momentos de atividade interativa, estabelecer conexões entre aqueles que divergem, aqueles que representam o Poder Judiciário, e o que todos juntos representam diante desse contexto.

O Estado tem ofertado a conotação estreita de cidadania, e a população tem, assim, aceitado. Conformer-se a receber apenas parte de um conjunto interdependente de direitos e deveres não parece tão adverso, quando se depara, cotidianamente, com a truncidação de direitos sociais elementares à existência humana, como a saúde, a alimentação, a educação, a segurança, entre outros (GORCZEVSKI, 2009). A desigualdade é capaz de trazer à tona o lado mais desumano da convivência social, aquele que ignora as carências vitais de seus próprios componentes.

Por esses termos, quando se refere à cidadania em sua dimensão qualitativa, é imprescindível compreender que “seu pleno exercício exige um mínimo de recursos e de direitos sociais que estão na base da independência social dos indivíduos” (CASTEL, 2008, p. 107). Do oposto, a fala que defende a efetividade dos canais que colocam os sujeitos sociais em posição de autonomia, resta anérgica. Romper com a relação de dependência estatal é mais do que conceber mecanismos de fiscalização, participação e atividade social. Ainda que estes sejam de extrema importância, a eficácia do conjunto fica comprometida quando a sociedade não se encontra preparada para executá-los.

Pode-se observar que muitas das inovações legislativas que trouxeram o cidadão jurisdicionado como figura passível de participar de uma sessão de autocomposição de conflitos, por exemplo, ocuparam-se em atender às pretensões de grupos que defendiam a judicialização dessas práticas. Por outro lado, ainda que se invoque a conquista de espaços propícios ao exercício da cidadania, tem-se por insuficiente a compreensão de uma ideia mais profunda, relacionada ao que realmente representa a atuação do cidadão no cenário judiciário em que se projeta seu conflito.

Para além do imperativo da lei, a carência encontra-se em um entendimento capaz de associar a cidadania a um contexto de coletividade. É o que José Eduardo Faria denomina de “sentimento de civilidade”. A disposição legal sistematiza apenas vínculos superficiais entre os indivíduos, não possuindo o condão de estabelecer um comprometimento amparado em visão de grupo. A individualidade torna ineficaz a tentativa de ruptura dos meios impositivos, de maneira que a cidadania figura tão somente no plano político-institucional.

A sombra de cidadãos apáticos, reduzidos a meros consumidores de serviços públicos e de direitos preestabelecidos por uma minoria detentora do poder, costuma pairar em sociedades onde a democracia não se encontra fortemente arraigada aos valores da sociedade. Na contramão desse cenário, como característica de uma democracia genuína, tem-se o cidadão estando, e, principalmente, sentindo-se mais próximo de todas as esferas da vida pública, inclusive, da justiça, esta em seu sentido lato (SANTOS, 2015, p. 146).

No que se refere às dissonâncias da relação de cidadania estabelecida entre sujeitos jurisdicionados e o Poder Judiciário, o próximo ponto traçará uma abordagem a partir da efetivação de espaços constituídos para a autocomposição de conflitos e sua potencialidade como instrumento de efetuação de acesso à justiça - e não apenas mais uma via para acesso à jurisdição.

#### **4 A AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS: INSTRUMENTO POSSÍVEL PARA ACESSO À JUSTIÇA OU PARA ACESSO À JURISDIÇÃO?**

A cena que evidencia a conjuntura social moderna traz elementos que enfatizam a condição complexa e labiríntica das relações humanas atuais. Nesse sentido, o viés inerte da lei passa a ser redimensionado a uma importância dinâmica, visando atender às inquietações de todas as ordens, mas que, por vezes, se traduzem em uma conflituosidade desenfreada.

A gama de demandas que ultrapassa a fronteira das relações interpessoais cotidianas e adentra a esfera judicial, transformando-se em litígios, tem como uma de suas molas propulsoras a estagnação do Estado diante da interpretação e da efetivação do dispositivo constitucional que afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

A consubstanciação de uma compreensão deficitária do texto trouxe consigo a implementação de um sistema direcionado à recepção de causas conflitivas de todos os gêneros e espécies, como se a necessidade/responsabilidade de concretizar o direito de acesso à justiça estivesse atrelada à prestação judiciária incondicional e ilimitada. Nesse aspecto, os efeitos de uma leitura imprecisa são demasiados e de clara constatação, uma vez que o cidadão, quando recorre à jurisdição estatal, tem se deparado com um gradativo distanciamento de uma resposta adequada à sua lide (MANCUSO, 2014).

No entanto, o que de fato se almeja destacar, é a capacidade de se redimensionar o conceito e a aplicação do direito de acesso à justa ordem jurídica, ao ponto de tornar o alcance à jurisdição tradicional (a petição perante o representante estatal) apenas uma das faces desse opulento direito fundamental. O sistema atual, apesar de sofrer com os impactos da abundância de litígios (muito acima de sua capacidade de respondê-los), tem se posicionado de forma a acicatar a judicialização dos conflitos sociais, e de, sobretudo, se manter como instituição suprema na tarefa de dizer o direito e prover a justiça.

No entanto, apesar de, atualmente, existir um posicionamento majoritário que entende o acesso à justiça em seu sentido lato e redimensionado, importa ressaltar que o simples alcance à jurisdição também se reveste de uma importância óbvia, eis que a distinção entre

essas concepções (acesso à justiça e acesso à jurisdição) se complementam em prol de um serviço satisfatório ao cidadão. Ademais, os obstáculos que cerceiam o próprio acesso ao Poder Judiciário ainda configuram entraves difíceis de serem superados. Nesse sentido, “muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

Invariavelmente, o acesso à jurisdição é de extrema importância, já que assegura a reivindicação de todos os demais direitos. Sendo assim, o direito fundamental de acesso à justiça requer constantemente, para sua concretização, políticas públicas consistentes e atualizadas por parte do Estado, para que a heterogeneidade e a pluralidade social - revestidas de discrepâncias das mais variadas espécies - encontrem na seara jurídica mecanismos capazes de tratar adequadamente os conflitos de interesses: a tão rogada, resposta justa.

Se por algum instante pareceu ser o bastante a inclusão de espaços que abarcassem práticas desassociadas da postura centralizadora do magistrado, hoje, sabe-se, não são essas ferramentas suficientes para impactar favoravelmente na realização da justiça qualitativa. Cita-se com mais frequência nomes como mediação, conciliação, autocomposição, formas consensuais, meios alternativos, métodos de resolução de conflitos. Mas o que de fato se depreende por trás de tais institutos ainda é pouco explorado.

A priori, a real origem das formas alternativas à jurisdição está no grupo social e nos movimentos comunitários que ansiavam por um modelo de justiça que possibilitasse a (re) apropriação do modo de gerir os seus conflitos. Assim, “o primeiro motor dos sistemas alternativos encontra inspiração em um aspecto cultural, surgido da mobilização da sociedade civil em busca de uma justiça comunitária, descentralizada, participativa e não oficial” (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 100).

Justamente, essas condições peculiares dos meios extrajudiciais (desprovidas de um formalismo, muitas vezes, tóxico) são os preceitos elementares para o alcance dos altos índices de êxito. Nesses ambientes, a pacificação entorno das relações sociais é tão mais desejável pelos envolvidos, quanto possível de ser concretizada.

Ancorando-se nos salutares resultados desses modelos menos conflitivos, a autocomposição foi inserida no ordenamento jurídico do Brasil por meio de legislações mais modernas (ainda que já se falasse em conciliação judicial há mais tempo), que se voltaram à institucionalização, especialmente, da mediação e da conciliação. No entanto, de maneira visível, sucumbiu às vicissitudes intrínsecas ao Poder Judiciário: a banalização da judicialização dos conflitos e suas derivações, como a morosidade e escassez de

serventuários; a formalidade excessiva do contexto jurídico; e a desqualificação (ou até mesmo o desconhecimento) de profissionais para a execução de vias autônomas e consensuais são alguns dos fatores que obstaculizam a efetividade do acesso à justiça por meio da autocomposição.

Ao que parece, cuidou-se mais de direcionar o olhar sob o enfoque do acesso à jurisdição (acesso às portas dos serviços jurídicos) por intermédio de práticas autocompositivas. Ademais, nitidamente, a questão preocupante repousou na manutenção do domínio nas relações conflitivas sociais, já que a expansão de vias extrajudiciais poderia, se não comprometer, tornar questionável a essencialidade do Poder Judiciário. Sendo assim:

no revés de se efetivar a impulsão da descentralização de mecanismos que visam à pacificação das relações sociais – como nas práticas inspiradoras - e de conservar a judicialização de litígios que não envolvam relações humanas continuadas, ou com vínculos potencialmente regulares, o Estado empenhou-se em emoldurar às suas normativas os meios de tratamento de conflitos que estavam se popularizando em profusão (STANGHERLIN; SPENGLER, 2019, p. 184).

Os reflexos desse apego às questões formais e mantenedoras da presença estatal nas contendas interpessoais são constatados por meio da percepção do cidadão acerca da confiabilidade no sistema jurídico, da satisfação com os resultados obtidos e, sobretudo, com o alcance de uma resposta justa ao seu caso. Na autocomposição judicial, o que se tem por dados estatísticos oficiais ainda é bastante inicial, uma vez que as normas legais que inseriram tais institutos são consideravelmente recentes.

Por outro lado, os indicadores apresentam limitadores evidentes, pois os índices provenientes da metodologia utilizada no relatório oficial do Conselho Nacional de Justiça, o “Justiça em Números”<sup>3</sup>, mostra uma análise quantitativa, o que dificulta uma compreensão holística sobre acesso à justiça nos mecanismos autocompositivos. Ao que se refere à autocomposição de conflitos, o relatório Justiça em Números tem apresentado o índice de processos judiciais resolvidos por meio de acordos decorrentes de mediação ou conciliação, mas catalogados para fins estatísticos apenas como conciliação.

Interessa frisar, contudo, que a própria compreensão de acesso à justiça, para fins estatísticos do referido relatório, possui uma percepção diferenciada e mais restrita, o que impossibilita uma análise mais profunda a respeito da autocomposição como mecanismo de acesso à justiça a partir dos dados relacionados.

---

<sup>3</sup> Trata-se da principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário. É realizado anualmente, desde 2004, divulgando a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e da litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira (CNJ, 2021).

Compreende-se que o índice de sucesso da autocomposição é um componente de difícil constatação, no entanto, balizar-se apenas ao montante de acordos é arriscar-se em exames precipitados.

Sabe-se que, o que se tem aferido até então em termos de acesso à justiça, nas avaliações que foram desenvolvidas como indicadores, permite um diagnóstico da produtividade, da celeridade e do acesso à jurisdição no território brasileiro, esse, em sua concepção mais primária. As pesquisas de caráter pouco minucioso estão desprovidas de elementos que atentam aos diversos obstáculos que se interpõem entre o cidadão e as vias jurídicas convencionais de resolução de conflitos, assim como entre o cidadão e os mecanismos autocompositivos.

Importa destacar que, quando se fala em entraves ao acesso à justiça criados e/ou não contornados pelos sistemas jurídicos, há estudos substanciais desenvolvidos em face do tema. Indubitavelmente, um dos mais renomados e com contribuições concretas em escala global é o Projeto Florença (Florence Project), “patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Ministério da Educação italianos, sob a direção de Mauro Cappelletti” (GALANTER, 2015, p. 38), que deu origem à obra *Acesso à Justiça (Access to justice)*, publicada em 1978 e 1979.

Nesses termos, quando se questiona a capacidade da autocomposição de conflitos, desempenhada em seara judicial, configurar instrumento possível para acesso à justiça, torna-se premente ressaltar o enfoque que vem sendo aplicado às práticas realizadas, bem como às políticas públicas correlatas. É transparente a inquietude judicial com o crescimento das demandas conflitivas e a morosidade nas respostas, e a reação a tal desequilíbrio transparece na “pragmática postulação de alterações legislativas, a par da mudança da mentalidade dos operadores do sistema” (DINAMARCO, 2000, p. 305).

Os perfis daqueles que conduzem o sistema ainda estão arraigados à noção de acesso à justiça enquanto sinônimo de acesso à jurisdição. Nesse viés, toda a interpelação entorno da autocomposição toma um significado jurisdicional, no sentido de refletir as características típicas do ambiente e dos ritos contenciosos, bases da justiça estatal. Ainda que se fale em “acesso à ordem jurídica justa”, em “tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses” e em “solução e prevenção de litígios”, as práticas forenses tem demonstrado o apego à forma e ao formal, à deferência voltada aos profissionais jurídicos, a prevalência do simbolismo que ao mesmo tempo enobrece e intimida.

Nesse entendimento, as formas autocompositivas, nos moldes da concepção efetivada atualmente, tendem a afastarem-se do cerne de um acesso à justiça em sentido lato, e a

consolidarem-se mais como válvulas de escape de um sistema jurídico represado por uma litigiosidade ascendente, mas que ainda presa pela sua função garantidora de acesso às portas da jurisdição. Na verdade, são os próprios vieses adotados pelos representantes do Estado que fazem intensificar a incessante busca pelas práticas processuais como caminho primordial na gestão dos conflitos sociais (GARAPON, 2001).

Levar aos auspícios judiciais o conflito de interesses torna-se, em muitos casos, sinônimo de segurança e salvaguarda, ainda que o resultado traga insatisfação às partes, ainda que não se vislumbre a requerida justiça. Nesse cenário caracterizado por aspectos que impulsionam e, em parte, desabonam as ações/respostas jurisdicionais, as práticas de perfil autocompositivo também seguem essa linha. Não raras as vezes o acordo oriundo de um meio consensual é fruto de uma pressão não aparente, subvencionada por circunstâncias onde o poder simbólico é predominante.

Apesar de despontarem com profusas promessas, os mecanismos desenvolvidos para a solução de conflitos de maneira mais célere, harmônica, dialogada e autônoma têm mostrado suas deficiências e/ou inconsistências, não apenas com relação à gama de demandas de um complexo corpo social, mas também diante dos instrumentos disponibilizados para suas efetivações em via institucional.

Embora se identifique nas vias autocompositivas caminhos delineados para a concretização do direito de acesso do cidadão ao Poder Judiciário, há uma resistência por parte dos próprios profissionais jurídicos em dinamizar tais institutos, no sentido de elevá-los em relevância equivalente aos convencionais procedimentos contenciosos.

Culturalmente, e isso engloba sociedade e juristas, existe uma prenoção de que as demandas submetidas à conciliação ou à mediação carregam menos prestígio, uma vez que substituem a aplicação pura da vontade da lei, pela aplicação da vontade construída conjuntamente (uma clara influência positivista). A disseminação dessa ideia, inclusive, levou a um entendimento deturpado da expressão “meios alternativos”, remetendo para muitos ao conceito de irregularidade, ou seja, à parte dos mecanismos regulares e legítimos.

Há, ainda, em âmbito jurídico, uma “falsa percepção de que a função de conciliar é menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz” (WATANABE, 2005, p. 686). Essa compreensão estende-se, na verdade, a toda classe de profissionais de Direito, provenientes de uma formação basilar que reverencia a disputa entre lados opostos, em detrimento do escopo pacificador que fundamenta o Estado.

Nos meandros de uma estruturação paradigmática que percorre caminhos voltados à beligerância, à formalidade, à essencialidade da justiça estatal para solucionar conflitos

interpessoais e à dependência de terceiros para estabilizar relações sociais é natural que os métodos autocompositivos tenham adentrado a esfera jurídica com o condão de implementar o primário acesso à jurisdição. Esse tem sido o norte traçado pelas escolhas que trazem o sistema judiciário brasileiro até os dias atuais.

Aliás, salienta-se, seria tanto quanto ilusório crer que o acesso à justiça encontraria força para existir (e resistir) no mero estabelecimento institucional de procedimentos que podem propiciar aos jurisdicionados o tratamento de seus conflitos.

## 5 CONCLUSÃO

O progresso político-social no país decorrente das conquistas constitucionais democráticas é perceptível nas esferas legislativas e executiva, o que se dá, especialmente, diante de instrumentos constituídos para o exercício de uma cidadania ativa, como nas formas de controle social ou em atuações deliberativas, por exemplo. Quando se analisa o âmbito judicial, contudo, depreende-se, ainda, o seu teor impositivo perante a sociedade, sobretudo, no que alcança os serviços disponibilizados aos jurisdicionados que buscam solução aos seus conflitos.

Nessa compreensão, o exame da edificação do Poder Judiciário no país permite uma interconexão dos serviços por ele executados, e, de seus profissionais atuantes, com um poder tendente a refrear a condução dos conflitos sociais, mantendo uma presença ativa e indissociável na gestão da vida em sociedade e rechaçando o aspecto democratizante. No entanto, a alta demanda das últimas décadas, assim como a complexidade das relações interpessoais contemporâneas, aliada às políticas judiciárias embasadas na efetivação de um acesso à justiça qualitativo, impulsionou a concepção de espaços valorativos da participação dos jurisdicionados, como os autocompositivos.

Sendo assim, a presente pesquisa examinou a autocomposição de conflitos como prática tendente à autonomia, descentralização e democratização do acesso à justiça na seara judicial, não obstante a incidência do poder simbólico neste meio. Ademais, o problema de pesquisa foi respondido, indicando a forte limitação da concretização de vias democratizantes de acesso à justiça pelo desenvolvimento de práticas autocompositivas em âmbito judicial, uma vez que aspectos como o formalismo jurisdicional e sua simbologia são fatores que obstaculizam a atuação genuína do cidadão na busca de soluções consensuais.

Finalmente, frisa-se que a metodologia mostrou-se adequada à realização da pesquisa, possibilitando a elucidação dos objetivos propostos e à problemática apresentada. Em que pese às ferramentas autocompositivas representem um avanço quanto aos serviços judiciais

ofertados à população, necessário se faz o aprimoramento dos aspectos que englobam a jurisdição estatal e que refletem nos espaços de acesso à justiça, a fim de que a qualidade dos resultados não seja comprometida, ou seja, para além do mero acesso à jurisdição.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 4ª Ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2017.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 25 jun 2021.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 4ªEd. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HUXLEY, Aldous. **O despertar do mundo novo**. Tradução de Maria Judith Martins. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2000.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico** [online], II, p. 25-51, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Ibuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. 2000.

MARSHALL, Thomaz Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. **O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito: diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência o direito e a política na transição paradigmática*. Volume 1. 6ª Ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2ª Ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; MARTINI, Sandra Regina. O terceiro fraterno na composição triádica dos conflitos sociais. **NOMOS - Revista do Programa de Pós - Graduação em Direito da UFC**, v. 40, n. 2 (2020), jul/dez 2020.

STANGHERLIN, Camila Silveira; SPENGLER, Fabiana Marion. O poder judiciário e o mito grego do deus Cronos: a judicialização dos meios consensuais de solucionar conflitos e o monopólio de acesso à justiça. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 5, n. 1, janeiro-junho, p. 173 – 190, 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional*. Florianópolis: Habitus, 2006.

# RECONHECIMENTO DA CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO NO CASO UBER: BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

RECOGNITION OF THE CHARACTERIZATION OF THE EMPLOYMENT LINK IN THE UBER CASE: BRIEF ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE SUPERIOR COURT OF LABOR

Recebido em	08/11/2022
Aprovado em	21/11/2022

Karen Rodrigues Teixeira<sup>1</sup>  
Yasmin Siqueira Martins<sup>2</sup>  
Allan Gomes Moreira<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo tem por objetivo analisar o voto do Ministro Relator Maurício Godinho Delgado, no Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066, que declarou a existência de vínculo empregatício entre um motorista e a empresa Uber. Inicialmente, contextualiza-se a origem, história e estrutura da plataforma tecnológica, expondo os embates judiciais em torno da prestação de serviços intermediada pela referida plataforma. Em seguida, valendo-se do método jurídico-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, analisa-se as controvérsias relativas à (in) existência do vínculo de emprego e os elementos fático-jurídicos configuradores da mencionada relação com enfoque no aspecto da subordinação. Desta feita, este estudo buscará resposta ao seguinte problema de pesquisa: Quais elementos fático-jurídicos o relator Ministro Maurício Godinho Delgado identificou na relação laboral para caracterizar o vínculo empregatício? Ao final, sugere-se a revisão interpretativa da legislação trabalhista vigente frente ao quadro atual das relações de trabalho, como solução para as divergências quanto à existência ou não de vínculo entre a plataforma e os parceiros.

**Palavras-chave:** *Uber*; motoristas; vínculo empregatício; elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego; Tribunal Superior do Trabalho.

## ABSTRACT

---

This article aims to analyze the vote of the Rapporteur Minister Maurício Godinho Delgado, in Magazine Appeal nº 100353-02.2017.5.01.0066, which declared the existence of an

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). *E-mail:* karenrgs1414@gmail.com.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). *E-mail:* yasmin20060308@aluno.cesupa.br.

<sup>3</sup> Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RIO, Coordenador-Assistente e docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA, Advogado. *E-mail:* allan.moreira@cesupa.br.

employment relationship between a driver and the company Uber. The origin, history and structure of the technological platform were developed by exposing the intermediary services proposed by the platform. Then, using the legal-deductive method, based on doctrinal and jurisprudential bibliographic research, we analyze how controversies related to the (in)existence of the employment relationship method and the factual-legal elements of the relationship, focusing on the aspect of subordination. This time, this study will seek an answer to the following legal problems that the rapporteur Minister Maurício Godinho Delgado deep in the employment relationship to characterize a subordination? In the end, a new interpretation of the current legislation to the new reality of labor relations is suggested, as a solution to differences regarding the existence or not of a link between the platform and the partners.

**Keywords:** Uber; drivers; employment bond; factual-legal elements of the employment relationship; Superior Labor Court.

## 1 INTRODUÇÃO

A influência da tecnologia no processo de globalização transformou a conduta entre os agentes econômicos, gerando um novo modelo de negócios, utilizando o meio digital como forma de comercialização de serviços para atender a demanda massificada. Assim, as relações passaram a ser constituídas por intermédio da tecnologia sob diferentes formas e aspectos da vida social, como nas redes sociais, na socialização de conteúdo, no consumo de bens e serviços, entre outros, a fim de intermediar relações que já existem.

Historicamente, desde o estabelecimento do modelo fordista de trabalho, as relações laborais são dotadas de um registro formal do vínculo jurídico, o que confere mais segurança e formalidade aos serviços como assim conhecemos. No entanto, advindo do modelo *toyotista*, foram tornando-se cada vez mais imperceptíveis os limites de quem é o empregador, quem é o empregado e em qual momento se está prestando algum serviço, e é justamente nesse modelo que assume protagonismo o fenômeno da “plataformização do trabalho”, do qual a *Uber* é o principal bastião (GAIA, 2018).

Com as “oportunidades” e “descomplicações” oferecidas pela empresa *Uber* e diante dos elevados índices de desemprego, muitos trabalhadores foram atraídos pelo discurso da flexibilidade e a promessa de ganhos fáceis. Entretanto, embora pareçam “flexíveis”, essas novas relações de trabalho não possuem regulamentação jurídica específica, estando os trabalhadores completamente desprotegidos e imersos em uma zona cinzenta da informalidade, por não se enquadrarem nos moldes estabelecidos pela legislação trabalhista.

Em que pese esse cenário de ausência regulatória, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o vínculo empregatício entre um motorista de aplicativo e a empresa *Uber*, em julgamento relatado pelo Ministro Maurício Godinho Delgado, no processo nº 100353-

02.2017.5.01.0066. Desse modo, o julgamento representa uma mudança paradigmática nos entendimentos da corte superior, representando, igualmente, uma virada jurisprudencial no âmbito dos tribunais regionais do trabalho, o que justifica emoldurá-lo como objeto de pesquisa deste trabalho, cujo interesse de estudo visa compreender a relação dos elementos jurídicos dispostos nos artigos 2º e 3º da CLT, enquanto caracterizadores da existência do vínculo laboral defendido pelo ministro relator.

Nestes moldes, a pergunta norteadora da pesquisa se apresenta da seguinte forma: Quais elementos fático-jurídicos o relator Ministro Maurício Godinho Delgado identificou na relação laboral para caracterizar o vínculo empregatício entre plataforma e motorista?

No que concerne aos aspectos metodológicos, estes estão relacionados aos objetivos que se pretende alcançar. O método empregado foi jurídico-dedutivo, empreendendo uma pesquisa exploratória pautada, essencialmente, em levantamento bibliográfico doutrinário, baseado em doutrinas, artigos científicos, e na análise da decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que afastou a configuração do vínculo empregatício na relação jurídica havida entre um condutor e a empresa *Uber*, e posteriormente, a virada da decisão pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconhecendo, pela primeira vez, a relação de emprego existente (LAKATOS; MARCONI, 2003; MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

Para que haja uma melhor compreensão sobre o tema apresentado, este trabalho foi dividido em cinco tópicos, sendo este primeiro a introdução, enquanto o segundo volta-se a uma discussão sobre a origem, história e estrutura da empresa *Uber*, bem como os embates judiciais em torno do fenômeno da uberização. O terceiro tópico abordará a controvérsia do reconhecimento de vínculo empregatício da plataforma e um “motorista parceiro”, a partir da análise de uma Reclamação Trabalhista perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que foi negada em 1ª e 2ª instâncias, e encaminhada ao TST.

No quarto tópico, analisaremos os elementos fático-jurídicos para configuração de vínculo de emprego sob a ótica do relator do recurso RR-100353-02.2017.5.01.0066, com destaque especial ao pressuposto da subordinação, e como ocorre a falsa percepção de autonomia ao trabalhador. Na oportunidade, será discutido se a decisão proferida pode ser considerada precedente judicial.

Finalmente, no último tópico, apresentam-se as considerações finais quanto à necessidade de modernização e adequação da legislação trabalhista vigente à nova realidade das relações de trabalho, como solução para as divergências acerca da existência ou não do

vínculo, na tentativa de atenuar a posição de vulnerabilidade que os trabalhadores se encontram.

## **2 A EMPRESA UBER E O HISTÓRICO DE EMBATES JUDICIAIS EM MATÉRIA TRABALHISTA**

Com o avanço das tecnologias ao nosso redor, novas formas de acesso a bens e serviços surgiram, pois desde os primórdios, a humanidade está sempre se movendo ao encontro do aumento da qualidade de vida. Em busca desse conforto e comodidade foi tida a maior e mais lucrativa ideia advinda da evolução tecnológica nos últimos anos: os aplicativos de transporte individual de passageiros.

A empresa *Uber Technologies Inc.* surgiu mediante a necessidade de seus fundadores, Garrett Camp e Travis Kalanick, os quais durante estadia em Paris, em 2008, para um evento de empreendedorismo e tecnologia, experienciaram certa dificuldade para solicitar o serviço de táxi tradicional. Assim, os fundadores perceberam que havia uma demanda por transporte e tiveram a ideia de desenvolver um aplicativo para *smartphone* que permitisse solicitar viagens com um simples toque e a qualquer momento (GAIA, 2018).

O aplicativo possui um sistema operacional de manuseio simples e intuitivo, para utilizá-lo, os usuários necessitam apenas de acesso à *internet* e realizar o seu cadastro na plataforma ou pelo *site* oficial da empresa. O registro de conta permite a coleta de determinados dados pessoais como, por exemplo, pelo menos um método de pagamento válido (UBER BRASIL, 2021).

A princípio, é possível que os serviços da *Uber* se confundam com outros *players* de mercado, como os serviços de táxi. No entanto, Osimo e Favera (2015) ressaltam que as atividades desempenhadas pelos motoristas vinculados à plataforma diferem dos serviços oferecidos pelos taxistas, pois estes possuem regulamentação própria e oferecem serviços de transporte público individual. Em contrapartida, a multinacional intitula-se como prestadora de serviços tecnológicos no segmento de transporte privado individual, e traz em seu discurso o objetivo de prover aproximação entre os indivíduos, passageiro e motorista, ao passo que transforma os meios de se transitar pelas cidades.

É válido mencionar que em seu *site* oficial encontram-se os Termos e Condições Gerais de Uso da plataforma, nos quais se esclarece o que seria a empresa e quais os serviços que ela oferece. Na cláusula “Os Serviços” chama a atenção o trecho que segue:

Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(as) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sites de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “Aplicativo”), solicitar e programar serviços de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros independentes provedores desses serviços, inclusive terceiros independentes fornecedores de transporte, terceiros independentes fornecedores de logística e terceiros independentes fornecedores de bens, mediante contrato com a Uber ou com determinadas afiliadas da Uber (“Parceiros Independentes”). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito celebrado em separado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso pessoal e não comercial. VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO É FORNECEDORA DE BENS, NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PARCEIROS INDEPENDENTES, QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS. (UBER, 2021)

Nota-se que a plataforma denomina seus trabalhadores como “parceiros independentes”, uma espécie de “colaborador”, utilizando-se da mão de obra disponível, de modo que a única base de trabalho dos motoristas é ofertada por um aplicativo, que atua como linha de conexão entre os agentes da relação. Assim, o valor cobrado aos clientes e remunerado aos trabalhadores é determinado por algoritmos, variando os preços de acordo com a quilometragem, demanda do dia, o horário, a localidade, entre outros fatores, sendo invisível quem é o responsável pelo sucesso e falha, tal como quem é assegurado e quem deixa de ser quanto ao real empregador.

Em suma, a inovadora modalidade de serviço não possui vínculo empregatício com os indivíduos cadastrados, e como não possui devidamente empregados a empresa está livre das formalidades da Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como não possui responsabilidade quanto aos seus motoristas. Constata-se que, um dos principais atrativos para se trabalhar nesse modelo é que não há grandes burocracias como haveria em um trabalho formalizado, além disso, não é necessário grandes investimentos iniciais, como seria o caso de trabalhadores autônomos.

Dessa modalidade de trabalho surgiu o fenômeno da “uberização do trabalho”, uma nova forma de controle, gerenciamento e organização do trabalho, compreendida como um processo de informalização e precarização. Assim, o trabalhador introduzido no contexto de uberização faz seus próprios horários de prestação de serviço, traça seus próprios resultados almejados e faz uma renda de acordo com seu desempenho (ABÍLIO, 2019; GAIA, 2020).

Nas palavras de Fausto Siqueira Gaia, os serviços de transporte por meio de plataformas digitais são apontados como o “novo canto da sereia” no mundo do trabalho, bem como exposto abaixo:

O trabalho por meio de aplicativos de transportes é o novo canto da sereia que atrai inúmeros trabalhadores, parte destes desempregados, que veem o trabalho por meio dessas novas plataformas como formas de complementação da renda familiar. Esse tipo de trabalho representa a efemeridade das relações sociais e de trabalho, marcadas pelo dinamismo e pela crença de que a ausência de patrão permitirá o desenvolvimento da autonomia individual. (GAIA, 2018, p. 80)

Observa-se que, em razão da dinâmica utilizada para oferta de serviços, os parceiros desses aplicativos são frequentemente questionados até mesmo quanto à legalidade desse sistema de locomoção. Isso porque, desde que a plataforma se estabeleceu no mercado, propaga a ideia da venda de tecnologia, atuando apenas como colaboradora ao aproximar passageiros de motoristas, que desejam ter uma renda ou complementar a atual, caracterizando uma clara estratégia de mercado, por não atuar como empregadora.

Assim, desde que a *Uber* começou a operar no Brasil, muitos embates judiciais surgiram questionando se haveria ou não a configuração do vínculo empregatício, já que a propaganda ostensiva, atraente, aliada ao caráter tecnológico da prestação de serviços deturpou e muito a visualização daquilo que realmente era – e sempre foi.

Os argumentos da plataforma são sempre no sentido de que é uma empresa de tecnologia e, segundo Saliba (2021), os motoristas estabelecem parcerias profissionais independentes ao contratarem o serviço por meio do aplicativo. Neste caso, os motoristas não são empregados e nem prestam serviço à *Uber*. Como resultado, até então, a Justiça do Trabalho se posicionara no sentido de não haver vínculo de emprego entre os motoristas e o aplicativo-*site*, alegando a inexistência dos elementos que configurariam a relação empregatícia.

Nos últimos anos, com base na análise dos processos que envolvem a plataforma, é possível perceber um comportamento sucessivo nas demandas judiciais, e por consequência, as estratégias adotadas pela empresa para que os julgados não fossem formados a fim de reconhecer a existência da relação de emprego. Apesar da empresa, supostamente, já adotar essa manobra há algum tempo, restou evidente em acórdão proferido no dia 14 de dezembro de 2020, que as partes apresentaram petição de acordo somente 01 (um) dia antes da sessão, requerendo a retirada do processo de pauta de julgamento para a homologação do acordo no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil) reais.

Nestes autos, o Juiz do Trabalho e Relator Marcelo Ribeiro indeferiu o pedido de retirada do processo da pauta, argumentando que ainda que a Justiça do Trabalho preze pela autoconciliação, as cláusulas do acordo demonstravam renúncia de pretensões e direitos por

parte do motorista, sendo inviável a homologação pelo magistrado. Acrescentando que a empresa tem demonstrado estratégias para evitar a formação de jurisprudência no sentido do reconhecimento de vínculo empregatício, isso porque tem se disposto a celebrar acordos apenas em segundo grau, nos casos em que vislumbram que o órgão julgador irá decidir em sentido contrário ao seu interesse. Desta feita, transcrevem-se partes do Acórdão de *Id* 3910faa:

Assim, parece bastante plausível que, ao se dispor a fazer acordo em casos tais, **busca se evitar decisões que reconheçam a existência de vínculo de emprego entre as partes**. Se configurada a estratégia, ela concorre para que a comunidade jurídica e os trabalhadores desse setor de atividade tenham a impressão de que a jurisprudência é, por princípio e em quaisquer circunstâncias, uníssona em uma direção, ainda que não se tenha quaisquer precedentes de uniformização de jurisprudência sobre a matéria, o que, de resto, não deverá acontecer porquanto as controvérsias em casos como o que aqui se discute situa-se no campo dos fatos.

[...]

**A estratégia adotada pela reclamada implica também em agravamento das taxas de congestionamento e dispêndio inócuo da força de trabalho dos magistrados e servidores, à medida que a movimentação de toda essa estrutura para que os processos sejam incluídos em pauta torna-se sem qualquer efeito no momento em que às vésperas do julgamento, sistematicamente, são protocoladas petições com pedido de retirada do processo de pauta para a celebração de acordo, tornando inócuo o trabalho de análise, processamento e tramitação dos autos, nesta instância, quando a possibilidade de conciliar poderia ser analisada em instância apropriada, evitando-se o desvio de força de trabalho de outras demandas que requerem, de fato, a concretização da prestação jurisdicional.**

[...]

Esse comportamento assume uma **dimensão mais grave** quando se denota que o "acordo" celebrado contempla cláusula de renúncia de pretensões (e direitos, na medida em que no presente caso foi reconhecida a existência de vínculo empregatício entre as partes), nos seguintes termos (ID a279851): [...]

Vê-se, portanto, que **o acordo celebrado oculta grave vício de consentimento determinante de renúncia quanto aos fatos e quantos aos direitos deles decorrentes, pelo que ficou desfigurado, por completo, o caráter transaccional indispensável à validade do acordo.**

A estratégia da reclamada, portanto, confere-lhe vantagem desproporcional porque assentada em contundente fraude trabalhista, reforçada pela aparente uniformidade da jurisprudência dissimulada a existência de dissidência jurisprudencial quanto à matéria que, de modo ainda mais danoso, aparenta que a jurisprudência se unifica também no sentido de admitir, a priori, que os fatos também se configuram exatamente de modo uniforme em todos os processos.

[...]

Nestes termos, é relevante a transcrição literal do Parecer emitido pelo **Ministério Público do Trabalho** (ID 8239450), nestes autos:

*"O MPT pede para que não seja homologado o "acordo" porque o que está a ocorrer, data venia, é que o Recdo está manipulando o resultado da distribuição de processos em segundo grau, ou seja, dependendo do entendimento jurídico predominante do DD. Relator(a) que e já anteriormente conhecido por todos, através dos acórdãos anteriores, a empresa tenta impedir o julgamento através de celebrações de "acordos", porém, se o entendimento jurídico do DD. Relator (a) lhe é favorável então a empresa deixa o processo ir a julgamento. Ora, novamente, data máxima venia, este procedimento é tanto fraudador do JUÍZO NATURAL CONSTITUCIONAL (no caso de Segundo Grau) quanto*

*configura-se "contempt of court" ofensa a dignidade da Justiça, art.77, §2º, CPC, o que também ao final é manipulação de jurisprudência, sobretudo para fins de formar IRDR favorável (porém irreal) ao Recdo".*

(TRT-ROPS-0010258-59.2020.5.03.0002, Juiz Marcelo Ribeiro, DEJT 14/12/2020 sem grifos no original)

Dessa forma, fora observado pelo magistrado que a empresa apresentava um comportamento manipulador frente ao resultado das decisões, assim como da formação de jurisprudência. Ressaltando que, mediante pesquisa jurimétrica realizada pelo Parquet, dos 279 (duzentos e setenta e nove) processos em trâmite em desfavor da plataforma somente apresentou-se oferta e celebração de acordo as turmas em que já ocorrera o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes.

Prosseguindo com o julgamento do feito, o douto magistrado reconheceu a relação de trabalho entre as partes, pela configuração de todos os elementos dos art. 2º e 3º da CLT, por entender que a plataforma tinha o controle da prestação de serviços, exercendo poder diretivo sobre o motorista e atuando muito além do que como mera locadora de plataforma virtual.

Em outra decisão, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, processo nº 0100853-94.2019.5.01.0067, ao reconhecer o vínculo entre uma motorista e a empresa, a Desembargadora Relatora Carina Rodrigues Bicalho não homologou a proposta de acordo e afirmou que a plataforma pratica uma "manipulação de jurisprudência", no qual restou assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO. UBER. MOTORISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA. EXISTÊNCIA.

O contrato de trabalho pode estar presente mesmo quando as partes dele não tratarem ou quando aparentar cuidar-se de outra modalidade contratual. O que importa, para o ordenamento jurídico constitucional trabalhista, é o fato e não a forma com que o revestem - princípio da primazia da realidade sobre a forma. No caso da subordinação jurídica, é certo se tratar do coração do contrato de trabalho, elemento fático sem o qual o vínculo de emprego não sobrevive, trazendo consigo acompanhar a construção e evolução da sociedade. A Lei, acompanhando a evolução tecnológica, expandiu o conceito de subordinação clássica ao dispor que "os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio" (parágrafo único do artigo 6º da CLT). No caso em análise, resta claro nos autos que o que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neo-fordista. Dessa maneira, observadas as peculiaridades do caso em análise, evidenciando que a prestação de serviços se operou com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego. NÃO HOMOLOGAÇÃO DE PROPOSTA DE ACORDO. A não homologação do acordo, cujos termos se apresentam inadequados, não é uma faculdade do magistrado, mas sim um dever, mormente se constatado que a ré se utiliza da técnica da conciliação estratégica por julgador para obter como resultado a

manipulação da jurisprudência trabalhista acerca do tema tratado no processo. (TRT-RJ-ROT-0100853-94.2019.5.01.0067, Carina Rodrigues Bicalho, DEJT 28/07/2021)

No acórdão, a relatora reitera todo o entendimento do douto magistrado Marcelo Ribeiro quanto ao acordo apresentado pela *Uber*, por entender que não era favorável a motorista, propondo a majoração do valor da proposta, a inclusão de cláusula obrigacional de registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e recolhimento previdenciário respectivo, encaminhando por fim, a oferta de acordo ao colegiado, por sua não homologação.

Apesar disso, a magistrada reconheceu o vínculo de emprego, pois foi possível comprovar nos autos todos os elementos que caracterizam essa relação, como a pessoalidade, não eventualidade e a onerosidade, ganhando destaque à inequívoca subordinação jurídica entre a motorista e a *Uber*, conforme as palavras da própria relatora “Intensidade de ordens dadas ao trabalhador orientadoras da forma de realização do trabalho por meios telemáticos (algoritmos), com rigorosa fiscalização do cumprimento das ordens características do poder diretivo e com aplicação de sanções próprias do poder disciplinar”.

Observando as decisões acima mencionadas, analisaremos, a seguir, mais um dos impasses envolvendo um motorista parceiro e o aplicativo-*site*, que em recente virada jurisprudencial, a terceira turma do Tribunal Superior do Trabalho, através do Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066, reconheceu a existência de vínculo empregatício na mencionada relação.

### **3 A CONTROVÉRSIA DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE A PLATAFORMA UBER E UM “MOTORISTA PARCEIRO”**

Em razão desse novo modelo empregado pelas plataformas, há ainda uma grande dificuldade por parte do ordenamento e dos intérpretes jurídicos em equilibrar as inovações tecnológicas e a necessidade de resguardar direitos trabalhistas, e por esse motivo a discussão sobre a (in)existência do vínculo empregatício entre a *Uber* e seus motoristas representa um desafio regulatório e interpretativo para a Justiça do Trabalho.

É sob essa perspectiva que analisaremos o caso entre um motorista de aplicativo e a *Uber*, que iniciou no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sob o nº 0100353-02.2017.5.01.0066. Neste caso específico, ao não ser identificado o vínculo empregatício pelo TRT, foi possível reconhecer os elementos que configuram o vínculo por meio do Recurso de Revista ao Tribunal Superior do Trabalho, conforme passamos a expor a seguir.

Um motorista de Queimados, no Rio de Janeiro, ingressou com uma Reclamação Trabalhista perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, após trabalhar dois meses

para a plataforma e ser desligado sem justificativa. O reclamante afirma que trabalhou de 10 a 12 horas diárias, em regime de sobrejornada e sem intervalo, com exceção do domingo, afirma também, que sofreu dano moral, pois se estruturou para prestar serviços como autônomo, mas foi inserido em uma organização unilateralmente estruturada pelas ré e sob total subordinação. Por esse motivo, requer o reconhecimento do vínculo empregatício, a projeção do aviso-prévio, bem como o pagamento das verbas trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

De acordo com o relato do motorista, a relação de consumo do passageiro é com a *Uber*, este afirma que passou por um “processo seletivo” no qual os passageiros realizam uma avaliação individualizada dos condutores, de tal forma que os motoristas devem estar de acordo com as regras da empresa, pois a plataforma monitora as avaliações e promove o desligamento dos motoristas que não possuem uma nota mínima. Aduz ainda que, recebem mensagens de texto com pressões para voltar a trabalhar quando estão desconectados, e que os preços das corridas são estipulados pela empresa, que retém 25% do valor. Sustenta que estava presente a pessoalidade, eis que outra pessoa não poderia ser designada pelo reclamante para atender o chamado, assim como os demais requisitos da relação de emprego, quais sejam pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

Em contrapartida, a *Uber* alegou que o reclamante não foi contratado para prestar serviços de “motorista de passageiros”, tampouco fora ofertado pela empresa o pagamento de “comissão de 75% sobre o valor das viagens”. Declara que, na verdade, quem a contratou a fim de, por intermédio do uso do aplicativo, capturar passageiros e desenvolver atividade de transporte de pessoas foi o respectivo reclamante. Corroborando a argumentação, ressalta ainda:

[...] que o reclamante que assumiu integralmente os riscos do seu negócio. Afirma que não estão presentes os requisitos do art. 3º da CLT. Argumenta que inexistente a obrigatoriedade de que o motorista parceiro seja pessoa física; que a necessidade de cadastramento pessoal não se confunde com pessoalidade, eis que o usuário também tem que se cadastrar e que a plataforma permite que mais de uma pessoa se cadastre de forma a compartilhar o mesmo veículo; que inexistente habitualidade, na medida em que não existem dias e horários obrigatórios para a realização das atividades do motorista parceiro; que inexistente subordinação, sendo que a *Uber* apenas orienta para a melhoria do transporte prestado aos usuários. Afirma que não é empresa de transportes e que os clientes da *Uber* não são os usuários, e, sim, os motoristas parceiros, que buscam a contratação da plataforma e remuneram a *Uber*. Diz que o reclamante foi excluído da plataforma porque era mal avaliado pelos usuários, nota 4,28. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Apesar das contestações apresentadas pelo motorista demonstrarem certa submissão à plataforma, a terceira turma do TRT não reconheceu o vínculo empregatício entre a *Uber* e o motorista, alegando que não foi possível identificar os pressupostos que configuram a relação de emprego, pois na análise feita pela magistrada, os elementos presentes retratam uma relação autônoma, conforme destacou:

Restou claro, por outro lado, que o autor era um trabalhador autônomo, tanto é que poderia utilizar outros aplicativos concorrentes da ré. Ademais, era ele quem arcava com os gastos com o veículo, IPVA e gasolina. Assim, diante da situação fática delineada nos autos, **inexiste o vínculo contratual pretendido pelo autor em relação à primeira ré. Os elementos presentes na relação havida entre as partes não se coadunam com o trabalho empregatício, mas sim com o autônomo. É empregado, quem presta de forma pessoal, serviços não eventuais, de forma subordinada, a quem, assumindo os riscos do empreendimento, fiscaliza e remunera a prestação destes serviços (CLT, arts. 2º e 3º). Não restaram comprovados os requisitos acima, e, muito menos, subordinação jurídica do autor à primeira ré.**

Diante do exposto, tenho que inexistem provas nos autos que possam corroborar a presença de todos os requisitos do vínculo empregatício, presentes nos arts. 2º e 3º da CLT, na relação havida entre o autor e a primeira reclamada.

Inicialmente, ressalta-se que a primeira ré, Uber do Brasil (vide a 8ª alteração e consolidação do contrato social - Id. af6e818 - Pág. 2), tem como objeto a prestação de serviços na área de tecnologia [...]

Assim, descabida a tese do recorrente de que a UBER exploraria atividade comercial de transporte de passageiros. Do documento em referência e do próprio depoimento do reclamante ficou constatado que a UBER é uma empresa que promove a aproximação entre motoristas e passageiros para realização de viagens por meio de aplicativo de celular. O autor possuía plena autonomia para definir os dias e horários de trabalho e descanso, bem como a frequência laboral desejada (quantidade de corridas). Além disso, não recebia ordens nem precisava prestar relatórios de seu trabalho às demandadas (suas avaliações de desempenho eram dadas pelos próprios passageiros usuários do aplicativo). Tampouco precisava comunicar às rés quando não prestasse serviço, arcando por conta própria as despesas de manutenção do veículo.

Por fim, também não restou presente o requisito da habitualidade, pois como bem observou o juízo a quo, a testemunha confirmou que o motorista pode ficar o tempo que quiser sem se conectar à plataforma, o tempo que ele quiser, meses ou anos, sem necessidade de avisar a ninguém, sendo certo que o reclamante, neste particular, não se desincumbiu do encargo que a ele competia de comprovar a jornada e frequência semanal de trabalho deduzidas na inicial.

Uma vez que trabalhava com autonomia, de forma impessoal e não tendo sido ainda comprovada, outrossim, a prestação do serviço de forma não eventual, não restou configurado os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT para formação do vínculo de emprego.

Confirma-se a sentença. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Nesse sentido, é importante contrastar o entendimento adotado pela magistrada, pois do argumento apresentado pelo autor, é possível perceber que: a) a plataforma adota um sistema de monitoramento dos motoristas, os quais não podem recusar corriqueiramente as chamadas sob pena de sanções, colocando em risco a continuidade no aplicativo; b) que os motoristas recebem estímulos frequentes para trabalhar pelo maior tempo possível, e apesar

disso, não podem contar com a ajuda de auxiliares ou substitutos e; c) que não possuem qualquer liberdade na organização e execução do próprio trabalho. Desta forma, todos esses elementos diferem da noção de trabalho autônomo.

Diante do entendimento proferido pela terceira turma do TRT, o motorista recorreu em sede de Recurso de Revista ao Tribunal Superior do Trabalho, fundamentado em divergência jurisprudencial por darem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no art. 896 “a” da CLT e violação de dispositivos de lei federal (CLT), com seu cabimento previsto no art. 896 “c” da CLT.

Com isso, o Ministro Maurício Godinho Delgado, relator do processo, fez suas reflexões na evolução histórica do direito do trabalho e nas novas formas de contratação da prestação laborativa, que nasceram de distorções pautadas em um sistema organizacional que facilita a aproximação com o uso da tecnologia, sendo necessário para tanto uma nova leitura da realidade do modelo empregado pelas plataformas, que ainda não foram recepcionados pelos direitos trabalhistas, de acordo com o trecho a seguir:

É importante lembrar que o Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil. Ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia. Seu nascimento, como ramo jurídico distinto e autônomo, deu-se a partir da conversão de diversos fatores, um dos quais a Revolução Industrial, que simboliza as profundas transformações sociais, econômicas e tecnológicas ocorridas a partir da metade do Século XVIII. Começava ali a se estruturar a relação empregatícia (o trabalho livre e subordinado) como categoria jurídica e hegemônica sobre a qual se formularam e se desenvolveram os princípios, regras e institutos jurídicos do Direito do Trabalho; bem como se estruturava o próprio sistema econômico-social, hoje dominante, após longo processo de construção civilizada da sociedade industrial urbana, por intermédio da inclusão de uma parcela cada vez maior de pessoas na economia contemporânea. Faz-se essa rápida digressão apenas para reiterar a justificativa histórica do Direito do Trabalho e compreender a permanente necessidade de sua projeção sobre todas as formas de prestação do labor humano oneroso como instrumento de avanço civilizatório, especialmente em momentos de relevantes modificações sociais e econômicas. A discussão destes autos, por demandar reflexão acerca de novas fórmulas de gestão da força de trabalho humano, deve ter como ponto de partida essa função civilizatória do Direito do Trabalho e o seu caráter expansionista. [...] (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Conforme se compreende do voto do relator, é necessário refletir como as relações de trabalho se transformaram ao longo dos anos, principalmente quanto ao modelo empregado pelo aplicativo de transporte, pois apesar de prestar um serviço extremamente avançado para a época, aproximando o motorista ao passageiro, diferentemente do que ocorre com o táxi, já

que é necessário que o passageiro se desloque até o carro. Percebe-se, portanto, que essa relação de trabalho não é tão nova, apenas foi se modificando de acordo com os avanços das tecnologias e as transformações sociais e econômicas.

Todavia, destaca-se que, o relator reconhece essa falta de regulamentação por parte do Poder Legislativo, bem como do próprio Judiciário quanto à natureza dos serviços de transportes, sendo necessário o seu enfrentamento, uma vez que essas novas relações vêm se expandindo. Somado a isso, as discussões acerca do tema vêm ganhando alta visibilidade em todo o mundo, demonstrando uma predisposição ao reconhecimento, pois notadamente essas empresas controlam a forma de prestação de serviço. Observemos o trecho a seguir:

Nada obstante, é inexistente a produção regulatória do Poder Legislativo do País sobre as questões de natureza trabalhista no âmbito das relações entre prestadores de serviço e empresas que utilizam as plataformas digitais. O enfrentamento dessa problemática pelas Cortes Trabalhistas, por outro lado, ainda não é significativa, notadamente no âmbito do TST, inexistindo uma jurisprudência pátria consolidada sobre o tema. Cumpre destacar, todavia, que existem discussões doutrinárias no Brasil e em todo o mundo democrático sobre a natureza da relação dos motoristas e/ou entregadores de aplicativos com a respectiva plataforma ou aplicativo digital que utiliza sua força de trabalho, assim como as possíveis medidas jurídicas de regulamentação nesse âmbito. No plano do direito comparado, tem-se verificado a tendência de o Poder Judiciário, tanto nos EUA como na Europa, reconhecer a natureza trabalhista/empregatícia da relação jurídica entre prestadores de serviços e as empresas que exploram as plataformas digitais de transporte de pessoas e entregas, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da administração do labor humano nessa específica área. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Ademais, o relator afirma entender a complexidade que envolve o tema, uma vez que as relações na qual integram as plataformas digitais podem ser divididas em duas formas distintas: i) aquelas que integram a economia compartilhada; e ii) aquelas que não integram verdadeiramente, visto que precisam da força humana para o labor se desenvolver.

No primeiro grupo, ele separa as plataformas que conseguem aproximar o consumidor do produto final sem a intermediação do trabalho humano, a exemplo da *AirBnb* e a *Booking.com*, ambos aplicativos de hospedagem, nos quais o sistema permite a utilização de qualquer lugar. Por outro lado, no segundo grupo estão inseridos os aplicativos de serviço de transporte como a *Uber*, que não estão de fato dentro dessa economia do compartilhamento, pois para o funcionamento da dinâmica sugerida pela plataforma, é necessária a mão de obra de baixo custo que os motoristas ofertam, sem o cumprimento das obrigações trabalhistas que a eles importam, fazendo parte, na verdade, de uma economia da exploração.

E este, acertadamente, foi o entendimento adotado pelo relator no caso dos autos, ao proferir sobre o segundo grupo:

Por outro lado, o segundo grupo de empresas de plataformas digitais que se dizem partícipes da economia compartilhada (mas que nela não estão efetivamente integradas ou apenas parcialmente estão ali inseridas) ostentam estrutura, natureza e dinâmica sumamente distintas, uma vez que passam pela utilização intensiva do trabalho humano, sem respeitar regras civilizatórias trabalhistas, para conseguirem cumprir os seus objetivos empresariais. Trata-se, por ilustração, das empresas de transportes de pessoas e coisas, que necessitam, estruturalmente, do trabalho humano intensivo, mas que o querem utilizar sem cumprir as regras legais civilizatórias existentes em benefício dos seres humanos envolvidos nessa dinâmica de labor intensivo. É o caso dos autos, conforme claramente se percebe.

Ora, aqui não se trata das lídimas empresas da economia de compartilhamento. Trata-se de sistemas empresariais digitais que, mediante sofisticado sistema de algoritmos, conseguem realizar uma intensiva utilização de mão de obra com o fito de alcançarem o objetivo empresarial de fornecerem transporte imediato a pessoas e coisas. E assim o fazem sem o cumprimento da ordem jurídica constitucional e legal trabalhista. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Nesse ponto, observamos que a tecnologia criou novas formas de relação, principalmente pela facilidade em aproximar passageiros e condutores. No entanto, não estão produzindo algo novo no mercado, já que ainda precisa da mão de obra humana para que o serviço ocorra, materializando o serviço que já existia no mercado tradicional, como aquele prestado pelos taxistas. Portanto, a relação entre plataforma e motorista é de vínculo de emprego, e está presente na CLT desde a década de 40.

De forma contrária a isto, a *Uber* segue alegando que não estão presentes em sua estrutura e dinâmica os elementos da relação empregatícia, pois como empresa de tecnologia, somente aproxima os “parceiros independentes” aos consumidores finais. No entanto, o relator enfatiza que é possível identificar todos os elementos que configuram o vínculo empregatício, conforme artigos 2º e 3º da CLT, e que caberia ao empregador demonstrar que as atividades desenvolvidas pelo motorista aconteciam de maneira distinta dos aspectos que representam essa relação, conforme determina a CLT. Vejamos abaixo:

Nesse aspecto, cumpre enfatizar que o fenômeno sociojurídico da relação empregatícia emerge quando reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação.

[...] A análise casual das hipóteses discutidas em Juízo, portanto, deve sempre se pautar no critério do ônus da prova – definido no art. 818 da CLT -, competindo ao obreiro demonstrar a prestação de serviços (inciso I do art. 818 da CLT); e à Reclamada, provar eventual autonomia na relação jurídica (inciso II do art. 818 da CLT).

No caso dos autos, ficou incontroversa a prestação de serviços do Reclamante para a Reclamada, como motorista do aplicativo, tendo ela alegado que é uma empresa de tecnologia da informação e que apenas aproxima os parceiros (motoristas) da demanda de usuários interessados na prestação daquele serviço de transporte. Nesse sentido, sustenta a Reclamada que o labor foi prestado pelo Reclamante sem

qualquer subordinação e com ampla autonomia sobre a forma de realização de sua atividade. [...]

**Com a devida vênia, não parece ser essa a realidade. Com efeito, a mera delimitação formal do objeto social da Empresa, com explicitação da finalidade e gênero de suas atividades, não é hábil a delinear, no âmbito prático, a natureza das relações trabalhistas desenvolvidas em favor do ente empresarial. O enquadramento jurídico do trabalho prestado em favor da organização empresarial deve se dar em observância ao princípio juslaboral da primazia da realidade sobre a forma, independentemente da roupagem formal adotada pela instituição que se beneficia da força de trabalho do ser humano. [...]**

O que a prova coligida no processo e referenciada pelo acórdão recorrido demonstrou que a Reclamada administra um empreendimento relacionado ao transporte de pessoas – e não mera interligação entre usuários do serviço e os motoristas cadastrados no aplicativo – e que o Reclamante lhe prestou serviços como motorista do aplicativo digital. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Assim, apesar da controvérsia entre a decisão do TRT e o Acórdão proferido pelo TST, é possível entender que o contexto da tecnologia modifica a forma como vemos as relações já existentes, por estar sempre evoluindo em busca da facilitação e conforto, mas suas intermediações, no fim, continuam sendo as mesmas. Por isso, a decisão da “plataformização do trabalho” que reconhece o vínculo de emprego é tão polêmica no meio jurídico.

Por fim, passa-se a expor os elementos fático-jurídicos acerca do primeiro entendimento adotado pelo TRT da 1ª Região, no sentido de inexistir relação de emprego entre o motorista de aplicativo e a *Uber*, bem como do acertado reconhecimento do vínculo empregatício pelo Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado do TST, pois apesar dos juristas tratarem sobre os mesmos pressupostos, aplicam fundamentos diferentes em casos semelhantes.

#### **4 ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO À LUZ DO ENTENDIMENTO DO MINISTRO MAURÍCIO GODINHO DELGADO**

A par de tudo até aqui exposto, é importante destacar que ao reconhecer a relação de emprego entre um motorista de aplicativo e a empresa *Uber* pela primeira vez, o julgamento do Tribunal Superior do Trabalho representa uma mudança paradigmática nos entendimentos da corte superior, representando, igualmente, uma virada jurisprudencial no âmbito dos tribunais regionais do trabalho.

Dessa forma, cabe ressaltar que o vínculo empregatício é a relação que existe entre o empregado e o empregador, configurada pela existência de alguns requisitos legais. De acordo com os artigos 2º e 3º da CLT são estes: serviço prestado por pessoa física, pessoalidade,

onerosidade, não eventualidade e subordinação. Neste rol, considerando todas as características demonstradas como relevantes para a comprovação da relação trabalhista, também se torna necessário analisar como cada elemento caracterizador do vínculo se relacionou ao voto do ministro relator.

Isto posto, a **pessoa física** é o sujeito capaz de direitos e obrigações na esfera civil, sendo a **pessoalidade** elemento vinculado ao anterior, no qual o empregado não poderá ser substituído por outro nas atribuições das suas funções. Esses elementos estão mediante o cadastro individualizado da pessoa física na plataforma da *Uber*, de modo *intuitu personae*, impedindo de se fazer substituir por outro empregado na prestação do serviço.

Na decisão proferida pelo TRT da 1ª Região, a análise da magistrada se deu com base no depoimento pessoal do autor, confirmado pela testemunha, que afirmou que acreditava que qualquer um pudesse se cadastrar, e por isso, a relatora decidiu pela inexistência de pessoalidade. Ocorre que não houve sequer a consideração de outras particularidades utilizadas pelo aplicativo, como a impossibilidade do serviço ser prestado por outra pessoa, o que é vedado pela plataforma.

Acertadamente, entendimento contrário teve o Relator Maurício Delgado, vejamos a fundamentação:

Primeiro, é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela **pessoa natural** (fato incontroverso nestes autos), tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador - **pessoalidade**. A relação jurídica pactuada — ou efetivamente cumprida — deve ser *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.

Na situação vertente, é inegável (e incontroverso) de que o trabalho de dirigir o veículo e prestar o serviço de transporte, em conformidade com as regras estabelecidas pela empresa de plataforma digital, é realizado por uma pessoa humana - no caso, o Reclamante. A par disso, a pessoalidade mostrou-se evidente: o Reclamante precisou realizar um cadastro individual na Reclamada, fornecendo dados pessoais e bancários, bem como, no decorrer da execução do trabalho, foi submetido a um sistema de avaliação individualizada, a partir de notas atribuídas pelos clientes e pelo qual a Reclamada controlava a qualidade dos serviços prestados. Tais premissas identificam, com clareza, a obrigação personalíssima do Reclamante de prestar serviços à empresa Reclamada.

É importante destacar, neste aspecto, que o fato de a Empresa administrar um negócio com milhares de motoristas cadastrados em seu aplicativo e ter o potencial de recrutar e contratar ainda muito mais pessoas para prestar esse serviço não desnatura o caráter de pessoalidade do labor despendido pelos trabalhadores individualmente considerados, principalmente se ficar demonstrada a natureza infungível da prestação do trabalho e das obrigações de cada sujeito do contrato — como ocorreu, no caso dos autos. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Deste modo, verifica-se que a personalidade restou configurada nos autos, tendo em vista que ao dirigir o veículo e prestar o serviço de transporte, o motorista passa por diversas etapas, que vão desde o cadastro individualizado, com o fornecimento de informações pessoais e bancárias, até a submissão ao sistema de avaliações pelos passageiros.

No que concerne à **onerosidade**, esta caracteriza-se pela atividade que é remunerada pela *Uber*, a qual efetua os repasses por hora efetivamente trabalhada, ou seja, pelas viagens realizadas com o pagamento efetuado como salário. O serviço de motorista é executado sob demanda, com a adoção do controle por programação ou algoritmo, visando à qualidade na realização do trabalho e, por consequência, à lucratividade.

Quanto a esta característica, a nobre magistrada do TRT da 1ª Região não se manifestou na decisão proferida. No entanto, é possível perceber que o Ministro Relator do TST, mais uma vez, faz sua análise com base nos fatos que ocorreram na prestação do serviço realizado e pago como se fosse salário, pois o labor não ocorria de maneira gratuita pelo motorista, cabendo a *Uber* recolher um percentual e repassar somente uma parte do valor de cada corrida, conforme a redação:

**Quanto à onerosidade**, este é o elemento fático-jurídico da relação de emprego que diz respeito à ideia de contrapartida econômica em benefício do obreiro pela força de seu trabalho colocada à disposição do empregador/tomador de serviço.

**No caso dos autos**, o caráter oneroso do trabalho executado decorre da constatação de uma sistemática de pagamento pela prestação de serviços, adotada pela Reclamada, cujo critério era o repasse de cerca de 70/80% do valor pago pelos passageiros/clientes à empresa, por meio da plataforma digital (aplicativo).

Pontue-se, a respeito desse elemento fático-jurídico, conforme enfatizado pelo Ministro Alberto Bresciani, em seu voto vistor juntado aos autos, que a onerosidade mostra-se indubitavelmente presente “uma vez que o reclamante era pago pela empresa e a percentagem elevada a ele atribuída explica-se pelo fato de arcar com todos os custos do transporte (manutenção do veículo, gasolina, provedor de *internet*, celular)”. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Além disso, a política de pagamento adotada pela empresa permite o recebimento de prêmios aos motoristas que se destacam. Portanto, todos esses fatos preenchem o requisito da onerosidade.

Quanto ao requisito da **não eventualidade**, este elemento caracteriza-se pela continuidade na prestação dos serviços, ou seja, ainda que o trabalho seja executado em apenas dois dias da semana, mas se prestado habitualmente, não é eventual. Conforme pode ser observado pelo histórico de viagens do motorista, que se insere na atividade econômica. Apesar da empresa alegar que é possível escolher livremente os dias e horários para trabalhar,

tal alegação é falaciosa, na medida em que o motorista poderá sofrer bloqueios temporários em caso de não atendimento das demandas do aplicativo ou não participação de promoções.

Contudo, a ministra do TRT entendeu que não houve a configuração da habitualidade pelo motorista, afirmando que “a inexistência de habitualidade também restou confirmada, eis que a testemunha afirmou [...] que o motorista pode ficar o tempo que quiser sem se conectar a plataforma, meses ou anos, sem necessidade de avisar a ninguém; [...]”.

No acórdão proferido pelo Ministro Maurício Delgado, o relator levou em consideração três teorias importantes da doutrina, no intuito de precisar com maior clareza a não eventualidade, sendo elas: a) teoria do evento, esta informa que seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido; b) teoria dos fins do empreendimento, na qual o trabalhador será chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa, e, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração; e c) teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços, esta considera que é eventual o trabalhador “que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica” (NASCIMENTO, 1989, p. 105 apud DELGADO, 2019, p. 345).

A esse respeito, o relator afirma:

No caso dos autos, observa-se que o labor do Reclamante estava inserido na dinâmica intrínseca da atividade econômica da Reclamada e inexistia qualquer traço de transitoriedade ou especificidade na prestação do serviço. Não era eventual, também, sob a ótica da teoria do evento, na medida em que não se tratava de labor desempenhado para certa obra ou serviço, decorrente de algum acontecimento fortuito ou casual.

Por outro lado, embora a relação jurídica entre as Partes tenha perdurado por menos de dois meses (de 21/7/2016 a 17/09/2016), fato é que, durante esse curto período, o labor foi prestado permanentemente todos os dias, com absoluto controle da Reclamada sobre o tempo à sua disposição, não havendo qualquer informação no acórdão regional que permita aferir pelo caráter esporádico do labor – por exemplo, inexistem elementos que pudessem direcionar para a conclusão de que, durante quase dois meses, o Reclamante conectou-se ao aplicativo digital apenas de forma ocasional, pontual ou dispersa.

Registre-se, por oportuno, que a afirmação de que obreiro trabalhador não está vinculado ao cumprimento de um número mínimo de horas de trabalho e que pode prestar serviços para outras empresas que fornecem a mesma funcionalidade não tem o condão, por si só, de descaracterizar o caráter permanente da prestação de serviços à Reclamada. [...] (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Desta forma, evidencia-se que, no entendimento do relator, o trabalho realizado pelo motorista não pode ser definido como atividade eventual, pois é possível deduzir a habitualidade no serviço prestado.

Dentre os aspectos jurídicos destacados acima, a **subordinação** será analisada sob maior enfoque, dada a sua relevância para a elucidação da relação empregatícia do caso em questão. Consoante Leite (2018):

Há quem sustente que a subordinação decorre da situação de “dependência” (CLT, art. 3º) do empregado em relação ao empregador. Todavia, parece-nos que o empregado não é “dependente” do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, regulamentar e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante, dentre os demais, para caracterizar a relação empregatícia. (LEITE, 2018, p. 150)

Nestes termos, o autor chama atenção para uma interpretação mais acurada da subordinação, que serve ao entendimento do cenário trabalhista atual. Assim, na sentença proferida pelo TRT da 1ª Região, a magistrada posiciona-se alegando que o motorista possuía liberdade tanto para escolher os dias e horários de trabalho e descanso, bem como rejeitar viagens, e, por isso, não restaria comprovada a subordinação na prestação de serviços, caracterizando uma relação de trabalho autônoma. Vejamos abaixo:

Do exame do conjunto probatório, mormente o depoimento do autor, no sentir deste Juízo restou demonstrado que a Uber era, de fato, uma plataforma que facilitava o contato do autor com os passageiros, e que o autor laborava com autonomia. O fato de a Uber passar sugestões aos parceiros quanto ao atendimento e orientar quanto ao uso do aplicativo não caracteriza a subordinação jurídica. Do depoimento do autor, restou claro que a Uber não tinha poder de direção no modo de realização de serviços do trabalhador. O autor confirmou que não havia orientação quanto ao uso de uniformes; que era ele quem escolhia o horário e os dias de trabalho; que não fez entrevista para se cadastrar; que não se reportava a empregados da Uber; que não tinha que fazer relatórios; que poderia utilizar outros aplicativos; que não fez treinamento; que poderia ficar off line e que não precisava avisar; que era avaliado por passageiros e que também avaliava passageiros. Assim, evidente que a primeira ré não tinha qualquer poder de direção na atividade desenvolvida pelo autor. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Todavia, a conceituação de Paul Colin vai de encontro a este entendimento, pois afirma que “por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens” (COLIN apud MORAES FILHO, 2014, p. 220).

Nessa esteira, evidencia-se a **subordinação** pelo contrato firmado entre as partes, ao aceitar os “termos e condições”, por meio dos quais o motorista é obrigado a cumprir regras previamente estipuladas pela empresa. Sendo assim, a *Uber* tem o controle da prestação de

serviços, exercendo poder diretivo e atuando muito além do que mera locadora de plataforma virtual.

Diante da análise do voto dado pelo relator do Recurso de Revista, percebe-se que os outros elementos que regem a relação empregatícia se fazem presentes no caso, mas de forma secundária diante da caracterização do vínculo. Sendo assim, o enfoque maior recai sobre a subordinação, sendo este o requisito que se sobressai na dinâmica do trabalho realizado pelos motoristas de aplicativo, fator que gera inúmeras divergências nas decisões judiciais.

No caso julgado, o relator constatou que:

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).

A subordinação corresponde ao pólo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado se compromete a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

O relator destacou, ainda, as três dimensões principais do fenômeno subordinativo, sendo elas: a clássica, objetiva e estrutural. Conforme as palavras do próprio relator, a subordinação clássica é “consistente da situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador se compromete a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa”. A subordinação objetiva, por sua vez, é definida como aquela que “se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, que detém o poder jurídico sobre a direção daquela atividade”.

Por último, a subordinação de caráter estrutural é a qual “se expressa pela inserção do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesse contexto, não é necessária a integração da atividade do trabalhador nos objetivos do empreendimento, muito menos que receba ordens diretas do tomador para que se perceba a presença da subordinação, o importante é que esteja estruturalmente integrado à dinâmica organizativa e operacional do empregador.

Sob esse viés, no decorrer das últimas décadas, é possível perceber que o conceito jurídico de subordinação é mutável e, desde sua concepção clássica, sofre mudanças em sua estrutura e conteúdo, de modo a acompanhar a nova realidade das relações trabalhistas. E por esse motivo, na mesma direção, o ministro do TST acrescenta uma quarta dimensão da subordinação, denominada de algorítmica:

Própria do novo contexto empresarial, em que o empresário passa a usar uma pletera de mecanismos telemáticos, computadorizados, internáuticos, hiper-minuciosos e sensíveis a quaisquer movimentos dos seres humanos e máquinas envolvidos na dinâmica ou órbita de interesse do empreendimento estruturado. Trata-se da denominada subordinação algorítmica, muito bem lembrada pelo Ministro Alberto Bresciani, componente da Terceira Turma do TST até o dia 22 de dezembro de 2021 – data de sua aposentadoria –, conforme exposto em seu voto vistor harmônico ao voto deste relator. Ao mencionar a subordinação algorítmica no caso concreto, o Ministro Alberto Bresciani enfatiza “destaque para o fato de que a flexibilidade na escolha do horário de trabalho não significa autonomia, constituindo mera cláusula do contrato de emprego. Tanto que o reclamante foi desligado como punição, com base em avaliações”. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Desta feita, a subordinação algorítmica difere-se da modalidade clássica tratada nos parágrafos anteriores, visto que, não é mais o poder de ordens e fiscalização exercido de forma física e direta pelo empregador sobre outra pessoa, mas sim o controle do trabalho que é definido por uma sequência lógica, finita e definida de instruções, que ocorre através de aplicativos, programas e comandos preordenados. Nessa condição, os trabalhadores precisam estar disponíveis a qualquer tempo apenas para movimentar o algoritmo, pois este vai determinar como esse serviço será prestado, quem e quando irá utilizá-lo, o preço final e o lugar. (FINCATO; WUNSCH, 2020)

Na decisão, é possível perceber que o magistrado identificou quatro premissas vinculadas à subordinação algorítmica e que divergem da suposta autonomia dita pela magistrada do TRT, isso porque a plataforma “assumia integralmente a direção sobre a atividade econômica e sobre o modo de realização da prestação de serviço, inclusive com a manifestação disciplinar do poder empregatício”, conforme destacou:

A esse respeito, destacam-se as seguintes premissas que se extraem do acórdão regional, incompatíveis com a suposta autonomia e liberdade do trabalhador na execução do trabalho: **1) a Reclamada organizava unilateralmente as chamadas dos seus clientes/passageiros e indicava os motoristas para prestar os serviços; 2) exigia a permanência do Reclamante conectado à plataforma digital para prestar os serviços, sob risco de descredenciamento da plataforma digital (perda do trabalho); 3) avaliava continuamente a performance dos motoristas, por meio de um controle telemático e pulverizado da qualidade dos serviços a partir da tecnologia da plataforma digital e das notas atribuídas pelos**

**clientes/passageiros ao trabalhador.** Tal sistemática servia, inclusive, de parâmetro para o descredenciamento da plataforma digital - perda do trabalho -, caso o obreiro não alcançasse uma média mínima; **4)** a prestação de serviços se desenvolveu diariamente, durante o período da relação de trabalho, **com intenso controle da Reclamada sobre o trabalho prestado e a observância de suas diretrizes organizacionais**, por meio da plataforma digital (meio telemático) e da participação difusa dos seus clientes/passageiros. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

Em tempo, ao tratar da subordinação algorítmica, também cabe destacar o papel da gamificação como contribuinte subordinativo entre empresa e motorista. Nesse sentido, Oliveira (2021, p. 02) destaca que “a gamificação emerge como uma das ferramentas que as plataformas digitais utilizam para controlar, gerenciar e vigiar seus parceiros”. Conforme a autora:

A empresa-aplicativo precisa competir com outras, o que significa atender seus consumidores no menor prazo e com o menor custo possíveis. E, como elas não dispõem dos meios de coerção das organizações tradicionais, a gamificação é usada para incentivar comportamentos lucrativos dos seus “colaboradores”, ainda que aquelas possam ser também prejudiciais aos trabalhadores [...] Dessa maneira, como em jogos de videogame, os trabalhadores das plataformas são impulsionados discretamente, resultando em mais engajamento emocional e mais investimento na finalização de tarefas. Lembramos, ainda, que o contato com a empresa é feito majoritariamente por meio do aplicativo, sem interação humana, viabilizando que todas as atividades sejam quantificadas e transformadas em dados que são coletados e analisados, sugerindo, assim, a possibilidade de implementação ilimitada das estratégias gamificadas. (OLIVEIRA, 2021, p. 06).

Nesse sentido, as avaliações feitas entre passageiros e motoristas representam uma forma da empresa controlar a qualidade do serviço, e não apenas isso, a dinâmica também funciona como propulsor, haja vista que os motoristas se esforçam para alcançar os selos de qualidade preestabelecidos pela *Uber* e concedidos por meio das avaliações dos passageiros. Esta estratégia, ao lado de outras como mensagens incentivadoras recebidas pelo motorista notificando-o sobre seus ganhos, pode ser apontada como exemplo de gamificação.

Mediante ao exposto, constata-se que houve subordinação em todas as suas dimensões, dado que as atividades desempenhadas pelo trabalhador tinham por objetivo promover a função social da empresa. Além disso, o motorista ao utilizar de recursos próprios, como aparelho celular, veículo, despesas com manutenção e combustível para prestar serviços, por si só, não indica qualquer autonomia na relação de trabalho, pois tais condições são impostas pela *Uber*.

Nessa senda, os Ministros da 3ª Turma do TST conheceram do presente recurso, alegando violação ao art. 3º da CLT, configurando o vínculo empregatício entre o motorista de aplicativo e a plataforma digital *Uber*, de forma que fica determinada a reforma do acórdão

regional e o retorno ao Juízo da Vara do Trabalho de origem, a fim de serem apreciados os demais pedidos formulados pelo reclamante em sua petição inicial.

Ressalta-se, ainda, que este é o primeiro julgamento do Tribunal Superior do Trabalho que reconhece o vínculo laboral, sendo de suma importância para mudar o direcionamento das decisões judiciais relacionadas ao tema, pois da análise detalhada dos fatos, é possível perceber a configuração de uma inovadora forma de subordinação, que poderá modificar o entendimento, que os tribunais estavam tendo até então, acerca da relação entre as plataformas digitais e os motoristas de aplicativo, uma vez que preenche os requisitos que constituem a relação de emprego, conforme demonstrado.

Por fim, ao reconhecer o vínculo empregatício, o acórdão carrega relevante importância não somente para motoristas e entregadores de aplicativo, mas para toda uma classe operária que se assemelha à categoria destes. O próprio relator, ao elencar os impactos destas novas relações de trabalho, chama a atenção para o risco da desregulamentação a que os trabalhadores ficam expostos no cenário atual. Nas palavras do Ministro:

Os impactos dessa nova modalidade empresarial e de organização do trabalho têm sido diversos: de um lado, potencializam, fortemente, a um custo mais baixo do que o precedente, a oferta do trabalho de transporte de pessoas e coisas no âmbito da sociedade; de outro lado, propiciam a possibilidade de trabalho a pessoas desempregadas, no contexto de um desemprego agudo criado pelas políticas públicas e outros fatores inerentes à dinâmica da economia; mas, em terceiro lugar, pela desregulamentação amplamente praticada por este sistema, geram uma inegável deterioração do trabalho humano, uma lancinante desigualdade no poder de negociação entre as partes, uma ausência de regras de higiene e saúde do trabalho, a falta de proteção contra acidentes ou doenças profissionais, a inexistência de quaisquer direitos individuais e sociais trabalhistas, a ausência de proteções sindicais e, se não bastasse, a recorrente exclusão previdenciária. (TST-E-RR-10035302.2017.5.01.0066, Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26/05/2022)

De modo que esta decisão desponta como uma forma de amenizar alguns dos problemas oriundos da “uberização do trabalho”, abrindo vários precedentes, dentre os quais se podem citar a subordinação algorítmica, compreendida como novidade tecnológica advinda das novas formas de prestação de serviço.

## 5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar alguns pontos que precisavam ser superados para que o Tribunal Superior do Trabalho reconhecesse, de forma mais consolidada, o vínculo de emprego entre a plataforma *Uber* e os motoristas parceiros. Isso porque os dois principais pontos de divergência são em relação à existência ou não do vínculo de emprego entre o

motorista e a empresa, e o outro a dúvida que recai sobre a atividade ser de transporte ou de intermediação.

Enquanto os dois pontos principais pautados anteriormente não forem sanados, a divergência quanto à existência de vínculo de emprego continuará em discussão, pois sem dúvidas ainda haverá decisões nos dois sentidos, tanto a favor dos motoristas, quanto a favor da *Uber*. De forma análoga, a natureza da atividade requer esclarecimento para que esteja ao alcance da legislação trabalhista.

No que se refere ao entendimento sobre os motoristas serem trabalhadores autônomos, apesar de ambos serem pessoas físicas, estes exercem o trabalho de forma subordinada, e não por conta própria, fato esse que gera dúvidas no que tange aos motoristas serem empregados da empresa ou serem trabalhadores autônomos.

No que concerne ao reconhecimento do vínculo empregatício do motorista, este se fundamenta nas circunstâncias da empresa *Uber*, especificamente ao fato de seu regimento aplicar penalidades aos seus motoristas no caso de descumprimento de algumas normas, além de definir o valor cobrado pelas corridas caracterizando a subordinação, exercer o pagamento dos motoristas caracterizando a onerosidade, o motorista não pode ser substituído por outro com o mesmo cadastro, caracterizando a personalidade.

De maneira inversa, existem ainda aqueles que entendem que para caracterizar o vínculo empregatício, necessitam estar elencados todos os requisitos, quer dizer, não poderá faltar um só requisito, caso falte, não existirá vínculo empregatício. No entanto, verificou-se na presente pesquisa, com base no entendimento adotado pelo TST, que em alguns casos, somente a subordinação é suficiente para que esse vínculo de emprego reste configurado.

Desse modo, a depender do entendimento da Turma e demais processos que cheguem ao Tribunal Superior, a existência de um precedente favorável ao motorista de aplicativo pode refletir em diversos processos. O que vai definir o resultado da causa serão os argumentos utilizados e o entendimento da Turma que irá julgar o seu processo, até que seja pacificado o entendimento.

Ademais, com o crescimento das empresas de serviços que adotam o modelo de uberização, também cresce o número de pessoas que atuam no sistema sem a devida contratação e, conseqüentemente, aumenta o número de não assegurados pelas normas da CLT. É notável, seja em telejornais ou revistas, a dimensão que vem tomando a atuação de motoristas e junto com esses, os casos de pedidos de devida contratação.

Diante de tantas controvérsias, é possível concluir que de fato a uberização foi um grande divisor de opiniões, podendo se questionar, dentre outros aspectos, a existência do

vínculo empregatício. Sendo ponto de partida para futuras jurisprudências, o vínculo empregatício tratado, como descrito anteriormente, é fator necessário para a garantia dos devidos direitos do empregado, os quais fazem falta não somente aos trabalhadores ligados a *Uber*, mas também a todos os outros que seguem a mesma forma de operação. Ainda, é importante frisar que não se trata somente da forma de trabalho, a garantia fornecida pelo vínculo empregatício traz consigo segurança, seguro, e garantias à qualidade de vida, além de outras melhorias de forma geral.

Por fim, entende-se que se torna cada vez mais desejável a devida concessão de direitos trabalhistas a todos que estão sujeitos ao trabalho distante dessa realidade, e essa afirmativa se torna ainda mais válida levando em consideração as jurisprudências veiculadas como precedentes quanto à obrigatória mudança nas diretrizes de contratação de funcionários.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Revista Psicoperspectivas: Individuo y Sociedad**, v. 18, n. 3, p.1-11, 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**, ATSum 0010258-59.2020.5.03.0002, Relator Juiz Marcelo Ribeiro, DEJT 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1119338659/trt-3-judiciario-29-03-2021-pg-2021>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**, Recurso Ordinário Trabalhista 0100853-94.2019.5.01.0067, 7ª turma, Relatora Carina Rodrigues Bicalho, DEJT 13 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-reconhece-vinculo-emprego-entre3.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. R.R-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª turma, Relator: Maurício Godinho Delgado, DEJT 26 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1456803327/inteiro-teor-1456803857>. Acesso em: 22 ago. 2022.

COUTO DE OLIVEIRA, R. Gamificação e trabalho uberizado nas empresas-aplicativo. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 61, n. 4, p. 1–10, 2021. DOI: 10.1590/S0034-759020210407. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/84313>. Acesso em: 22 ago. 2022  
DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme. Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 86, n. 3, p. 40-56, jul./set. 2020.

GAIA, Fausto Siqueira. **As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso “UBER”**. Orientador: Pedro Paulo Teixeira Manus. 2018. 360 f. Tese (Dourado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/21889>. Acesso em 20 ago. 2022.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: Aspectos da Subordinação Jurídica Disruptiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas S. A, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr Editora, 2014.

SALIBA, Ana Luisa. TRT-4 reconhece vínculo entre motorista e a Uber e a condena por *Dumping* social. In: **Consultor Jurídico**. [S. l.], 23 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-23/trt-reconhece-vinculo-emprego-entre-motorista-uber>. Acesso em: 22 ago. 2022.

UBER. Termos gerais de uso. **Uber Blog**, [S. l.], 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=general-terms-of-use&country=brazil&lang=pt-br>. Acesso em: 21 ago. 2022.

## **ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE: uma análise das narrativas dos setores público e privado sobre os investimentos ESG**

ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE: an analysis of public and private  
sector narratives about ESG investments

Recebido em	14/11/2022
Aprovado em	17/11/2022

Ana Elizabeth Neirão Reymão<sup>1</sup>  
Lígia Henriques Begot<sup>2</sup>  
Mário Ramos Ribeiro<sup>3</sup>

### **RESUMO**

---

O Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) é um conceito amplo, empregado em diversos setores da sociedade. Esse artigo busca identificar as semelhanças e diferenças entre os olhares do público e do privado sobre os investimentos ESG. No presente estudo, o cenário é o mercado financeiro de ativos ESG e os setores público e privado - a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Chartered Financial Analyst Institute (CFA), respectivamente. Metodologicamente, foi realizado um estudo exploratório com revisão narrativa da literatura. Foram observadas diversas semelhanças entre os setores, principalmente quanto ao conceito e às perspectivas de interesse a investimentos ESG entre os investidores. O setor privado apontou a falta de informação e/ou clareza em indicadores ESG como um dos pontos de menor atratividade desse tipo de investimento. Nas divergências principais encontram-se que o setor público tem maior foco nos fatores ESG dos investimentos, mais propenso em retornos em médio ou longo prazo. Enquanto, o setor privado enfatizou retornos de curto prazo e na necessidade de buscar ferramentas que atraíam os investidores que costumemente investiriam apenas em portfólios mais tradicionais. Conclui-se que o mercado de investimentos ESG exemplifica um mercado de informações assimétricas, problema do agente-principal, seleção adversa e risco moral. Superar esses problemas para o aperfeiçoamento da agenda ESG pode contribuir para a efetivação do direito ao desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Mercado de capitais; ESG; investimentos; público; privado.

---

<sup>1</sup> Economista (UFPA), Doutora em Ciências Sociais (UnB), Mestre em Economia (UNICAMP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento (PPGD) do CESUPA. Professora da Faculdade de Economia da UFPA. Líder do grupo de pesquisas CNPq MinAmazônia (Políticas públicas e ODS na Amazônia).

<sup>2</sup> Economista (UFPA) e doutora em Desenvolvimento pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

<sup>3</sup> Doutor em Economia pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (USP-1994). Especialista em Teoria Econômica Aplicada pela Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL-1982). Professor de Economia na Universidade Federal do Pará (UFPA).

## ABSTRACT

---

Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) is a broad concept used in various sectors of society. This paper seeks to identify the similarities and differences between the public and private perspectives on ESG investments. In the study, the setting is the financial market for ESG assets and the public and private sectors - the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the Chartered Financial Analyst Institute (CFA), respectively. Methodologically, an exploratory study with a narrative literature review was conducted. Several similarities between the sectors were observed, mainly regarding the concept and perspectives of interest to ESG investments among investors. The private sector pointed out the lack of information and/or clarity in ESG indicators as one of the least attractive points of this type of investment. The main differences are that the public sector is more focused on the ESG factors of the investments, more prone to medium or long term returns. Meanwhile, the private sector emphasized short-term returns and the need to seek tools that would attract investors who would normally only invest in more traditional portfolios. It is concluded that the ESG investment market exemplifies an asymmetric information market, principal-agent problem, adverse selection and moral hazard. These problems can be overcome in order to improve the ESG agenda and contribute to the realization of the right to development.

**Keywords:** Capital market; ESG; investments; public; private.

## 1 INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas decorrem de práticas predatórias de ações humanas, fundadas em um modelo de crescimento exponencial da produção e de consumo de recursos que não é sustentável nem econômica, nem ambientalmente, nem socialmente. O combate à crise climática é urgente e todos somos por ela impactados. Porém, essas mudanças atingem de maneira desproporcional a população mais pobre de diversas regiões do mundo, a mais vulnerável (TUCKER et al., 2015). Em consequência, tem-se uma clara violação do que estabelece o artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), que em 1986 assinalou o desenvolvimento como um direito humano inalienável, devendo todas as pessoas e povos desfrutarem dos avanços do crescimento econômico.

Preocupado com essas questões, mais recentemente, em 2004, emergiu o tema Environmental, Social and Corporate Governance (ESG), ou Ambiental, Social e Governança Corporativa (ASG). Esse conceito foi apresentado no Pacto Global (ONU), em parceria com o Banco Mundial, na publicação *Who Cares Wins*, como aquele que faz a integração de fatores sociais, ambientais e de governança em empresas, assim como nos mercados de capitais. Nesse mesmo período, o relatório Freshfield mostrou a importância da aplicação dos fatores ESG na avaliação financeira e a ascensão de ativos caracterizados pelos

Princípios do Investimento Responsável (PRI) (PACTO GLOBAL; STILINGUE, 2021).

O surgimento de ativos ESG provém da demanda por investimentos que se preocupem ou levem em conta as causas ambientais, sociais e de governança. A ascensão do discurso da sustentabilidade em meios corporativos é uma das justificativas para o crescente protagonismo dos ativos ESG. A sustentabilidade como um discurso tem apresentado constante presença e crescimento de popularidade, seja na comunidade científica como na sociedade. A pandemia de covid-19 e agendas internacionais, como a 26ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática (Conferência das Partes – COP26)<sup>4</sup>, ocorrida em novembro de 2021, com a participação de quase 200 países, são algumas evidências da orientação de compromissos globais a essa temática (BOFFO; PATALANO, 2020).

A COP26 apresentou, dentre os seus principais pontos, a solicitação de que os governos antecipassem os prazos para a redução de emissões, assim como os países participantes deveriam reportar o seu progresso, referente a ações climáticas, na COP27 que ocorrerá no Egito (NEHRING et al., 2021). Outro resultado importante é que cerca de 500 empresas de serviços financeiros globais concordaram em levantar US\$ 130 trilhões - cerca de 40% dos ativos financeiros mundiais – para alcançar as metas estabelecidas no Acordo de Paris, incluindo limitar o aquecimento global a 1.5 grau Celsius. Para o financiamento referente à ação climática, houve a recomendação de alçar valores para além dos US\$100 bilhões anuais propostos no Acordo de Paris (QUIÑONES, 2021).

A pandemia de covid-19 reiterou e enfatizou mais a discussão de investimentos sustentáveis – sociedade, governos, indústria e mercado de capitais como agentes de uma efetiva sustentabilidade na tríade ambiental, econômica e social - colocando como prioridade aqueles voltados à descarbonização, diminuição da desigualdade social, diminuição do desmatamento e justiça climática (LIMA, 2021). Em paralelo, à medida que um número crescente de instituições investidoras e fundos incorporaram vários investimentos ambientais, sociais e de governança, a partir da abordagem ESG, as formas de financiamento sustentável aumentaram expressivamente nos últimos anos, destacam Boffo e Patalano (2020).

Há, inclusive, o reconhecimento de que a produtividade, tão indispensável aos ambientes privados, é afetada positivamente por ações comprometidas com questões sociais e econômicas, ou seja, fatores ESG (PAVLOVA; BOYRIED, 2022). Diversos autores

---

<sup>4</sup> A Conferência das Partes (COP) é um evento bianual. A COP26 foi realizada entre 1 e 12 de novembro de 2021 na cidade de Glasgow, na Escócia, tendo a participação de quase 200 países. Deveria ter sido realizada em 2020 foi adiado em função da pandemia de covid-19 (QUIÑONES, 2021).

apontam que a inclusão de práticas ESG em diferentes setores da economia representa benefícios à sociedade (BOFFO; PATALANO, 2020; ABRAMOVAY et al., 2021). E ainda: há evidências, como as apontadas por Pavlova e Boyrie (2021) de que os investimentos de impacto, como os de fundos com critérios ESG, apresentam bom desempenho econômico e rapidamente ganham proeminência no mercado organizacional mundialmente.

A parcela de investimentos ESG tem aumentado, fato que até pouco tempo era quase hipotético, e presentemente esses produtos financeiros são cada vez mais lançados no mercado mundial e brasileiro, incluindo investidores grandes e pequenos (BONINI; GÖRNER, 2011; ALSAYEGH; RAHMAN; HOMAYOUN, 2020; BERTÃO, 2021). Por outro lado, surgiu um “desentendimento” de concepção entre os diferentes setores da sociedade sobre os investimentos ESG. Embora a integração de formas de financiamento sustentável seja um desenvolvimento bem-vindo, a terminologia e as práticas associadas ao investimento em ESG variam consideravelmente, e estas diferenças presentes estão no foco do presente estudo.

Esse artigo busca, então, identificar as semelhanças e diferenças entre os olhares do público e do privado sobre os esses investimentos. O questionamento central é: quais as semelhanças e diferenças entre as narrativas sobre os investimentos ESG nos setores público e privado?

A menor frequência de trabalhos acadêmicos com a temática ESG em língua portuguesa, em especial referentes à discussão conjunta entre os setores privado e público, tornou-se uma motivação para a realização dessa pesquisa. Outro ponto de motivação é a notoriedade da temática no mercado de capitais, uma reivindicação social que está sendo incorporada, ao menos, à discussão nos ambientes corporativos.

O presente estudo tem como intuito colaborar significativamente para a produção acadêmica e didática, em especial sobre a análise dos contrapontos entre as diferentes concepções da temática ESG. Com essa finalidade, apresenta-se resultados e análises partindo-se do questionamento central desse artigo, o consequente alcance dos objetivos desse artigo, unindo essa metodologia, a fim de produzir argumentação a uma temática ainda com produção em crescimento no ambiente acadêmico em português (RAJÃO, 2021). Por fim, prevê-se que esse artigo fomente a produção de mais estudos, para a promulgação de ações e convergências positivas entre os diferentes setores que viabilizem ações concretas, além do ambiente corporativo e/ou mercado de ações, e à sociedade e ao meio ambiente.

Como parte essencial para a construção científica, a metodologia é atrelada à cadência de reflexão baseada em evidências, permitindo a construção de uma conjectura

baseada em fatos que possibilite a outros repeti-la e somar futuramente à ciência (DEMO, 1985). Nesse artigo foi realizada uma pesquisa exploratória, descrita pela busca por informações a respeito de certo assunto e, conforme Gil (2002), esse tipo de pesquisa causa maior familiaridade com o problema de pesquisa – pois, é flexível e permite o refinamento de ideias e a construção de inferências. A metodologia utilizada consistiu em um estudo exploratório por meio da revisão narrativa da literatura, de abordagem qualitativa.

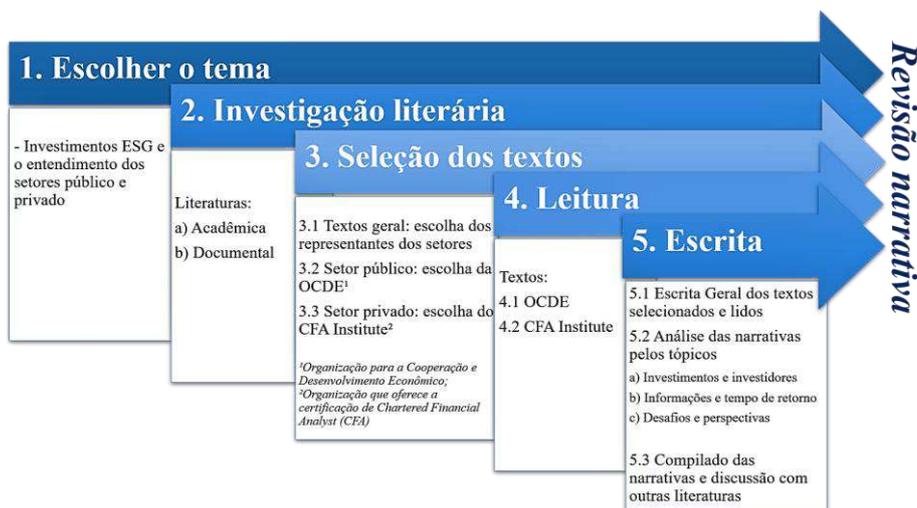
As revisões narrativas informam as fontes de informação e o critério de seleção de busca de forma mais ampla, de acordo com o autor da pesquisa. Elas são basicamente pesquisas e análises da literatura publicadas em livros, artigos de revista impressas ou digitais, baseadas na interpretação e análise crítica do autor (CORDEIRO et al, 2007; CRONIN; RYAN; COUGHLAN, 2008). Cordeiro et al. (2007) descrevem a revisão narrativa como um tipo de revisão de literatura que, sendo um procedimento com maior liberdade de coleta, não ordena um protocolo rígido - o que não significa que não há critério de coleta, mas sim que o autor tem a liberdade de escolha a fim de apresentar ao leitor inferências e sínteses narrativas sobre a temática estudada.

Cronin, Ryan e Coughlan (2008) classificam-na, igualmente, como a menos rigorosa e abrangente na coleta dos dados, e tem o foco em oferecer "sínteses" que permitam compilar distintas narrativas, fornecendo ao leitor um resultado mais compreensivo. Eles descrevem a revisão narrativa da literatura como:

(...)... tipo de revisão crítica e resume um corpo de literatura e gera conclusões sobre o tema em questão. O corpo da literatura é composto pelos estudos relevantes e conhecimentos que abordam a área temática. É tipicamente seletivo no material que utiliza, embora os critérios de selecionar fontes específicas para revisão nem sempre são aparentes ao leitor. Este tipo de revisão é útil para reunir um volume de literatura em uma área temática específica e resumindo e sintetizando. Seu objetivo principal é fornecer ao leitor uma base abrangente para entender o atual conhecimento e destacando a importância de novas pesquisas. (CRONIN; RYAN; COUGHLAN, 2008, p. 38, tradução livre).

Ainda por Cronin, Ryan e Coughlan (2008) as etapas para a revisão narrativa são: i) escolher o tema; ii) investigação literária; iii) seleção; iv) leitura; v) escrita; por último, vi) referências bibliográficas. No presente trabalho, as etapas são visualizadas no esquema a seguir (Figura 1).

Figura 1. Etapas da pesquisa nesse artigo, a partir de Cronin, Ryan e Coughlan (2008).



Fonte: elaboração própria.

Neste artigo, denomina-se de setor público aquele que configura a sociedade em organização não privada, representado pelas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tradução de Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Na OCDE, o Brasil é, desde 1994, um engajado. Em 2007 tornou-se um parceiro-chave, o que proporcionou ao país a possibilidade de participar dos diferentes órgãos da Organização, aderindo aos seus instrumentos legais, além de ser convidado, desde 1999, a fazer parte de todas as reuniões Ministeriais. Na data de 25 de janeiro de 2022, o Brasil iniciou as discussões para adesão à organização (A OCDE..., 2022). A escolha, a partir dos documentos, da OCDE a representar o setor institucional é justamente pela referência que essa organização detém perante os setores governamentais, alinhados prioritariamente às questões sociais, ambientais e de governança.

O outro setor é o da iniciativa privada, representado nesse trabalho principalmente pelos documentos provenientes do Chartered Financial Analyst Institute (CFA). O Instituto CFA é uma associação global de profissionais de investimento, criada posteriormente ao CFA, que se trata de reconhecida certificação. A CFA foi criada em 1963 com o intuito de elevar os padrões da gestão de investimentos, com reconhecimento e aumento da credibilidade de clientes e do mercado. A Certificação CFA se dá pela aprovação: o profissional alia conteúdos acadêmicos e mercadológicos, habilitando para a gestão de

investimentos e análise financeira (PINTO, 2020). A escolha para a representação do setor privado do mercado financeiro pela CFA é por seu destaque nesse órgão em relação a esse setor em nível nacional e mundial.

Discutindo essas questões, o presente artigo está estruturado em quatro partes principais, além das referências. Essa introdução, com a motivação da pesquisa, problema, objetivos, justificativa e metodologia. A segunda parte, referente à ESG, exibindo o histórico desse conceito, exemplos, critérios e uma breve conceituação sobre o greenwashing. Posteriormente, as narrativas dos setores público e privado sobre os investimentos ESG, assim como um compilado e discussão geral sobre os achados e à teoria econômica. Por último, são apresentadas as considerações finais acerca dos resultados obtidos e análises efetuadas.

## 2 AMBIENTAL, SOCIAL AND GOVERNMENT (ESG)

A sustentabilidade é um assunto debatido há décadas. Desenvolvimento sustentável<sup>5</sup> é uma designação abrangente, presente desde os anos 1960, e vem se estabelecendo em diferentes setores da economia como uma prática ambiental, social e econômica, seja na sociedade civil, governos e empresas (BONINI; GÖRNER, 2011; CLARK; FEINER; VIEHS, 2015; ALSHEHHI; NOBANEE; KHARE, 2018; PACTO GLOBAL; STILINGUE, 2021). Logo, a inclusão desse conceito em meios corporativos, e não diferente, no mercado financeiro é cada vez mais imperativo. Nesse contexto, e a seguir mais bem explicado, surge e situa-se o ESG. A presente seção discorre sobre o surgimento do conceito, caracterização e aspectos futuros dessa temática.

### 2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

O conceito de Investimento Socialmente Responsável (SRI) surgiu no início do século XX, correspondendo a investimentos éticos com foco em questões sociais, e tem sido gradualmente difundido por investidores que valorizam o retorno social, como explica Nakajima (2021). Nos anos 1990, com o avanço da globalização, a economia de mercado desencadeou a ascensão de grandes empresas multinacionais e o rápido crescimento dos

---

<sup>5</sup> "Desenvolvimento que é capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem também às suas". (Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, CMMAD, 1988, p. 9). O conceito popularizado de Desenvolvimento Sustentável foi delimitado pelo *Our common future*, manuscrito publicado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) de 1987; e, em 1988 publicado no Brasil com o título de *Nosso futuro comum*. (CMMAD, 1988 *apud* SCOTTO; CARVALHO; GUIMARÃES, 2010).

países emergentes. Em 1992, foi adotada a Agenda 21 durante a Cúpula da Terra, realizada pela ONU no Rio de Janeiro (ECO92), consistindo em um plano de ação que países e organizações internacionais relevantes executam para alcançar o desenvolvimento sustentável no século XXI.

Em 1994, foi proposto pela autoridade mundial em responsabilidade corporativa e desenvolvimento sustentável, John Brett Elkington, um “triple bottom line” que avaliava o desempenho das corporações nos eixos econômico, ambiental e social (RAJÃO, 2021). Ainda na década de 1990, o conceito de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) se generalizou mundialmente. Campanhas de boicote foram realizadas para levar as empresas globais a corrigir problemas sociais – tais como: trabalhos infantil e forçado, assédio sexual, dentre outros que ocorriam em fábricas subcontratadas no exterior. Como resultado, muitos investidores passaram a considerar a avaliação não-financeira de RSC de uma corporação (NAKAJIMA, 2021).

O ESG surgiu desses contextos, representado por eventos interdisciplinares como, por exemplo, a ECO92, a Agenda 2030<sup>6</sup>, além da mais atual COP26. A demanda da sociedade por empresas com mais sustentabilidade não difere da pressão por um mercado de capitais que engloba eixos de sustentabilidade, diminuição de desigualdades sociais, questões de gêneros, acessibilidade e afins. A denominação Environmental, Social and Governance (ESG) é portanto, descrita desse modo, em 2004, a partir de uma provocação do secretário-geral da ONU, Kofi Annan, à 50 CEOs de grandes instituições financeiras, integrando questões ambientais, sociais e de governança – constituído por demandas sociais, culturais e, conseqüentemente, econômicas muito anteriores aos anos 2000, no entanto consolidadas mais atualmente (PACTO GLOBAL; STILINGUE, 2021). A Figura 2 mostra alguns exemplos gerais ligados às dimensões de ESG.

---

<sup>6</sup> Agenda 2030 é um plano de ação global, firmado no ano de 2015 pelos 193 Estado-membros da ONU, tendo como compromisso as medidas contidas na publicação “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” no período de 15 anos, ou seja, entre 2016-2030, composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas, integrando a tríade – desenvolvimento sustentável – social, ambiental e econômica – direcionados aos governos, sociedade civil e setores privados (ODS, 2021).

Figura 2. Dimensões de *Environmental, Social and Governance*, com exemplos



Fonte: elaboração própria a partir de Bassen e Kovács (2008); Clark, Feiner e Viehs (2018); Matos (2020) e Ulrich (2016) todos citados por Bezerra (2021).

O ESG representa em uma empresa sua sustentabilidade, embora não reflita diretamente em suas informações financeiras. Em investimentos tradicionais são utilizados como critérios de investimentos indicadores baseados em informações financeiras como relação preço-valor contábil, relação preço-lucro, retorno sobre o patrimônio líquido e fluxo de caixa futuro esperado. Por sua vez, em investimentos ESG as informações sobre a atuação da empresa em aspectos ambientais, sociais e de governança não são demonstradas por essas informações financeiras tradicionais, muitas vezes estão em outras bases de dados dispostos por essa empresa e que devem ser considerados para a tomada de decisão (NAKAJIMA, 2021).

Ainda conforme Nakajima (2021), a filosofia ESG de uma empresa é essencial para seu crescimento a longo prazo; portanto, muitas empresas divulgam proativamente informações sobre suas várias abordagens de questões ESG por meio de seus relatórios anuais, relatórios integrados, relatórios de responsabilidade social corporativa, relatórios ambientais, relatórios de sustentabilidade e seus sites. A Figura 3 resume os pontos centrais referentes da tríade (meio ambiente, social e governança) preceituada pelo ESG e alguns exemplos aplicados em ambiente corporativo.

Figura 3. Referências e exemplos gerais de *Environmental, Social and Governance* (ESG)



Fonte: elaboração própria a partir de Rajão (2021) e Nakajima (2021).

### 2.1.1 INVESTIMENTOS ESG

Como se espera que o investimento ESG desempenhe um papel social, ele pode ser definido como um investimento socialmente responsável (SRI). Em outras palavras, o investimento ESG visa tanto retorno financeiro quanto social. Esse retorno social é um diferencial decisivo em relação aos investimentos tradicionais. No entanto, o objetivo principal do SRI dos investidores não era obter retorno financeiro, mas sim contribuir para a redução dos custos externos e o aumento dos lucros externos, motivados pela ética religiosa e pelos movimentos sociais. Em outras palavras, pode ser considerado como um movimento social dos acionistas (NAKAJIMA, 2021).

Os Princípios para o Investimento Responsável (PRI) criados em 2006 foram disseminados na Bolsa de Valores de Nova York (NYSE), com base na noção de que o desempenho das carteiras de investimento pode ser afetado por questões ESG. Esses princípios desde então colaboraram para que o investimento ESG se tornasse foco de atenção em termos de retorno financeiro, e os investidores institucionais vêm ampliando sua participação nos investimentos ESG. Nesse aspecto, o investimento ESG é distintamente diferente do SRI anterior, cujo objetivo principal é o movimento social. O PRI continuou a

crescer de forma consistente desde sua criação em 2006. De 30 de março de 2006 a 30 de março de 2020, o número de signatários aumentou de 63 para 3.038, e os ativos sob gestão aumentaram de 6,5 trilhões de dólares para 103,4 trilhões de dólares (NAKAJIMA, 2021, p. 4). O PRI consiste em seis passos:

1. Incorporaremos questões ESG na análise de investimentos e nos processos de tomada de decisão.
2. Seremos proprietários ativos e incorporaremos questões ESG em nossas políticas e práticas de propriedade.
3. Buscaremos a divulgação apropriada sobre questões ESG pelas entidades em que investimos.
4. Promoveremos a aceitação e implementação dos Princípios no setor de investimentos.
5. Trabalharemos juntos para aumentar nossa eficácia na implementação dos Princípios.
6. Cada um de nós relatará nossas atividades e progresso na implementação dos Princípios (NAKAJIMA, 2021, p. 28).

Os investimentos ESG têm crescido em todo o mundo. Nakajima (2021) cita que na Austrália e na Nova Zelândia o crescimento tem sido constante, ainda que investimentos ESG não tenham crescido na mesma proporção dos demais tipos de investimento. A proporção do investimento ESG em relação ao investimento total nesta região ultrapassou 60% em 2018. A participação global foi de 2,4%, o que não foi grande (p. 4).

O entendimento e a aplicabilidade de critérios ESG pelas empresas brasileiras é, cada vez mais, uma realidade. Atuar de acordo com padrões ESG amplia a competitividade do setor empresarial, seja no mercado interno ou no exterior. No mundo atual, no qual as empresas são acompanhadas de perto pelos seus diversos stakeholders, ESG é a indicação de solidez, custos mais baixos, melhor reputação e maior resiliência em meio às incertezas e vulnerabilidades (PACTO GLOBAL; STILINGUE, 2021).

Um assunto que é apontado ao se falar sobre o ESG é o Greenwashing, que significa em uma tradução livre “lavagem verde”. Em outras palavras, corresponde a práticas que camuflam práticas socioambientais nocivas, reconhecidas por práticas falaciosas, ou ainda as corporações que mascaram uma realidade promovendo uma empresa nos moldes ESG apenas ficticiamente. Por exemplo, empresas que afirmam respeitar seu trabalhador, mas na realidade não respeitam os Direitos trabalhistas (questões sociais); que compram de fornecedores sem boas práticas naturais (questões ambientais) ou ainda empresas envolvidas em corrupção (questões de governança). Outros termos também surgem como sinônimos como o whitewashing (“lavagem branca”), essa empregada no mercado de capitais, traduzindo-se por: branqueamento de capitais ou lavagem.

O Greenwashing pode ocorrer em organizações públicas ou privadas quando tais mentem sobre sua política ambiental, em função da promoção de seu produto ou serviço na

intenção do lucro ou de “aparência” à sociedade. Portanto é uma prática que deve ser combatida, e a principal ferramenta é a transparência nas informações (PAVIANI, 2019; GOMIERO, 2021).

### 3 NARRATIVAS DOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

Para identificar as semelhanças e diferenças das abordagens do setor público e do setor privado sobre esses investimentos, escolheu-se analisar as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e os documentos do Instituto CFA (Chartered Financial Analyst Institute), como explicado na introdução.

#### 3.1 INVESTIMENTOS E INVESTIDORES

As perspectivas entre o setor público e privado são apresentadas a seguir. Primeiramente o setor público, por meio de Boffo e Patalano (2020) autores do ESG Investing: Practices, Progress and Challenges OCDE, os quais explicam que os investimentos ESG são aqueles que buscam incorporar fatores ambientais, sociais e de governança na alocação de ativos e decisões de risco, de modo a gerar retornos financeiros sustentáveis e de longo prazo. Esses autores enfatizam que os investimentos ESG evoluíram bastante nos últimos anos, justamente por uma alta na demanda por parte dos investidores.

Boffo e Patalano (2020) relatam que ao longo dos últimos anos uma atenção considerável tem sido dada aos critérios ESG e investimentos, devido em parte a pelo menos três fatores: i) estudos recentes da indústria e acadêmicos sugerem que investimento ESG pode ajudar a melhorar a gestão de risco e levar a retornos que não são inferiores aos retornos dos investimentos financeiros tradicionais; ii) crescente atenção da sociedade para os riscos das mudanças climáticas e aos benefícios de padrões socioambientais globalmente aceitos, a necessidade de diversidade e inclusão no local de trabalho e nos conselhos; e iii) impulso crescente para corporações e instituições financeiras se afastarem de perspectivas de curto prazo de riscos e retornos buscando sustentabilidade de longo prazo no desempenho do investimento.

Não diferente, o setor privado ressalta, assim como o setor público, que investir em ESG não é um fenômeno novo. Hayat e Orsah (2015), em publicação da CFA, apontam a ascensão dos investimentos ESG e o aumento do interesse dos investidores a essa temática no setor privado. As questões ambientais, sociais e de governança tornam-se cada vez mais relevantes na percepção do público sobre investimentos. Os investidores há muito consideram

ESG na análise fundamental de investimentos (avaliação do risco de reputação, desenvolvimentos regulatórios ou megatendências como o envelhecimento da população).

Seja na narrativa do setor público como privado, a atração crescente de investidores a investimentos ESG inclui o interesse do setor público, dentre esses os bancos centrais, expressando apoio a economias “mais verdes” e de baixo carbono. Numerosos bancos centrais em economias de mercado avançadas e emergentes se comprometeram a integrar ESG às práticas de avaliação e investimento em algumas de suas responsabilidades, como gestão de reservas e práticas de supervisão, incluindo testes de estresse.

### 3.2 INFORMAÇÕES E TEMPO DE RETORNO

O setor público, a respeito da necessidade da transparência nas informações de ESG, aponta a ausência de indicadores confiáveis e transparentes a respeito desses ativos, que demonstrem aos investidores as questões sobre meio ambiente, aspectos sociais e governança. Esse setor destaca que a divulgação ESG está ganhando aceitação, ainda que na ausência de mensurações mais óbvias, pois tornam-se uma ferramenta útil para que as empresas comuniquem suas práticas socialmente responsáveis para investidores que buscam avaliar o potencial de retornos sociais de forma consistente em todas as empresas e ao longo do tempo. O investimento ESG se comporta como uma abordagem de investimento que busca incorporar maiores e mais consistentes informações sobre desenvolvimentos ambientais, sociais e de governança relevantes, riscos e oportunidades, nas decisões de alocação de ativos e gestão de riscos, de modo a gerar retornos financeiros de longo prazo.

Outro foco importante nesse setor é o longo prazo para os retornos. Boffo e Patalano (2020) enfatizam entre os fatores de longo prazo que os investimentos ESG visam uma melhor gestão de risco com melhores retornos da carteira, e refletem os valores do investidor e beneficiário em uma estratégia de investimento, com investimentos mais éticos ou de impacto, em que os retornos financeiros não são o foco principal do objetivo dos investidores.

Por outro lado, o setor privado alerta que as questões ESG não se encaixam bem no investimento de curto prazo. Hayat e Orsagh (2015) elencam as razões e práticas estruturais que causam o curto prazo nos mercados financeiros, principalmente incentivos financeiros e culturais. As questões ESG não se encaixam bem no curto prazo porque tendem a afetar o desempenho financeiro em períodos mais longos. Por exemplo, é mais provável que a má governança de uma grande empresa afete a empresa a longo prazo do que no próximo trimestre. Também por essa razão algumas análises ESG também são incorporadas a

estruturas analíticas tradicionais, como as Cinco Forças de Porter<sup>7</sup>. Análises modernas de ESG referem-se a uma consideração sistemática mais profunda, além da análise fundamentalista tradicional e as questões ESG permanecem relevantes durante todo o processo de investimento - desde a análise inicial até a compra.

O setor privado também enfatiza a necessidade da transparência nas informações de ESG. A ausência de informações é apontada como fator crítico no desempenho financeiro dos investimentos e a capacidade do investidor em identificar os direcionadores de risco e retorno esperados dos investimentos.

Até que ponto a abordagem ESG incorpora informações financeiras relevantes para o futuro nas expectativas de retornos e riscos, e até que ponto pode ajudar a gerar retornos superiores de longo prazo, ainda são dados escassos. Ou seja, há ausência de informações ou ainda mensurações não transparentes. Assim como questões difíceis de mensurar em termos monetários e que não fazem parte das métricas financeiras tradicionais também afetam o risco e o retorno dos investimentos – às vezes, de forma decisiva (CFA INSTITUTE..., 2021).

O incentivo a investimentos ESG provém de diversas justificativas. No eixo ambiental, riscos proporcionados por mudanças climáticas significam que as fontes de energia intensivas em carbono enfrentam (devem enfrentar) mais regulamentação e tributação. As futuras regulamentações sobre mudanças climáticas provavelmente afetarão muitos setores, incluindo aqueles fora das indústrias intensivas em carbono – mais proeminentemente, seguros. Quanto a aspectos sociais, notícias de um histórico de saúde e segurança ruim ou práticas trabalhistas opressivas podem prejudicar a reputação de uma empresa e, portanto, sua lucratividade. Da mesma forma, tendências sociais, como uma crescente preocupação com a obesidade, provavelmente afetarão as perspectivas de longo prazo de setores como o de alimentos. A governança tende a permanecer relevante, historicamente, entre as questões ESG. A governança corporativa tem sido a mais abordada nos currículos de negócios e finanças e na pesquisa e análise de investimentos.

Hayat e Orsah (2015), ao entrevistarem investidores, salientam que as questões de governança surgem como a principal preocupação. Seguida pelos aspectos sociais (por exemplo, capital humano) e ambientais (por exemplo, degradação ambiental), estas questões aparecem entre os pontos de avaliação dentre os entrevistados na escolha de investimentos.

---

<sup>7</sup> Análise proposta em 1979 por Michael Porter em “Como as forças competitivas moldam a estratégia”, nesse modelo é considerado que há uma força central e outras quatro, que impactam a central de formas diferentes: 1. Como é a rivalidade entre os concorrentes? 2. Quais são os produtos e serviços substitutos? 3. Qual é o poder de barganha dos fornecedores? 4. Como evitar/atrapalhar a entrada de novos concorrentes? 5. Qual é o poder de barganha dos clientes? (NAKAGAWA, 2020).

Boffo e Patalano (2020), ao observar o setor público, apontam que investidores do setor público como os do varejo representam um perfil que tem o propósito de incorporar melhor os riscos e as oportunidades financeiras de longo prazo em seus processos de tomada de decisão de investimento para gerar valor a longo prazo. Há uma demanda crescente por esses tipos de investidores para melhorar o alinhamento de seus portfólios com valores sociais, como relacionados à desaceleração das mudanças climáticas, melhorando práticas socialmente justas e garantindo altos padrões de governança corporativa.

Alguns investidores, destacam Boffo e Patalano (2020), procuram aumentar a sustentabilidade dos retornos de longo prazo e outros podem querer incorporar mais alinhamento formalizado com os valores sociais. Em ambos os casos há evidências crescentes de que a sustentabilidade de finanças deve incorporar fatores externos mais amplos para maximizar retornos e lucros a longo prazo, enquanto reduz a propensão a controvérsias que corroem a confiança das partes interessadas. Hayat e Orsah (2015) explicam que há dois tipos gerais de investidores, conforme sua avaliação: investidores motivados pelo valor e investidores motivados por questões ESG. De todo modo, a prática de considerar questões ESG ao investir evoluiu significativamente.

### 3.3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS

A questão da informação, explicada no tópico anterior, é um dos principais desafios para aumentar a atratividade dos investimentos ESG. As classificações ESG possuem ampla variação de um provedor ESG para outro. Há diferentes metodologias utilizadas, implicando que, se os investidores estiverem usando e confiando em diferentes provedores de serviços, as entradas de pontuação que moldam a seleção e a ponderação dos títulos podem ser orientadas pela escolha do provedor de classificação. Embora os mercados financeiros estejam se mostrando ágeis em responder à demanda dos investidores de forma transparente e orientada para o cliente, ainda há grande avanço a ser realizado.

Boffo e Patalano (2020) reconhecem como desafios ao avanço no investimento sustentável pontos relacionados a: (i) garantir relevância e consistência nas estruturas de relatórios para divulgação de ESG; (ii) opacidade dos elementos subjetivos da pontuação ESG; (iii) melhorar o alinhamento com a materialidade e o desempenho; (iv) superação do viés de mercado; (v) transparência do alinhamento dos produtos ESG com os objetivos de finanças sustentáveis dos investidores relacionados ao retorno financeiro e social; e, (vi) engajamento público e regulatório.

Ainda pelo setor público, Boffo e Patalano (2020) identificam a concentração de ativos associada à inclinação de carteiras para emissores ESG de alta pontuação, o que pode afetar a volatilidade, os retornos ajustados ao risco e risco de saque. Os resultados são consistentes com a teoria do portfólio, porém a análise do risco de rebaixamento máximo mostrou que as carteiras ESG têm um risco de rebaixamento menor quando comparadas às carteiras não ESG. Iniciativas regulatórias relacionadas a finanças sustentáveis, e ESG em particular, abrangem tópicos como taxonomia e divulgação sobre emissores, produtos de fundos ESG e agências de classificação e benchmarks.

O setor privado aponta que há desafios importantes a enfrentar para a prática em investir em ESG. Um desafio óbvio e estrutural, que não é exclusivo das considerações ESG, é o curto prazo nos mercados financeiros (HAYAT; ORSAGH, 2015). Ainda, o setor privado pontua o papel dos diversos bancos centrais em economias de mercado avançadas e emergentes que se comprometeram a integrar ESG. À luz da crescente demanda, o setor financeiro está criando mais produtos e serviços relacionados a classificações, índices e fundos ESG. Multiplicaram-se as empresas que se autodenominam provedores de classificação ESG. Assim como o número de índices ESG, fundos de ações e renda fixa estão agora na casa das muitas centenas e continuam a se expandir (HAYAT; ORSAH, 2015; BOFFO; PATALANO; 2020). Novamente há um consenso nesse pensamento entre o público e o privado.

Boffo e Patalano (2020) advertem a dificuldade em informar os investidores por meio de métricas consistentes que se alinham com a materialidade financeira, de modo a permitir que os participantes do mercado façam investimentos e decisões de acordo com seus objetivos de investimento e tolerância ao risco. Os autores evidenciam que são necessários mais esforços para fortalecer as práticas ESG para que sejam consistentes e comparáveis no nível global, envolvendo formuladores de políticas, o setor financeiro, investidores finais e outras partes interessadas que estão ajudando a moldar as práticas ESG. Para garantir mais progressos em ESG, melhorar a confiança dos investidores no instrumento e reduzir o risco de fragmentação do mercado, há espaço para a OCDE facilitar a conscientização e discussão de desafios e soluções relacionados ao investimento ESG, incluindo a necessidade de orientação sobre melhorar a consistência e transparência, alinhamento com a materialidade, frameworks e boas práticas de benchmark e relatórios de fundos.

Pelo setor privado, os investidores só consideram as questões ESG em suas decisões de investimento quando há dados relevantes e oportunos para fazê-lo. Novamente o acesso à informação é pontuado, seja no setor privado como no público. Atualmente, a divulgação

corporativa obrigatória fornece informações limitadas sobre riscos e oportunidades relacionados à ESG. A divulgação relacionada a ESG pode ser divulgada em um momento diferente das demonstrações financeiras regulares, dificultando a integração. O desafio com a divulgação voluntária é que as empresas podem divulgar e exagerar apenas o que reflete positivamente sobre elas e minimizar ou não divulgar o que não reflete - comportamento que pode limitar a análise ESG e tendenciar a divulgação favorável do desempenho (HAYAT; ORSAGH, 2015).

### 3.3 COMPILADO E DISCUSSÃO

A respeito de Investimentos e investidores, primeiro tópico da análise narrativa, as semelhanças foram constantes, se assemelham a respeito do crescimento na demanda por esses investimentos e no interesse de investidores. Ambos enfatizam a importância socioambiental e econômica desse tipo de investimento.

Dessa forma, embora os documentos analisados não façam referência direta ao tema direito ao desenvolvimento, não resta dúvida que a agenda ESG contribui para a sua efetivação.

No entanto, a visão do setor privado é mais realista quando ressalta a presença de um grupo de investidores que não possuem esse interesse em cardápio de ativos ESG, ou menos, não detém os incentivos que acham pertinentes para investir - como a mensuração de riscos, estimativas com mais confiabilidade de taxas de retorno, para que possam investir nessa temática. Na visão do setor privado é salientada a análise crítica dos investidores, incluindo uma avaliação do risco de reputação, desenvolvimentos regulatórios ou megatendências como o envelhecimento da população.

Um ponto de destaque que o setor privado levanta é o alto risco nos investimentos ESG, independentemente do caminho real das mudanças climáticas, as decisões feitas por empresas e intermediários financeiros indicam que a transição climática e os riscos físicos afetarão cada vez mais o setor financeiro e garantirá a inclusão na avaliação da estabilidade financeira, o que pode acarretar em pontos negativos e afugentar investidores.

O crescente interesse dos investidores em fatores ESG, pelo setor público, reflete a visão de que questões ambientais, sociais e de governança corporativa – incluindo riscos e oportunidades – podem afetar o desempenho de longo prazo das empresas e, portanto, devem ser devidamente consideradas nas decisões de investimento. Os investimentos ESG têm atraído além de investidores privados também os de interesse público, como os bancos

centrais. Esses últimos expressaram apoio a maneiras de ajudar na transição de sistemas financeiros para economias “mais verdes” e de baixo carbono. Ou seja, atraí os investidores que buscam se posicionar por uma transição para uma economia de baixo carbono e podem investir em fundos de transição verde e renováveis.

Em informações e tempo de retorno os setores se assemelham quanto à importância da disponibilidade e transparência das informações. Muitos ativos além da autodenominação ESG não apresentam dados claros e acessíveis a respeito das premissas ambientais, sociais e de governança. O setor público salienta a necessidade de dados disponíveis, mas abranda a consequência da ausência de indicadores. Enquanto o setor privado apresenta com mais veemência a consequência da ausência de informações efetivas aos investidores, inclusive alertando que as características das questões ESG não se encaixam bem no investimento de curto prazo, ou seja, possuem alto risco e/ou ausência de estimativas de retorno menos confiáveis.

A consequência pela falta de informação se agrava ao desmotivar o investidor, principalmente pela ótica do investidor privado. Pois, o setor privado prioriza investimentos com maiores retornos financeiros em curto prazo, enquanto o setor público prioriza os de longo prazo. O risco dos investimentos ESG é determinante para o investidor, principalmente o privado. Exemplos ainda decorrentes de ausência de informações: empresas que são descobertas por práticas de greenwashing resultam em desvalorizações enormes quando ofertantes de investimentos ESG.

Sob este prisma, são considerados como princípios de governança corporativa a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa. Sem adentrar neste momento na conceituação de cada um dos princípios, pois será abordado no capítulo referente à responsabilidade dos administradores, é perceptível a colisão entre governança corporativa e greenwashing, pois não há como relacionar o ASG simbólico para com os instrumentos esperados de uma gestão profissional e séria (GOMIERO, 2021).

Parte dos investidores buscam maiores retornos, o que não pode ser abdicado devido à crescente demanda por investimentos responsáveis, principalmente entre os investidores mais jovens. Bonini e Görner (2011) apontam, sob a ótica do privado, que é crescente a consideração dos investidores no desempenho de uma empresa sobre os fatores ESG.

Riscos materiais não apenas para a reputação de uma empresa, mas também para o resultado final vêm de muitas direções, muitas vezes imprevisíveis, em uma era de recursos limitados e requisitos regulatórios mais rígidos, bem como demanda crescente por produtos e

serviços sustentáveis, boa governança corporativa e responsabilidade social (BONINI; GÖRNER, 2011).

Um estudo com 132 artigos de periódicos com as melhores avaliações sugere que 78% das publicações analisadas indicam relação positiva entre sustentabilidade corporativa e desempenho financeiro (ALSHEHHI, NOBANE; KHARE, 2018). Os preceitos de ESG são usados por esses agentes para as tomadas de decisão. Taliento, Favino e Netti (2019) explicam que por essa demanda em ativos mais responsáveis as empresas passaram a adotar estratégias orientadas para maximizar o valor social. Esses autores também evidenciam que as empresas que gerenciam ativamente a sustentabilidade ESG colhem os benefícios da sustentabilidade.

O último tópico desafios e perspectivas levantou a necessidade de maior adequação desses investimentos aos perfis de investidores, assim como a promulgação entre os investidores presentes dos reais ganhos com os investimentos ESG, além dos retornos éticos, mas inclusive retornos financeiros superiores aos investimentos tradicionais. A transição de uma economia mais sustentável é um ponto de vista cada vez mais imperativo em todo o mundo, e os investidores não ficaram aquém desse processo.

Bonini e Görner (2011) salientam que no meio empresarial, ainda que com o discurso da sustentabilidade frequente, grande parte das empresas ainda adota uma abordagem superficial, desconectada e reativa. Ferramentas para a detecção de greenwashing são indispensáveis, evitar ações inescrupulosas que possam enganar os investidores com intuítos ESG.

A prática de investimentos ESG estará cada vez mais atrelada à concepção de sustentabilidade atribuída a Sachs (2008), o qual balizou o desenvolvimento sustentável entrelaçando-o às dimensões econômica, social e política. Sustentabilidade, portanto, é uma concepção em que os recursos naturais podem ser aproveitados desde que seu uso não seja inviabilizado no futuro. Em conjunto, aspectos econômicos e sociais são indissociáveis (BEGOT, 2018). No mercado financeiro, as formas de investimento, os tipos de carteiras e ativos têm se diversificado bastante com a incorporação de investimentos ESG (BONINI; GÖRNER, 2011; ALSAYEGH; RAHMAN; HOMAYOUN, 2020).

O impulsionamento de sustentabilidade e a inserção dessa temática em meios corporativos foi ocasionado por uma demanda socioambiental crescente ao longo do tempo. A consolidação da sustentabilidade como paradigma é base propulsora para o surgimento do ESG como conceito. Ainda que em alguns momentos o ESG ainda seja tido como “conceitual”, a expectativa futura é de ativos com preceitos de sustentabilidade, sociais e

governança mais efetivos. É perceptível que a adaptação empresarial à sustentabilidade é almejada em busca de menores riscos (ELKINGTON, 2012; ALSHEHHI; NOBANEE; KHARE, 2018).

A iniciativa privada reconhece a importância da inclusão de ESG, seja de maneira voluntária ou impositiva socialmente. No mercado de capitais - dentre alguns investidores - as menores taxas de retorno e/ou maior risco em fundos de capital ESG são vistas, por vezes, como empecilhos a investimentos nesse setor, o que causa um contrassenso entre o público e o privado (HAYAT; ORSAGH, 2015; ALSAYEGH; RAHMAN; HOMAYOUN, 2020).

O Quadro 1 mostra a compilação das narrativas entre o setor público e o setor privado e a inclusão de semelhanças e diferenças, além de outros pontos de análise, tais como o agente e o principal.

Quadro 1. *Compilado das narrativas sobre investimentos Environmental, Social and Governance entre os setores público e privado.*

Tópicos	Setores	
	Público	Privado
<b>Investimentos e investidores</b>	Investimentos com foco principal na responsabilidade socioambiental	Investimentos com foco principal no lucro
	Investidores que buscam retornos menores e ativos mais ESG	Investidores que buscam retornos maiores
<b>Informações e tempo de retorno</b>	Preocupação com a transparências nas informações	
	Enfoque no médio e longo prazo	Enfoque no curto e médio prazo
<b>Desafios e perspectivas</b>	Aumento da atratividade de investidores Incentivar e pressionar empresas por transparência nas informações	
	Crescimento de ativos com características ESG em fundo de caráter público	Crescimento de ativos com características ESG em fundo de caráter privado
<b>Principal</b>	Famílias, empresas, instituições	
<b>Agente</b>	Gestor público (políticos, governos, instituições de interesse público etc.)	Gestor privado (Bancos, Fundos, investidores a varejo etc.)

Fonte: elaboração própria.

A análise das narrativas trouxe à tona o papel essencial da informação e da relação entre investidor (principal) e aquele que faz o investimento (agente), seja pela perspectiva do setor público como pelo setor privado. Entendendo-se que o principal é a parte que contrata o agente, no presente estudo o principal são as empresas, famílias e/ou quaisquer indivíduos e instituições que contratam as instituições financeiras não bancárias que então comprarão os ativos. O problema do Agente principal é um dos problemas econômicos clássicos mais estudados, assim como a assimetria de informação tem sido amplamente discutida, conforme explicam Chen, Li e Scultze (2022) em estudo sobre seguros.

Segundo Pindyck e Rubinfeld (2002) e Varian (2016) explicam que essa assimetria de informação ou também denominada de informação assimétrica seja a razão de muitos arranjos institucionais em mercados ineficientes. A assimetria de informações é decorrente da

disponibilidade de informações de maneira diferente entre os participantes de um mercado. Por essas observações, verifica-se no mercado financeiro de investimentos ESG, um exemplo de um mercado com problema do agente-principal e a assimetria de informações.

Conforme observado, no mercado com informações assimétricas apenas parte dos participantes detém todas as informações, o que ocorre em muitas situações no mercado de ativos ESG. Nesse caso, o agente é detentor de todas as informações, o que pode corresponder a ocultar verdades a respeito de um investimento ESG, em alguns de seus eixos: ambiental, social e de governança.

Algumas consequências servem como exemplos desse mercado ineficiente, tais como: menores demandas por ativos ESG do que seriam previstas em um mercado onde todos possuem todas as informações (mercado eficiente); ou ainda, o aumento da demanda em falsos investimentos ESG. Quando a informação é incompleta (assimétrica), os indivíduos tomam suas decisões baseados em premissas pessoais, ou seja, o investidor mais conservador buscará adquirir ativos mais tradicionais, enquanto o investidor mais ligado à concepção ESG comprará ativos ESG por assim acreditar nesses ativos.

Outras situações que decorrem desse mercado com informações assimétricas e o problema do agente-principal com suas falhas de mercado são o risco moral, situações de seleção adversa. Varian (2016, p. 746) descreve risco moral, perigo moral ou ação oculta como “situações em que um lado do mercado não pode observar as ações do outro”; enquanto descreve seleção adversa ou informação oculta como a “situação em que um lado do mercado não pode observar o “tipo” ou a qualidade dos bens no outro lado do mercado” (p. 746).

Um aumento de demanda por ocultação da informação verdadeira do agente ao principal, nesse caso um exemplo de risco moral. O risco é moral, com base no conhecimento do agente ativo ESG, pode então ocorrer quando o agente fica tentado a aplicar em ativos que não obedeçam aos preceitos ESG ou ainda que assim se nomeie (greenwashing).

No caso onde os agentes adquirem investimentos ESG por acreditarem em indicadores e esses não mensurarem a realidade tem-se um exemplo de seleção adversa, onde o agente foi levado a selecionar um ativo por não possuir as informações em sua plenitude. Seja no setor público ou setor privado, a informação mostrou-se primordial. A empresa ofertante de ESG, personificando o principal, detém maiores informações sobre o ativo, enquanto o investidor (principal) não detém essas informações, recorrendo a indicadores de sustentabilidade que não possuem a transparência desejada para que a confiança e estimativas de retorno sejam conhecidas pelos investidores. A assimetria de informações dos investimentos ESG explica o porquê de alguns possuírem maior atratividade que outros de mesmas características.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investimentos ESG é uma temática atual e proeminente, estimulada por mudanças na demanda em todo o ecossistema financeiro, tanto pela busca de um melhor valor financeiro de longo prazo quanto pela busca de melhor alinhamento com os valores ESG. A pesquisa mostrou que essa é uma perspectiva observada tanto pelas referências gerais lidas para o estudo, quanto nos documentos analisados dos setores público e privado. Assim, ainda que os documentos analisados não se referiram diretamente ao direito ao desenvolvimento, a agenda ESG contribui para a sua efetivação.

As respostas ao questionamento central desse artigo: “quais as semelhanças e diferenças entre as narrativas sobre os investimentos ESG nos setores público e privado?” refletiram que, ao menos conceitualmente, os dois setores apresentaram mais semelhanças que diferenças. A narrativa de Investimentos e investidores, primeiro tópico da análise narrativa, mostrou as semelhanças conceituais sobre investimentos ESG: ambos os setores compreendem e respeitam a importância socioambiental e econômica desse tipo de investimento. Como divergência, foi percebido um perfil mais realista do setor privado. Os investidores privados requerem retornos altos, fato que afugenta alguns desses, pois muitos dos investimentos ESG ainda não apresentam os incentivos requeridos desse grupo de investidores - embora seja destacado o crescimento do número de investidores no cardápio de ativos ESG, considerando as características socioambientais como protagonistas.

No segundo tópico analisado, Informações e tempo de retorno, também foram recorrentes as intersecções nos entendimentos dos setores público e privado a respeito da disponibilidade e transparência das informações sobre o portfólio de investimentos ESG, assim como ambos consideram com veemência o avanço da temática ESG e a analisada narrativa entre os setores público e privado corrobora a mudança no mercado de capitais. Divergências principais foram quanto a prioridade em curto ou longo prazo. Isto é, observou-se que o setor privado prioriza as ações de curto e médio prazo, enquanto o setor público busca o convencimento dos agentes em investir com perspectivas a médio e longo prazo.

Em Desafios e perspectivas ambos os setores também reiteram o papel da informação, a necessidade de ferramentas e promoção desses investimentos a fim de aumentar o incentivo a esse tipo de ativo. Não se trata de divergências em si, apenas que o setor privado visa atrair o investidor privado, enquanto o setor público enfatiza a importância da atração de investidores públicos mais aplicados aos investimentos ESG.

Conclusivamente, ainda que falte uma maior ação ou medidas mais efetivas que ultrapassem o simples discurso, é indiscutível que as práticas ESG são indispensáveis aos diferentes setores da economia na sociedade, podendo contribuir para a efetivação do direito ao desenvolvimento. No mercado financeiro, embora ainda sejam de destaque economias de alta renda, investimentos mais sustentáveis, ambiental e socialmente, têm crescido expressivamente. Logo, os investimentos com foco na sustentabilidade não são e não serão coadjuvantes no mercado financeiro, seja na seara pública ou na privada. Infere-se, de forma otimista, que com a evolução das regras e estabelecimento de ativos ESG no mercado financeiro, haja uma diminuição na ineficiência de mercado de capitais ESG, e a consequente diminuição de práticas de greenwashing ou os fenômenos econômicos como o risco moral e/ou seleção adversa.

## REFERÊNCIAS

A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. **OCDE**, 2022. Disponível em: [oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/](https://oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/). Acesso em: 28 jan. 2022.

ABRAMOVAY, Ricardo; FERREIRA, Joice; COSTA, Francisco de A.; EHRLICH, Marco; EULERE, Ana M. C.; YOUNG, Carlos E. F.; KAIMOWITZG, David; MOUTINHO, Paulo; NOBRE, Ismael; ROGEZC, Herve; ROXO, Eduardo; SCHORK, Tatiana; VILLANOVA, Luciana. The new bioeconomy in the Amazon: Opportunities and challenges for a healthy standing forest and flowing rivers. In: **The Amazon we want In Brief**. Science Panel for the Amazon Chapter 30, 2021. Disponível em: [theamazonwewant.org/wp-content/uploads/2021/08/Chapter-30-in-Brief-The-new-bioeconomy-in-the-Amazon-Opportunities-and-challenges-for-a-healthy-standing-forest-and-flowing-rivers-Final.pdf](https://theamazonwewant.org/wp-content/uploads/2021/08/Chapter-30-in-Brief-The-new-bioeconomy-in-the-Amazon-Opportunities-and-challenges-for-a-healthy-standing-forest-and-flowing-rivers-Final.pdf). Acesso em: 12 nov. 2021.

ALSAYEGH, Maha Faisal; RAHMAN, Rashidah Abdul; HOMAYOUN, Saeid. Corporate Economic, Environmental, and Social Sustainability Performance Transformation through ESG Disclosure. **Sustainability**, v. 12, n. 3910, 2020. <http://dx.doi.org/10.3390/su12093910>. Acesso em: 15 nov. 2021.

ALSHEHHI, A.; NOBANEE, H.; KHARE, N. The Impact of Sustainability Practices on Corporate Financial Performance: Literature Trends and Future Research Potential. **Sustainability**, v. 10, n. 2, p. 494, 13 fev. 2018.

BANERJEE, Abhijit V.; DUFLO, Esther. **Boa economia para tempos difíceis**. Trad.: Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Zahar, 2020.

BEGOT, Ligia H. **Valoração e sustentabilidade da pesca artesanal de Curuçá e Colares, estado do Pará**: uma análise das externalidades de um projeto portuário na percepção dos pescadores. Orientador: Antônio Cordeiro de Santana. 2018. 187 f. Tese (Doutorado em

Desenvolvimento Socioambiental) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

BERTÃO, Naiara. Conheça os fundos de investimentos ESG ou de impacto disponíveis no Brasil. **Valor Investe**, São Paulo, 07 mar. 2021. Disponível em: [valorinveste.globo.com/produtos/fundos/noticia/2021/03/07/conheca-os-fundos-de-investimentos-esg-ou-de-impacto-disponiveis-no-brasil.ghtml](http://valorinveste.globo.com/produtos/fundos/noticia/2021/03/07/conheca-os-fundos-de-investimentos-esg-ou-de-impacto-disponiveis-no-brasil.ghtml). Acesso em: 6 jul. 2021.

BEZERRA, Victor J. F. **Environmental, Social And Governance (ESG) e o comportamento dos indicadores econômico-financeiros das empresas listadas na B3 durante a pandemia da covid-19**. 2021. 44f. Monografia (Graduação em Ciências Contábeis) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

BOFFO, Riccardo; PATALANO, Robert. **ESG Investing: Practices, Progress and Challenges**. OECD Paris, 2020. Disponível em: [oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-and-Challenges.pdf](http://oecd.org/finance/ESG-Investing-Practices-Progress-and-Challenges.pdf). Acesso em: 9 mar. 2021.

BONINI, Sheila; GÖRNER, Sthepan. **The business of sustainability: putting it into practice**. Sustainability & Resource productivity practice. Sydney: McKinsey & Company, 2011. Disponível em: [mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client\\_service/sustainability/pdfs/putting\\_it\\_into\\_practice.pdf](http://mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client_service/sustainability/pdfs/putting_it_into_practice.pdf). Acesso em: 18 set. 2020.

CFA INSTITUTE Explores Investor Views on ESG Integration: Investors Want More Clarity Around Standards for ESG Integration. **CFA Institute**: Washington, D.C., 2021. Disponível em: [cfainstitute.org/about/press-releases/2021/cfa-institute-explores-investor-views-on-esg-integration](http://cfainstitute.org/about/press-releases/2021/cfa-institute-explores-investor-views-on-esg-integration). Acesso em: 16 dez. 2021.

CFA INSTITUTE launches ESG guide for investment professionals: guide expands portfolio of resources for environmental social & governance issues. **CFA Institute**: Washington, D.C., 2015. Disponível em: [cfainstitute.org/about/press-releases/2015/cfa-institute-launches-esg-guide](http://cfainstitute.org/about/press-releases/2015/cfa-institute-launches-esg-guide). Acesso em: 16 dez. 2021.

CHEN, An; LI, Hong; SCHULTZE, Mark Schultze. Asymmetric Information and Longevity Risk Transfer. **SSRN**, fev. 2022. Disponível em: [dx.doi.org/10.2139/ssrn.4031786](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4031786).

CLARK, Gordon L.; FEINER, Andreas; VIEHS, Michael. From the Stockholder to the Stakeholder: how sustainability can drive financial outperformance. **Ssrn Electronic Journal**, 2015. Disponível em: [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2508281](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2508281). Acesso em: 21 jul. 2021.

CORDEIRO, Alexander M.; OLIVEIRA, Glória M. de; RENTERÍA, Juan M.; GUIMARÃES, Carlos A. Revisão Sistemática: uma revisão narrativa. **Rev. Col. Bras. Cir.**, v. 34, n. 6, p.428-431, nov./dez. 2007.

CRONIN, Patricia; RYAN, Frances; COUGHLAN, M. Undertaking a literature review: a step-by-step approach. **British Journal of Nursing**, a.10, v.17, n. 1, p.38-43, jan.2008.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2012.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos?** A ética na riqueza das nações. 1a. reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

GIL, Antônio C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMIERO, Paulo H. Os fatores ASG e a prevenção ao *greenwashing* – a necessidade de regramento estatal quanto aos deveres e responsabilidades dos administradores de empresas. **Rev. Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 93, p. 91-111, jul-set., 2021. Disponível em: [thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/paulo-henrique-gomiero.pdf](https://thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/paulo-henrique-gomiero.pdf). Acesso em: 25 nov. 2021.

HAYAT, Usman; ORSAGH, Matt. **Environmental, Social and Governance issues in investing: a guide for investment professionals**. CFA Institute, oct. 2015. Disponível em: [cfainstitute.org/-/media/documents/article/position-paper/esg-issues-in-investing-a-guide-for-investment-professionals.ashx](https://cfainstitute.org/-/media/documents/article/position-paper/esg-issues-in-investing-a-guide-for-investment-professionals.ashx). Acesso em: 18 out. 2020.

LEAL, Ricardo A.; ELY, Regis A.; UHR, Júlia G. Z; UHR, Daniel de A. P. Ciclos Econômicos e Emissão de CO2 no Brasil: uma análise dinâmica para políticas ambientais ótimas. **Rev. Bras. Econ.**, Rio de Janeiro, v. 69, n. 1, p. 53-73, mar. 2015. Disponível em: [scielo.br/j/rbe/a/dF7jDMFz6g6QCZN74bGK3Xx/?lang=pt](https://scielo.br/j/rbe/a/dF7jDMFz6g6QCZN74bGK3Xx/?lang=pt). Acesso em: 01 mai. 2021.

LIMA, Mairon G. Bastos. Corporate Power in the Bioeconomy Transition: The Policies and Politics of Conservative Ecological Modernization in Brazil. **Sustainability**, v.13, n. 12, p.6952. Disponível em: [doi.org/10.3390/su13126952](https://doi.org/10.3390/su13126952). Acesso em: 20 nov. 2021.

NAKAGAWA, Marcelo. ferramenta: 5 Forças de Porter (Clássico). **Movimento Empreenda: estratégia e gestão**. São Paulo: SEBRAE, 2020. Disponível em: [sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/ME\\_5-Forcas-Porter.PDF](https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/ME_5-Forcas-Porter.PDF). Acesso em:

NAKAJIMA, Tadahiro. ESG Investment. In: NAKAJIMA, Tadahiro; HAMORI, Shigeyuki; HE, Xie; LIU, Guizhou; ZHANG, Wenting; ZHANG, Yulian; LIU, Tiantian. **ESG Investment in the Global Economy**. Springer Briefs in Economics: Kobe University Social Science Research: 2021. Capítulo 1, p.1-19.

NEHRING, Ryan; MONTE-MÓR, Roberto L. de M.; SPARN, Jakob; CANHOTO, Olinda; LAMRÃO, Carlos V.; SHUCKBURGH, Emily. COP26 Futures We Want - Brazil Country Profile. **Cambridge Open Engage: Working Paper**, nov. 2021. Disponível em: [10.33774/coe-2021-hb1j8-v2](https://10.33774/coe-2021-hb1j8-v2). Acesso em: 15 nov.2021.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Agenda 2020: ONU Brasil, 2021. Acesso em: [odsbrasil.gov.br/home/agenda](https://odsbrasil.gov.br/home/agenda). Acesso em: 4 jan. 2021.

O ECO. **Dicionário ambiental: O que é a Convenção do Clima**. O Eco: 2014. Disponível em: [oeco.org.br/dicionario-ambiental/28809-o-que-e-a-convencao-do-clima](https://oeco.org.br/dicionario-ambiental/28809-o-que-e-a-convencao-do-clima). Acesso em: 19 jan. 2022.

PACTO GLOBAL; STILINGUE. **A Evolução do ESG no Brasil**. São Paulo: Pacto Global– Rede Brasil; STILINGUE, abr. 2021. Disponível em: [conteudos.stilingue.com.br/estudo-a-evolucao-do-esg-no-brasil](https://conteudos.stilingue.com.br/estudo-a-evolucao-do-esg-no-brasil). Acesso em: 15 jul. 2021.

PAVIANI, Gabriela A. *Greenwashing: o falso marketing e a responsabilidade civil em relação ao consumidor*. **Rev. Direito e Sustentabilidade**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 92-109, jan/jun., 2019. Disponível em: [indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/5525](http://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/5525). Acesso em: 25 nov. 2021.

PAVLOVA, Ivelina; BOYRIED, Maria E.de. ESG ETFs and the covid-19 stock market crash of 2020: Did clean funds fare better? **Finance Research Letters**, v. 44, jan. 2022, 102051. Disponível: [doi.org/10.1016/j.frl.2021.102051](https://doi.org/10.1016/j.frl.2021.102051). Acesso em: 02 fev. 2022.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. 5.ed. Trad. rev.: Eleutério Prado. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINTO, Leonardo. CFA: como conquistar a certificação no mercado financeiro. **Expert XP**, 12 nov. 2020. Disponível em: [conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/cfa/](http://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/cfa/). Acesso em: 10 nov. 2021.

QUIÑONES, Laura. “Passo importante, mas não o suficiente”, afirma Guterres sobre acordo da COP26. **ONU News: Perspectiva Global Reportagens Humanas**, 13 nov. 2021. Disponível em: [news.un.org/pt/story/2021/11/1770432](https://news.un.org/pt/story/2021/11/1770432). Acesso em: 12 jan. 2022.

RAJÃO, Manuela de O. **O avanço do mercado brasileiro de títulos verdes sob a ótica do investidor**. 2021. 40f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: PUC Rio de Janeiro, Novembro de 2021. Disponível em: [econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Manuela\\_de\\_Oliveira\\_Rajao\\_Mono\\_21.2.pdf](http://econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Manuela_de_Oliveira_Rajao_Mono_21.2.pdf). Acesso em: 14 out. 2020.

RIBEIRO, José L. P. Revisão de Investigação e Evidência Científica. **Psicologia, Saúde & Doenças**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 671-682, 2014. Disponível em: [scielo.mec.pt/pdf/psd/v15n3/v15n3a09.pdf](http://scielo.mec.pt/pdf/psd/v15n3/v15n3a09.pdf). Acesso em: 26 maio 2020.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento e ética: para onde ir na América Latina? Estratégias de desenvolvimento nacional na era da globalização. In: SACHS, I. (Org.). **Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2008.

SCOTTO, Gabriela; CARVALHO, Isabel C. de M.; GUIMARÃES, Leandro B. **Desenvolvimento sustentável**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. **The Price of Inequality: how today's divided society endangers our future**. United King: W. W. Norton, 2013.

TALIENTO, Marco; FAVINO, Christian; NETTI, Antonio. Impact of Environmental, Social, and Governance Information on Economic Performance: Evidence of a Corporate ‘Sustainability Advantage’ from Europe. **Sustainability**, v. 11, n. 1738, 2019. Disponível em: [doi.org/10.3390/su11061738](https://doi.org/10.3390/su11061738). Acesso em: 08 fev. 2020.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 9.ed. Trad.: Regina Célia S. de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

# O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO E A NECESSIDADE DE SE RESGUARDAR OS DIREITOS MÍNIMOS DO TRABALHADOR

THE PHENOMENON OF UBERIZATION OF WORK AND THE NEED TO PROTECT THE MINIMUM RIGHTS OF WORKERS

Recebido em	17/11/2022
Aprovado em	17/11/2022

Vanessa Rocha Ferreira<sup>1</sup>  
Pauline Figueiredo Lima<sup>2</sup>  
Juliana Oliveira Eiró do Nascimento<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo tem como finalidade estudar o fenômeno da Uberização como uma forma de violação dos direitos mínimos do trabalhador e de precarização do trabalho, e reafirmar a importância da tutela do Trabalho Decente nas relações laborais. Através de uma análise técnico-normativa, que utiliza o método indutivo, aborda-se como as novas tecnologias são responsáveis pela mudança na forma como as relações laborais se desenvolvem, propiciando o aparecimento do que ficou conhecido como Uberização do trabalho. Em seguida investiga-se o fenômeno da Uberização como uma das faces da precarização dos direitos laborais básicos do trabalhador, e por fim ressalta-se a necessidade de proteção dos preceitos caracterizadores do Trabalho Decente no âmbito destas relações.

**Palavras-chave:** Tecnologia; uberização do trabalho; precarização; trabalho decente.

## ABSTRACT

---

This article aims to study the phenomenon of the Uberization as a form of violation of the minimum rights of workers and precarious work and reaffirm the importance of protecting Decent Work in labor relations. Through a technical-normative analysis, which uses the inductive method, it approaches how the new technologies are responsible for the change in the way in which labor relations develop, providing the appearance of what became known as Uberization of work. Next, the phenomenon of the Uberization is investigated as one of the faces of the precariousness of the worker's basic labor rights, and finally, the need to protect the precepts that characterize Decent Work within the scope of these relationships is highlighted.

**Keywords:** Technology; uberization of work; precariousness; decent work.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direitos Humanos (USAL/Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais (Unama/PA). Professora da Graduação e Mestrado do Curso de Direito do CESUPA. Auditora do TCE/PA.

<sup>2</sup> Aluna de graduação no Curso de Direito no Centro Universitário do Pará (CESUPA).

<sup>3</sup> Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo CESUPA. Bolsista PROSUP-CAPES. Advogada. E-mail: julianaeiro1@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos se difundiram em todos os setores da vida em sociedade, de forma acelerada e sem precedentes, decorrentes da tendência natural de evolução e da natureza inventiva do ser humano. A internet e os dispositivos móveis passaram a integrar a vida dos indivíduos, proporcionando a rapidez do compartilhamento de informações, assim como a facilidade de comercialização de produtos e serviços.

A exploração do trabalho pelo capital ganhou contornos diferenciados, onde elementos tradicionais da relação de emprego, que se encontra como objeto central do Direito do Trabalho, passaram a desaparecer, dando lugar à novas formas de trabalho marcadas pela utilização das novas tecnologias, dentre as quais destaca-se a exploração da mão de obra de motoristas para o oferecimento do serviço de transporte remunerado individual.

O transporte individual urbano se difundiu em todo o território nacional sob a direção da empresa Uber, que nomeou o fenômeno que engloba todos os motoristas de aplicativos do Brasil, a Uberização do trabalho. Este fenômeno distingue-se da relação de emprego tradicional em razão da ausência de caracterização da subordinação jurídica nos moldes tradicionalmente concebidos pelo Direito do Trabalho, deixando estas novas relações de labor carentes da devida tutela jurídica.

Cabe observar que o transporte remunerado individual de passageiros possui previsão legislativa apenas na Lei nº 12.587/12, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, posteriormente alterada pela Lei nº 13.640/18. Com a modificação, a Lei nº 12.587/12 passou a estabelecer o conceito legal do serviço, alguns requisitos mínimos para a contratação do motorista pela empresa e definiu a atividade realizada como trabalho autônomo, sem menção à limitação de jornada, remuneração, contribuições sociais e aos demais direitos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, no art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, denota-se a ausência de regulamentação dos direitos do trabalhador em sede das relações de trabalho existentes entre as plataformas digitais e os obreiros. Por outro lado, os direitos do trabalhador estão englobados dentro do instituto do Trabalho Decente, que constitui um conjunto mínimo de direitos que, firmados na noção de dignidade da pessoa humana, visam assegurar a liberdade, igualdade, a saúde e a segurança do trabalhador.

Neste sentido, assegurar um labor em condições justas e decentes é uma forma de efetivar a dignidade daqueles que trabalham, e o principal responsável por essa tutela é o próprio Estado, tendo em vista trata-se de um Direito Fundamental de 2ª dimensão, que carece de medidas ativas para sua plena eficácia.

É sobre o fundamento da dignidade humana que se constrói o Direito do Trabalho, cuja principal finalidade é melhorar a condição social dos trabalhadores, e garantir a proteção necessária àqueles que são vistos como mais vulneráveis ou hipossuficientes dentro da relação de trabalho: os empregados. Esta proteção deve se estender sobre todas as formas de trabalho, acompanhando a evolução em sociedade, não podendo deixar de tutelar as novas modalidades que surgem com o advento das novas tecnologias.

Tendo em vista a ausência de previsão legal que garanta o Trabalho Decente no âmbito do transporte remunerado individual de passageiros, torna-se indispensável realizar uma análise crítica acerca da situação, assim como examinar o papel do Direito do Trabalho diante destas relações.

Por meio de um estudo teórico-normativo utilizou-se do método indutivo para, a partir da pesquisa bibliográfica-documental, responder ao problema central que consiste na investigação dos impactos negativos e violações que o fenômeno da Uberização trouxe às relações de trabalho.

O estudo em tela encontra-se dividido em cinco tópicos, sendo o primeiro a presente introdução; em segundo lugar busca-se analisar a globalização e seus impactos para o Direito do Trabalho; no terceiro item investiga-se a Uberização do Trabalho e sua relação com a precarização das relações laborais; em quarto lugar estuda-se a necessidade de efetivar-se o direito ao Trabalho Decente no contexto da Uberização do Trabalho; e no quinto e último item são tecidas as considerações finais acerca de todos os fenômenos estudados.

## **2 A GLOBALIZAÇÃO E OS IMPACTOS NO DIREITO DO TRABALHO**

A conexão entre as evoluções da tecnológicas e as relações laborais é perceptível durante todo o decurso da história, porém se torna mais clara e relevante nos períodos denominados de Revoluções Industriais. Schwab (2019, p. 19) conceitua as Revoluções como eventos capazes de gerar profundas mudanças nas estruturas sociais e sistemas econômicos, desencadeadas pela introdução de novas tecnologias e formas de perceber o mundo. Desta forma, é possível perceber que o mundo do trabalho é grandemente afetado por estas inovações, que provocam reflexos nas condições de trabalho e na legislação justralhista.

A Primeira Revolução remonta ao Século XVIII. De acordo com Rodrigues (2020, p. 95), iniciou-se neste período a introdução da mecanização na esfera industrial, especificamente no setor têxtil, cujas principais tecnologias inseridas foram a máquina de fiar, o tear hidráulico e o tear mecânico. Destaca-se que a partir deste momento o trabalho humano

passou a girar em torno das máquinas, que foram inseridas com o escopo de facilitar a atividade nas indústrias e reduzir o fardo das tarefas penosas e repetitivas.

Sobre o tema, Maranhão e Carvalho (1993, p. 14-15) registram que a maquinização do trabalho industrial produziu uma grande concentração de trabalhadores ao redor da máquina. Além disso, propiciou o surgimento da figura do assalariado e no campo jurídico introduziu o princípio da livre contratação, onde não havia limites à vontade das partes e a pessoa do patrão foi favorecida, em razão da sua propriedade sobre os meios de produção e poder diretivo sobre a atividade industrial, resultando na total liberdade de exploração do empregado sem a intervenção do Estado.

Por outro lado, em relação ao operário, observava-se uma disparidade entre a igualdade jurídica e a realidade fática, pois inexistiam normas estabelecendo as condições mínimas à prestação digna do trabalho, e embora continuassem sendo solicitados, a única habilidade exigida era a de conhecimento de execução das máquinas, tornando-se possível o labor até mesmo às crianças de seis a dez anos. Dessa forma, instalou-se a superexploração dos trabalhadores fazendo com que os mesmos busquem soluções para estes graves problemas (MARANHÃO; CARVALHO, 1993, p. 14-15).

Ainda neste sentido, Neto e Cavalcante (2005, p.13) esclarecem que, em relação a este período, há registros históricos que trazem relatos de jornadas infundáveis de trabalho, chegando ao limite de 18 horas diárias, além da ausência de distinção do trabalho realizado entre homens, mulheres e crianças, e que além destas deploráveis condições os trabalhadores também estavam sujeitos à castigos físicos caso apresentassem uma produção abaixo do esperado.

Acerca do cenário apresentado, Manus (2015, p. 09) aponta que a concentração dos operários no local de trabalho criou as condições para o associacionismo, movimentos de associações de trabalhadores que se voltavam contra a superexploração do trabalho e deram origem aos atuais sindicatos. Tais movimentos enfrentaram resistência dos empregadores, buscando direitos individuais dos trabalhadores, representando o fato gerador do nascimento do Direito do Trabalho.

Nos dois séculos que se sucederam, as relações de trabalho foram mais uma vez modificadas pelas inovações. A eletricidade e a linha de montagem juntas propiciaram o surgimento da produção em massa. De acordo com Neto e Cavalcante (2015, p.17), em 1911 Frederick W. Taylor propôs uma nova forma de divisão do trabalho, pautada na utilização de máquinas com o intuito de aumentar a produtividade e reduzir o tempo de produção.

As características eram a intensificação da divisão do trabalho, na forma de fracionamento das etapas do processo de produção, e o controle sobre o tempo despendido em cada etapa, visando a redução do tempo ao mínimo, incrementando os níveis de produtividade. Estabeleceu-se então uma divisão entre o trabalho manual e o intelectual, e o obreiro passou a ser constantemente vigiado no desempenho de suas atividades, assim como tornou-se alienado das demais etapas do processo de produção, tornando-se responsável apenas por suas tarefas ultra especializadas e repetitivas (NETO; CAVALCANTE, 2015, p. 17)

Em continuidade os mencionados autores asseveram que, posteriormente, Henry Ford (proprietário da empresa de automóveis Ford Motor Company) adotou o sistema elaborado por Taylor e realizou algumas modificações, de modo que se criou um novo sistema de produção baseado em 3 princípios: intensificação, economia e produtividade. Houve a redução do tempo empregado na produção, a colocação rápida dos produtos no mercado, a diminuição ao mínimo do estoque de matérias primas, e, principalmente, o aumento da produtividade por meio da especialização e da linha de montagem (JORGE; CAVALCANTE, 2015, p. 17)

Ocorre que, segundo Neto e Cavalcante (2015, p.19), o sistema fordista passou a ser substituído pelo sistema toyotista, cuja maior distinção apresentada era a de eficiência da produção por meio da eliminação dos custos. Foi eliminada a especialização, transformando os trabalhadores em multifuncionais, e inaugurando, em meados do século XX, a chamada Terceira Revolução Industrial.

Delgado (2017, p. 46-48) assevera que este período foi marcado pela microeletrônica, robótica, microinformática e as telecomunicações, tecnologias que, ao serem introduzidas ao setor do trabalho, repercutiram inúmeros impactos, dentre eles a redução dos postos de trabalho e o aprofundamento do desemprego. Aduz que a mudança não impactou os segmentos de trabalho de forma homogênea, de modo que enquanto algumas categorias profissionais foram extintas outras apenas incorporaram as novas tecnologias ao seu modo de execução.

Acerca da flexibilização da produção, Antunes (2015, p. 34) afirma que ela surgiu a partir da substituição do cronômetro e a produção em série, e que a produtividade passou a ser perseguida através da otimização e da adequação à lógica de mercado, e que este cenário de flexibilização e desregulamentação atingiu também os direitos do trabalhador, de modo que garantias e conquistas históricas dos trabalhadores foram substituídas ou eliminadas, visando adequa-se à nova fase do mundo da produção.

No século XXI, de acordo com Schwab (2019, p.20-21), a sociedade se encontra diante da Quarta Revolução Industrial, também chamada de Indústria 4.0. Atualmente, as tecnologias digitais, pautadas nos computadores, softwares e redes estão causando uma ruptura à Revolução anterior, em razão da sua sofisticação e integração, que transformaram a sociedade e a economia global. Assevera o autor que a Indústria 4.0 criou um mundo onde há a cooperação global e flexível de domínios físicos, digitais e biológicos.

Destaca o supracitado autor que as tecnologias emergentes são espalhadas pelo mundo de forma muito mais rápida e abrangente do que nos momentos anteriores, o que denota os efeitos da globalização nas mudanças trazidas pela Quarta Revolução. A distinção do tempo de propagação dos efeitos das Revoluções é clara, vez que o tear mecanizado, marco da Primeira Revolução, levou 120 anos para se difundir fora da Europa, enquanto a internet levou menos de uma década (SCHWAB, 2019, p. 20-21).

Martins (2006, p. 13-14) alega que a globalização consiste em um processo de desenvolvimento da economia que traz a abertura de mercados, a expansão de negociações e um crescimento uniforme entre os envolvidos, tratando-se desta forma de um processo de integração econômica. Entretanto, a autora ressalva que este processo pode levar à exclusão social, dada a já existente desigualdade social entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. A globalização se fortalece a partir do aprofundamento das desigualdades sociais, e que isto ocorre em função da acumulação do capital.

Entre as consequências deste processo, a autora cita o aumento vertiginoso do desemprego, além do aumento da produção possibilitado pelos custos mínimos, baixos salários, mão de obra barata e condições sub-humanas de trabalho, que permitem às empresas o desenvolvimento de produtos de baixa qualidade e valor altamente competitivo, como no caso de países como a China, Coreia do Sul, Tailândia e Malásia (MARTINS, 2006, p. 13-14).

Schwab (2019, p.43) explica a tecnologia, impulsionada pelo fenômeno da globalização, mudou drasticamente todos os setores e ocupações, e é capaz de apresentar dois efeitos cumulativos e amplamente divergentes entre si: o destrutivo e o capitalizador. O efeito destrutivo consiste na substituição do trabalho vivo (com utilização de força humana) pelo trabalho morto (realizado por máquinas), o que força os indivíduos desempregados a realocar suas habilidades em outros setores. Por outro lado, o efeito capitalizador possui o condão de criar novas profissões, empresas e indústrias, em razão da demanda por novos bens e serviços.

Além do aprofundamento das desigualdades sociais e possíveis perdas de postos de trabalho, Ferreira e Moreira (2021, p. 316) sublinham que a introdução das novas tecnologias

no processo produtivo impõe a demanda por uma mão de obra mais qualificada, com a respectiva intelectualização de uma parcela dos trabalhadores, gerando um excedente de indivíduos sem ocupação, que acabam recorrendo ao setor terciário para poder exercer seu labor.

Neste cenário, destacam os autores, aqueles que não se encontram sob a égide de uma relação de emprego integral se sujeitam à exploração do trabalho em sede das plataformas digitais, como o exemplo da plataforma Uber. Este rearranjo no processo laboral contribui para a atomização e descentralização do mercado, de forma a desmantelar os sistemas tradicionais e instaurar a desregulamentação trabalhista, resultando na precarização e diminuição dos direitos e garantias sociais dos trabalhadores (FERREIRA E MOREIRA, 2021, p. 316).

Em suma, denota-se que a Revolução 4.0, aliada à globalização, foi capaz de gerar inúmeras consequências às relações de trabalho, que se propagaram de forma abrangente e profunda e em uma velocidade jamais observada pela sociedade. Estas mudanças incluem a geração de novas categorias profissionais e a extinção de muitas outras, em razão da automação.

Como consequência, tem-se a precarização das condições de trabalho, presente nas relações exercidas por aqueles que foram excluídos das posições que ocupavam pela instauração do processo tecnológico. A degradação é marcada pelo esquecimento dos modelos tradicionais de trabalho e pela ausência de regulamentação trabalhista, sucedendo na redução dos direitos e garantias sociais dos trabalhadores.

### **3 A UBERIZAÇÃO E A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

Como visto, as novas tecnologias se imiscuíram à economia e geraram inúmeras transformações, dentre elas as mudanças no mundo do trabalho, vez que este apresenta uma clara correlação com o capitalismo, servindo como instrumento para propiciar a lógica de acumulação, e de acordo com, Ferreira e Moreira (2021, p. 326) o rearranjo no processo produtivo provocado pelas inovações tecnológicas impõe uma necessidade de adaptação e reajuste da organização econômica e do mercado de trabalho.

Para os mencionados autores, esta nova organização econômica é marcada pela regulação virtual da vida, apartada dos valores e modelos do mundo físico. Ademais, caracterizam este cenário regido por novas formas de controle do trabalho como redutor da privacidade dos trabalhadores, expensor do tempo à disposição do empregador e responsável pelo esquecimento dos elementos tradicionais da relação de emprego.

Melo (2017, p. 220) afirma que a Revolução 4.0 influenciou o panorama econômico dos países de tal modo que criou um novo modo de prestação de serviços e comércio de bens conhecido como economia de compartilhamento, que visa promover a solidariedade social e criação de novas oportunidades de negócios de maneira facilitada, através da promoção de um contato direto entre prestadores, tomadores de serviços e consumidores, intermediada através das plataformas digitais por meio de aplicativos em smartphones.

Desta forma, há a promoção do acesso de quem precisa a quem pode fornecer o serviço ou produto, de forma a gerar benefícios recíprocos. Entretanto, esclarece Alves (2017, p. 96) que as práticas da empresa se desvirtuam do modelo de economia de compartilhamento na qual afirma se inserir, pois atua apenas como intermediadora do trabalho independente prestado pelos motoristas aos seus passageiros, entretanto aproveita-se das facilidades trazidas através deste modelo para a obtenção de lucros exorbitantes extraídos da exploração do trabalho à margem da legislação jus laboral. Logo, denota-se a ausência da solidariedade social e vantagens recíprocas, princípios fundamentais deste novo sistema.

A partir deste modelo de negócio que propicia o contato direto entre as partes envolvidas, segundo Stefano (2016, p. 471), surgem dois novos tipos de trabalho, o “crowdwork” e o trabalho “on-demand”. O “crowdwork” consiste em uma forma de oferecimento de serviços realizada totalmente online, através do intermédio de uma plataforma digital. As práticas ocorrem de forma descentralizada, por meio da fragmentação de tarefas, tornando possível o envolvimento do maior número de pessoas possíveis, e não impõe exigências técnicas, de forma que pode ser executada por qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo. Conseqüentemente, há o agravamento da concorrência entre trabalhadores, vencendo aquele que conseguir oferecer o menor preço.

Por outro lado, no trabalho “on-demand” há o oferecimento de serviços tradicionais por meio de aplicativos online, cuja realização é feita em um espaço físico, previamente determinado. O tomador de serviços exerce total controle sobre a sua forma de execução, estabelecendo os valores a serem seguidos, assim como as regras que regerão o processo de seleção e disciplina dos prestadores, para que seja garantido um padrão de qualidade dos serviços (STEFANO; 2016, p. 471).

Abílio (2020, p. 114) salienta que no trabalho “on-demand” a regulação das atividades é estabelecida por cada país de forma individualizada, e que há uma crescente tendência de eliminação de direitos concernentes à limitação da jornada de trabalho, do valor da remuneração e dos riscos, e custos da execução da atividade.

Como exemplos deste formato de trabalho, Stefano (2016, p. 474-475) cita os serviços de delivery, limpeza, trabalho doméstico, assistência jurídica, assistência médica, trabalho administrativo, e também o serviço de transporte, todos prestados por intermédio de uma plataforma.

Pautando-se na modalidade de trabalho intermediado pelas plataformas digitais, o “work on-demand”, surge a empresa Uber, pioneira no mercado de transporte individual remunerado, que utiliza da exploração da mão de obra de motoristas sob a alegação de não ser empregadora, e sim intermediadora da prestação de um trabalho autônomo. Para Gaia (2019, p. 216), formalmente se trata de uma empresa de tecnologia, que possui como principal objetivo conectar passageiros que buscam um transporte de qualidade, acessível e personalizado aos motoristas, que, diante da crise do desemprego, possuem na plataforma uma chance de auferir uma renda extra.

Segundo o autor, o sistema funciona de maneira simples, onde basta que os clientes e motoristas tenham acesso à internet e sejam previamente cadastrados na plataforma para poderem utilizar os serviços. Todos os dados pessoais inseridos são armazenados e administrados exclusivamente pela empresa (GAIA, 2019, p. 216).

O procedimento de utilização é realizado pelo usuário, que informa o local de partida e o de destino, com isso o próprio aplicativo calcula a rota mais apropriada, através de um sistema de GPS embutido na plataforma. A precificação também é definida pela empresa, e todo o processo ocorre sem a participação ou anuência do motorista. Após a solicitação da viagem pelo usuário, a Uber realiza o direcionamento aos motoristas que se encontram nas proximidades do local de partida para aceitarem a corrida. Ao ser encerrado o trajeto, a empresa realiza o cálculo do valor, e retém uma porcentagem de 20% a 25% do valor bruto, repassando o restante ao motorista (GAIA, 2019, p. 216).

Oitaven, Carelli e Casagrande (2018, p. 32-43) destacam os elementos desta relação, sendo eles o controle por programação, o sujeito objetivo, a liberdade programada, a gestão por números ou recompensas, a mobilização total dos trabalhadores e a atomização do trabalho.

O controle por programação trata-se de um novo modelo de organização do trabalho, regido pela programação em comandos ou objetivos a serem cumpridos pelo trabalhador, onde o trabalho deixa de ser uma coisa e passa a ser uma fonte de energia do homem que pode por ele ser alugada. Neste sistema, a subordinação centra-se na programação através de metas, resultados e estatísticas sobre o desempenho. Tem-se então uma contradição inerente: de um lado a entrega de parcela da autonomia ao prestador de serviços e de outro a criação de

obstáculos para esta liberdade por meio da programação (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 32-43).

A ausência de liberdade pode ser notada em inúmeros aspectos da relação de trabalho estabelecida, tais como a aceitação dos termos e condições, e a ausência de poder de direção e escolha sobre a remuneração, os clientes, os destinos e rotas, a jornada e permanência na plataforma. Estes comandos se traduzem em regras, que são impostas ao trabalhador muitas vezes sem o seu conhecimento. São traçados objetivos de maneira unilateral pela empresa, que definem o local, o horário das corridas e o cliente a ser atendido, distribuindo os motoristas como for conveniente, sem quaisquer possibilidades de escolha daqueles que irão realizar o serviço. E, caso tentem exercer algum poder de escolha sobre os serviços realizados, correm o risco de serem suspensos ou até mesmo excluídos da plataforma devido ao constante controle praticado pela empresa (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 32-43)

O elemento do sujeito objetivo surge a partir da necessidade de adaptação do indivíduo face às mudanças de ambiente, pois a empresa pode alterar os comandos a qualquer momento, cabendo ao trabalhador subordinar-se para poder cumprir os objetivos estabelecidos. Um dos principais aspectos desta relação de trabalho intermediada pela tecnologia é a liberdade programada, que se traduz na imposição de sujeição do prestador do serviço às regras impostas pela programação da empresa, retirando-lhe a liberdade de decidir sobre a execução das atividades realizadas por si. Tem-se então uma contradição inerente: de um lado a entrega de parcela da autonomia ao prestador de serviços e de outro a criação de obstáculos para esta liberdade por meio da programação (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 32-43).

De acordo com Alves (2017, p. 103) há a concessão de uma falsa liberdade ao trabalhador, vez que os motes da empresa são “seja seu próprio chefe” e “dirija em seu próprio horário”. Entretanto, na realidade, o indivíduo é submisso aos resultados e procedimentos ditados pela própria empresa. Sem direito à contraditório, o motorista pode ser descadastrado e excluído da plataforma caso não preencha os parâmetros impostos, e estas decisões são tomadas de forma totalmente unilateral pela empresa, evidenciando o seu controle sobre a forma de execução do trabalho.

Oitaven, Carelli e Casagrande (2018, p. 33) esclarecem que a gestão por números ou recompensas representa uma outra forma de controle utilizada. Através da premiação e da punição, as plataformas alcançam mecanismos que provocam efeitos que manipulam psicologicamente os trabalhadores a atenderem os objetivos empresariais.

A premiação consiste na aplicação de incentivos para que os motoristas estejam ativos em datas comemorativas, garantindo um preço mínimo por hora, assim como podem direcionar os seus “colaboradores” aos locais onde há menos carros disponíveis. Já a punição é desenvolvida através das avaliações realizadas pelos passageiros ao final de cada viagem, que é diretamente endereçada à empresa, ao invés do cliente, o que é esperado dentro do contexto da economia de compartilhamento (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 33).

Desta forma, a empresa pode exercer o controle sobre o desempenho do trabalhador, assim como transferir a tarefa de fiscalização da atividade aos consumidores. E conforme já destacado, caso o motorista não satisfaça os critérios da empresa e receber avaliações negativas, pode ser punido de maneira unilateral (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 33)

Portanto, destaca-se a total dependência financeira do trabalhador em relação à empresa, visto que necessita da atividade para garantir a subsistência própria e familiar, e que em razão dos mecanismos de controle impetrados, não possui autonomia ou poder de decisão frente aos aspectos de execução do seu trabalho, incluindo a sua remuneração (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 33)

Outro comando utilizado pela Uber consiste na mobilização total dos trabalhadores, que devem estar disponíveis à plataforma durante todos os momentos do dia para conseguirem atender aos objetivos impostos. De acordo com esta lógica disruptiva, o trabalho deve ser permanentemente inseguro, de forma a proporcionar maior eficácia e rapidez ao controle e objetivos estabelecidos, assim como manter os trabalhadores totalmente entregues ao sistema, influenciados pela pressão do cumprimento de metas (OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 33).

E por fim, concluem os autores que a dinâmica de negócios estabelecida acarreta na atomização do mercado de trabalho, onde os laços solidários entre os trabalhadores são rompidos e insurge uma atmosfera concorrencial onde eles competem entre si em um leilão pela força de trabalho. Ocorre o esquecimento da noção de pertencimento à um grupo.

Em adição, Antunes (2021, p. 13) estabelece que os trabalhadores se tornam responsáveis pelos riscos da atividade, assumindo todos os encargos que deveriam ser de cobertos pela empresa, como despesas de seguros, gastos com manutenção dos carros, alimentação, limpeza. O autor pontua que estes indícios remetem à fase primitiva de acumulação do capitalismo, onde os indivíduos encontravam-se diante de jornadas diárias superiores a 14 horas; remuneração salarial rebaixada em contradição a intensificação do

trabalho e crescimento de um contingente de pessoas sem acesso a qualquer direito social. Logo, percebe-se estar diante de um retrocesso em relação a todos os direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores durante séculos.

O futuro do trabalho se encontra ameaçado pela intensificação da precarização e pelo desemprego, causados pela lógica destruidora da classe trabalhadora que avança por meio da perda dos direitos e dos avanços da tecnologia, com o intuito de redução dos custos de produção por meio da substituição da força de trabalho viva por máquinas. Este cenário de precarização, cada vez mais marcado pelas terceirizações, flexibilizações e informalidade, propicia o surgimento e a expansão do trabalho uberizado, que cria condições para a individualização das relações laborais e a completa supressão da legislação social protetora do trabalho.

Em concordância, Ferreira e Moreira (2021, p. 312) evidenciam que o caráter emancipador da tecnologia estabelece uma relação intrínseca com os mecanismos de reprodução e manutenção do capital, revelando como consequência a precarização das condições de trabalho, antagonicamente à propalada “autonomia” do trabalhador na economia moderna.

Deste modo, acerca do fenômeno da Uberização e seus contornos, é imprescindível destacar a perspectiva de Gaia (2019, p.248), que assevera que as tecnologias disruptivas, embora garantam benefícios aos consumidores ao trazerem novas formas de realização de serviços tradicionais, não podem operar como agentes limitadores da aplicação do Direito do Trabalho. A precarização trazida por meio das novas modalidades de trabalho através de aplicativos de transporte de passageiros não encontra subsídios nas vocações protetora e humanista do Direito do Trabalho e do direito fundamental à proteção do trabalho em face da automação, presente no art. 7º XVII da Constituição da República de 1988.

Portanto, tem-se que o trabalho desempenha um importante papel na acumulação do capital, e estabelece uma clara correlação com a economia e as mudanças ocasionadas pela introdução das novas tecnologias nos sistemas de produção. No âmbito da nova organização econômica, surge a economia de compartilhamento, marcada pela comunicação facilitada entre prestadores de serviços e consumidores, cujos principais objetivos são a obtenção de benefícios mútuos e a solidariedade social.

Conforme analisado, a empresa Uber utiliza-se da modalidade de trabalho “on-demand”, que afirma ser uma empresa de tecnologia intermediadora da prestação do trabalho autônomo dos motoristas, entretanto, na prática, observa-se que realiza a exploração do

trabalho minimamente remunerado para a obtenção de vultuosos lucros em função da ausência de proteção juslaboral aos trabalhadores.

Deste modo, é possível concluir que esta modalidade de trabalho está ameaçada pela intensificação da precarização, que é ocasionada pelo avanço da tecnologia e pela perda de direitos sociais dos trabalhadores, motivada pela redução de custos na produção, que se beneficia da ausência de proteção legal à relação de trabalho em comento. Portanto, não se pode permitir que diante dos benefícios trazidos pela Revolução 4,0, permita-se a violação de direitos sociais que visem garantir a dignidade e a proteção do trabalho, e que a precarização nas formas modernas de trabalho por meio de aplicativos opere em contrariedade às vocações protetora e humanista do Direito do Trabalho.

#### **4 A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA DO TRABALHO DECENTE**

Ferreira e Moreira (2021, p. 321) asseveram que a alteração na organização da atividade produtiva causada pelas tecnologias disruptivas reflete na forma de exploração do labor humano, e que o Direito do Trabalho não pode se abster de oferecer proteção às relações que se estabelecem pela venda da força humana, de forma que os instrumentos de proteção laboral existentes no ordenamento jurídico não podem ser totalmente apartados das novas relações jurídico-laborais apresentadas.

Desta forma, o direito laboral deve regular as novas modalidades de prestação de serviços intermediadas pelas plataformas digitais, posto que o trabalho possui uma dimensão ética perante a sociedade, e que há a imposição de uma tutela jurídica específica. Apesar de serem qualificados como “autônomos”, por serem agentes livres no mercado para prestar seus serviços a partir de qualquer plataforma digital, isso não lhes garante a igualdade negocial perante o contratante de seus serviços (FERREIRA; MOREIRA, 2021, p. 321).

Segundo os autores, isso se deve ao fato de que ao adentrar na plataforma os motoristas são obrigados a aceitar os “termos e condições” como requisito indispensável a prestação do serviço. Em decorrência deste cenário, é possível observar a massificação da prestação de serviços em razão de regras contratuais unilateralmente impostas, sem qualquer concessão de autonomia ao trabalhador para a realização de modificações em aspectos essenciais da relação laboral, a exemplo da remuneração (FERREIRA; MOREIRA, 2021, p. 321).

Em razão da ausência dos requisitos mínimos que denotem a presença de autonomia na celebração do negócio jurídico, Ferreira e Moreira (2021, p.322) sublinham que é justificada a intervenção do Estado por meio do dirigismo contratual estatal, estabelecendo

uma regulação juslaboral destas relações, aptas a promover condições materialmente isonômicas aos dispositivos contratuais esculpido, sob a égide de uma autonomia meramente formal.

Em concordância, acerca da proteção social e da finalidade do Direito do Trabalho, deve-se destacar as lições de Pires (2011, p. 132), que assevera tratar-se de um conjunto de normas e preceitos de ordem pública cujo objetivo centra-se na proteção não apenas aos trabalhadores, mas também à toda sociedade. E ainda, segundo Delgado (2017, p. 21), o direito laboral é uma ciência jurídica que se propõe a regulação do sistema econômico e social capitalista e a resguardar a civilidade na exploração do trabalho humano.

Neste cenário, Ferreira e Moreira (2021, p. 320) destacam que a diretriz estabelecida pela Constituição Federal de 1988 pauta-se na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, para assegurar uma existência digna aos trabalhadores conforme os ditames da justiça social, e que a Carta Maior consagra uma dimensão ética do Direito do Trabalho a partir de sua finalidade de promover a dignidade humana.

Consoante as disposições constitucionais, em 1998 a Organização Internacional do Trabalho promulgou a “Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho”, onde foi cunhado o conceito de trabalho decente, Segundo Brito Filho (2018, p. 51), essa noção engloba um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que correspondem a: o direito ao trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra riscos sociais.

Acerca das condições para sua efetivação, denota o autor:

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano (BRITO FILHO, 2018, p. 57).

Sobre a natureza do trabalho decente, Villatore e Izuta (2019, p. 423-424) pontuam que se trata de um instrumento com fulcro na redução das desigualdades sociais, efetivação dos direitos fundamentais e erradicação da pobreza e da exclusão social. Por conseguinte, Ferreira (2020, p. 29) salienta a importância deste instituto, afirmando que o trabalho deve ser garantido para todos, em condições de dignidade e igualdade, não bastando a mera existência

de postos de trabalho, sendo necessário o acesso ao emprego em condições dignas que lhe resguardem todos os demais direitos. O trabalho deve continuar sendo um fator de melhoria das condições socioeconômicas da sociedade, assim como uma forma de reconhecimento da dignidade.

Neste sentido, diante do cenário de precarização das relações de trabalho estabelecidas no âmbito das plataformas digitais, surge a busca pela proteção dos preceitos do trabalho decente como solução.

No bojo do trabalho exercido pelos motoristas de aplicativo, é possível constatar a sua hipossuficiência em razão da dependência econômica da empresa, assim como a ausência de condições igualitárias para a negociação das cláusulas contratuais. Na prática, observa-se uma distância muito grande da “autonomia” alegada pela empresa Uber. O indivíduo labora tolhido de sua liberdade para dispor de aspectos essenciais à atividade que desempenha, como a remuneração e a sua jornada de trabalho.

Tais aspectos estão intrinsecamente ligados, vez que, ao exercer o seu controle programado e impor uma remuneração excessivamente baixa pelo serviço prestado, o motorista vê-se compelido a realizar jornadas cada vez mais extensas para que possa auferir uma renda mínima para garantir a dignidade própria e de sua família. Deste modo, veem-se violados os preceitos que fundamentam o trabalho decente, e que visam trazer dignidade e condições de igualdade ao trabalho.

Diante disto, torna-se imprescindível o dirigismo contratual estatal por meio do Direito do Trabalho, fundamentado na ausência dos requisitos de autonomia do trabalhador na celebração do contrato com a plataforma, assim como pela hipossuficiência do indivíduo para negociar os termos do contrato de forma igualitária. Destaca-se como finalidade do Direito do Trabalho a proteção dos trabalhadores e a regulação do sistema econômico e social, conjuntamente com o dever de resguardar a civilidade na exploração do trabalho.

Portanto, de acordo com os preceitos estabelecidos na Constituição torna-se o Estado o responsável a promover a valorização do trabalho humano, e a assegurar uma existência digna aos trabalhadores, conforme os ditames da justiça social e a dimensão ética do Direito do Trabalho.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As fases das Revoluções Industriais marcam significativas alterações nas estruturas produtivas da sociedade e em seus sistemas econômicos, e são desencadeadas pela introdução de novas tecnologias nos sistemas de produção. A primeira grande revolução remonta-se ao

século XVIII, cujas grandes inovações tecnológicas foram a máquina de fiar, o tear hidráulico e o tear mecânico. O objetivo era de reduzir o fardo das tarefas penosas e repetitivas.

Contudo, os resultados foram as grandes concentrações de trabalhadores nas fábricas, o que propiciou o surgimento de movimentos que lutavam contra as péssimas condições de trabalho, frutos da ausência de regulação estatal sobre a relação jurídica desenvolvida. O quadro era de completa liberdade de contratação, onde, em razão da igualdade jurídica e desigualdade fática os empregadores, as condições de trabalho impostas eram desumanas, como jornadas de 18 horas, castigos físicos, e a participação de crianças de seis a dez anos.

Assim, os trabalhadores se reuniram por meio de associações, atualmente conhecidas como sindicatos, em busca de direitos mínimos para a melhoria das condições laborais da época. Com isso, nasceu o Direito do Trabalho que, desde então, vem passando por diversas modificações.

Em sucessão, houve a Segunda Revolução Industrial, caracterizada pela invenção da eletricidade e da linha de montagem, que deram origem à produção em massa. Em 1911, iniciou-se uma nova divisão do trabalho, proposta por Taylor, que consistia na utilização de máquinas para a redução do tempo de produção.

As etapas do processo de produção foram fracionadas, tornando o trabalhador alienado das demais tarefas que não desenvolvia, realizando atividades ultraespecializadas e repetitivas, sob a intensa vigilância do seu empregador. Posteriormente Henry Ford adotou este modelo com algumas modificações, introduzindo o aumento da produtividade por meio da especialização e da linha de montagem.

No século XX, inaugurou-se a chamada Terceira Revolução, onde o sistema toyotista aumentou a eficiência da produção através da eliminação dos custos, afastando a figura da especialização, e transformando os trabalhadores em multifuncionais, conectando o trabalho com novas tecnologias, a microeletrônica, robótica, a microinformática, entre outros. Em adição, introduziu-se a flexibilização da produção a partir da substituição da produção em série pela adequação à lógica flexibilizada de mercado, impondo a desregulamentação dos direitos do trabalho.

A Revolução 4.0 iniciou-se no século XXI, pautada nas tecnologias dirigidas por computadores, softwares e redes, causando uma ruptura em relação ao período anteriormente estabelecido, ao criar um mundo de cooperação global e interação entre os mundos físicos, digitais e biológicos. A globalização permitiu que as mudanças trazidas pelos avanços tecnológicos ocorressem de forma mais rápida e abrangente.

Dentre tais mudanças, destacam-se a criação de novas categorias profissionais e a extinção de outras e a precarização das condições de trabalho, presente nas relações estabelecidas por aqueles que foram atingidos pelo desemprego em decorrência da automação. Logo, o cenário de precarização é marcado pelo esquecimento dos modelos tradicionais de trabalho e pela ausência de regulação jus laboral, levando à redução de direitos e garantias sociais dos trabalhadores.

No âmbito da correlação entre a economia e o trabalho, denota-se que o labor se encontra profundamente influenciado pelos fenômenos econômicos e vice versa, de modo que, com o advento da introdução das tecnologias na sociedade, inaugurou-se uma nova organização denominada economia de compartilhamento, que ocorre no mundo digital, e centra-se na comunicação facilitada entre provedores de serviços e consumidores, gerando mútuos benefícios e solidariedade social.

Neste contexto criam-se duas novas formas de trabalho, o “crowdwork” e o trabalho “on-demand”. O primeiro é formado pela realização de um trabalho fragmentado em tarefas especializadas, e é realizado totalmente online, o que permite com que seja realizado por qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo. Já a segunda modalidade, consiste na prestação de serviços tradicionais, na forma física, por trabalhadores subordinados aos comandos e regras estabelecidas através da programação das plataformas digitais.

A empresa Uber, que se utiliza do trabalho “on-demand”, afirma ser uma empresa de tecnologia que intermedia a prestação de trabalho de motoristas autônomos, entretanto aproveita-se da ausência de regulação legal das atividades para a obtenção de lucros vultuosos. Esta relação é marcada pelo controle pela programação, o sujeito objetivo, a liberdade programada, a gestão por recompensas, a mobilização total dos trabalhadores e pela atomização do trabalho.

Trabalhadores submetidos aos comandos de regras estabelecidas pelas programações laboram totalmente controlados e subordinados à empresa, de forma que a sua liberdade seja programada, e haja a coação a se tornarem sujeitos objetivos, que se adaptam às constantes e imprevisíveis mudanças impostas pela empresa. Logo, sem liberdade de decidir sobre os aspectos intrínsecos à execução do seu trabalho, como valor, trajeto e a clientela, o indivíduo fica dependente economicamente da plataforma e incapaz de negociar os termos do seu contrato.

Ademais, não bastasse o controle sobre os aspectos essenciais do seu trabalho, o trabalhador se encontra à mercê dos mecanismos de premiação e punição gerados pela empresa, que oferecem recompensas àqueles que se mobilizam a estarem totalmente

disponíveis à plataforma, e punem aqueles que contrariam os objetivos e comandos estabelecidos.

Desta forma, conclui-se que os trabalhadores são compelidos a exercerem jornadas exaustivas de trabalho para auferir uma renda mínima, já que não possuem gerência sobre a sua remuneração, e deste modo ficam alienados do seu pertencimento à um grupo, assim como são encorajados a adotar uma postura concorrencial em relação aos demais colegas, além de se tornarem responsáveis pelos riscos financeiros da atividade econômica.

Em suma, é possível ponderar que o serviço de transporte remunerado individual, intermediado pelas plataformas digitais, encontra-se ameaçado pela intensificação da precarização, causada pelo avanço da tecnologia e pela perda de direitos sociais dos trabalhadores, cuja motivação é centrada na redução dos custos de produção.

Não há como permitir a violação dos direitos sociais que visam garantir a dignidade e proteção do trabalho, bem como ignorar a existência da precarização das formas modernas de trabalho em contrariedade ao caráter humanista e protetor do Direito do Trabalho.

Deste modo, diante da hipossuficiência e dependência econômica do trabalhador em relação a empresa, além da ausência de igualdade para a negociação das cláusulas contratuais e distanciamento do modelo de autonomia alegado pela Uber, torna-se imprescindível a efetivação do trabalho decente no âmbito destas relações.

Para tanto, é imprescindível constituir um conjunto mínimo de direitos do trabalhador, cuja finalidade é ser um fator de melhoria das condições socioeconômicas da sociedade, assim como promover um trabalho digno, a redução das desigualdades sociais e a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse toar, impende reconhecer a necessidade de realização do dirigismo contratual estatal por meio do Direito do Trabalho, fundamentado na ausência de autonomia na relação jurídica analisada, e nas diretrizes constitucionais estabelecidas, que tornam o Estado responsável pela promoção da valorização do trabalho humano e a efetivação de uma existência digna aos trabalhadores, conforme os ditames da justiça social e a dimensão ética do Direito do Trabalho.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: a era do trabalhador just-in-time?”, *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, jan.-abr. 2020, p. 114.

ALVES, Eliete Tavelli. **Parassubordinação e uberização do trabalho: algumas reflexões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015, p. 34.

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. Boitempo Editorial, 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na Contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Reis; DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre os paradigmas da destruição e os caminhos da reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, Vanessa Rocha; MOREIRA, Allan Gomes. **Novas Tecnologias e a Precarização das Relações Laborais**. 2021. Brasília – DF, v. 20, n. 01, p. 309-330, jan./mar. 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha. **A teoria moral de Kant como fundamento para o trabalho decente**. In: Eliana Franco Teixeira; Vanessa Rocha Ferreira (org.) A aplicabilidade das teorias da justiça: uma homenagem a José Claudio Monteiro de Brito Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 25-40.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 216, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis; RODRIGUES, Bruno Alves; JÚNIOR, Eduardo de Resende Chaves Júnior, coordenadores. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano** – São Paulo: LTr, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo. Editora Atlas, 2015.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1993.

MARTINS, Graciane Prim. **Desemprego estrutural na era da globalização**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

MELO, Geraldo Magela. **A uberização do trabalho doméstico. Limites e tensões**. In: **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano – a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais**. Coordenadores: LEME, Ana Carolina Reis Paes et al. São Paulo: Ltr, 2017, pp. 120-226.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. Saraiva, 2005.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio. Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**, 2018.

PIRES, Horácio de Senna. Direito do Trabalho: a atualidade do princípio da proteção. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 2, p. 125–132, 2011.

RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende (Org.). **Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. 1. ed. São Paulo: LTr, p. 17-27, 2017.

RODRIGUES, Priscila. Direito do Trabalho 4.0: as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2019.

STEFANO, Valerio de. The rise of the " just-in time workforce": on demand work, crowdwork, and labor protection in the " gig economy". **Comparative labor law and policy journal**, v. 37, n. 3, p. 461-471, 2016.

VILLATORE, Marco Antônio César; IZUTA, Thierry Gihachi. Globalização e trabalho decente no Brasil. In: **Revista de Direito do Trabalho** – Especial. vol. 1. Jun/2019.

## A REALIDADE DA MULHER EM CÁRCERE NO BRASIL E A OMISSÃO ESTATAL

THE REALITY OF WOMEN IN BRAZILIAN'S PRISONS AND THE STATE OMISSION

Recebido em	17/11/2022
Aprovado em	30/11/2022

Juliana Rodrigues Freitas<sup>1</sup>  
Ana Carolina Borges da Silva<sup>2</sup>  
Ana Carolina Cardoso Castro<sup>3</sup>

### RESUMO

---

O presente artigo vislumbra estudar de forma teórica, tendo como base obras bibliográficas, doutrinas, dados e estudos de caso elaborados por órgãos colhedores de tais informações, a problemática relacionada à realidade da mulher no cárcere brasileiro, bem como, a forma com que o Estado lida com o referido contexto. A partir das pesquisas efetuadas nota-se que o cenário prisional relativo à mulher é demasiadamente precário, degradante e configura-se como mais uma forma de violência de gênero, de modo que as mulheres, ao mesmo tempo em que sofrem sanção penal relativa ao ilícito cometido, arcam, de igual forma, com uma segunda pena, que consiste na falta de infraestrutura adequada às suas especificidades, bem como são submetidas a uma situação de completo abandono social e estatal. Convém destacar também, a ocorrência da maternidade no cárcere, a qual muito embora encontre respaldo legal que objetiva assegurar o mínimo de assistência durante e após a gestação, em verdade o que se percebe é a mitigação de tais garantias às mães e seus filhos, além disso não há, na maioria dos casos, uma preparação para o eventual momento de separação entre estes. Por último, menciona-se a imprescindível implementação de políticas públicas que visem efetivar os direitos já previstos, de modo a buscar que a sanção penal possua um caráter para além do punitivo.

**Palavras-chave:** Mulher; sistema carcerário; direitos fundamentais; igualdade de gênero; maternidade.

### ABSTRACT

---

This article aims to study theoretically, based on bibliographic works, doctrines, data and case studies elaborated by organs collecting such information, the problem related to the female reality in the Brazilian prison, as well as the way in which the State deals with this context.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito (2010 - UFPA/ Università di Pisa - Itália). Mestre em Direitos Humanos (2003 - UFPA). Pós-Graduada em Direito do Estado (2006 - Universidade Carlos III de Madri - Espanha). Graduada em Direito (1998 - Universidade da Amazônia). Atua como Consultora Jurídica e Advogada na área eleitoral e municipal. Professora da Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Professora substituta de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da Universidade Federal do Pará, durante o período de 2003 a 2004. Pesquisadora do Observatório de Direito Eleitoral do CNPQ, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Mineração e Desenvolvimento na Amazônia.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

<sup>3</sup> Graduanda em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

From the research carried out, it is noted that the prison scenario relative to women is too precarious, degrading and is another form of gender-based violence, so that women, while suffering criminal sanction stemming from the illicit committed, end up suffering a second sentence, which consists of the lack of infrastructure appropriate to their specificities, and are subjected to a situation of complete social and state abandonment. It is also worth mentioning the occurrence of motherhood in prison, which although it finds legal support that aims to ensure minimal care during and after pregnancy, in fact what is perceived is the mitigation of such guarantees to mothers and their children, in addition there is, in most cases, no preparation for the possible moment of separation between them. Finally, it is mentioned the indispensable implementation of public policies aimed at implementing the rights already provided for, in order to seek that the criminal sanction has a character beyond the punitive.

**Keywords:** Woman; prison system; fundamental rights; equal gender; motherhood.

## 1 INTRODUÇÃO

A realidade da mulher no sistema carcerário brasileiro, muito embora seja uma temática em voga, nota-se que a propagação de tal debate, bem como a busca por medidas capazes de atenuar as incontáveis violações aos direitos e garantias fundamentais de tais mulheres, não são prioridades definidas como tais pela sociedade e tampouco pelo Poder Público. Nesse sentido, afirma-se ainda, que o cenário presente nas unidades prisionais é de completa exclusão social e abandono, contudo é possível verificar que no tocante ao contexto carcerário masculino, apesar dos inúmeros abusos sofridos percebe-se uma disparidade com relação à realidade imposta às mulheres em que estão submetidas às mesmas sanções penais.

Dessa maneira, mister se faz ressaltar que a presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a perspectiva comum do contexto vivenciado pelas mulheres não somente no tocante ao cárcere propriamente dito, mas busca-se demonstrar um pouco da realidade feminina antes de ingressar no cárcere e como esse ingresso ocorre na maioria dos casos, buscando-se, de igual modo, demonstrar um pouco do cenário pós cárcere, como se dá a sua reinserção social, após o tempo decorrido no cárcere, no qual nota-se uma realidade marcada por incontáveis violações.

Para além disso, o referido trabalho visa esclarecer e enumerar os problemas vivenciados pela mulher no sistema prisional com enfoque para seus direitos fundamentais, os quais são indiscutivelmente mitigados, em razão da existência de uma estrutura penitenciária, a qual mostra-se incapaz de atender as especificidades da mulher. Por último, este artigo almeja constatar o grande desafio atinente à maternidade no sistema carcerário brasileiro. Em virtude dessas considerações, a atual pesquisa visa elucidar e erradicar possíveis pré-conceitos e estereótipos, disseminados na sociedade brasileira com relação às

mulheres, e a realidade por elas enfrentada quando inseridas no sistema prisional.

Dessa maneira, destaca-se que o presente trabalho foi construído seguindo o método jurídico-dedutivo, a partir de pesquisa eminentemente bibliográfica de abordagem qualitativa, consultas a artigos científicos referentes à temática abordada, assim como levantamento de dados atuais acerca do sistema carcerário feminino, consoante a isso fora de igual modo utilizada como base a atual legislação constitucional e penal brasileira. Pelo exposto, tem-se como objetivo responder ao problema de pesquisa no tocante a realidade violadora de direitos fundamentais imposta às mulheres em condição de cárcere.

Tendo isso sido dito, os resultados alcançados por meio do presente trabalho demonstraram que é de opinião unívoca que é primordial a busca pela igualdade de tratamento às mulheres, diante das diversas violações acometidas e que sub-rogam a figura feminina a uma situação degradante, de modo que é imprescindível lhes assegurar o mínimo de dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dado que, não obstante o fato destas terem cometido atos ilícitos, ainda assim permanecem na qualidade de sujeitos de direito, devendo-lhes ser resguardado todos os seus direitos e garantias constitucionais, na tentativa de evitar assim a realidade de dúplice punição.

## **2 O ATUAL CENÁRIO DAS MULHERES SUBMETIDAS AO CÁRCERE**

A priori, destaca-se que o Estado Brasileiro atua de forma negligente e omissa no que se refere ao sistema carcerário, mais especificamente em relação à mulher em cárcere. Contudo, esta é uma questão que demanda maior atenção e comprometimento por parte do poder público nas esferas federativas, visto que de acordo com a segunda edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN Mulheres (2018), o Brasil ocupa o 4º (quarto) lugar no ranking de países com a maior ocupação carcerária feminina. Assim sendo, visa-se abordar acerca de algumas problemáticas enfrentadas pelas mulheres, não somente enquanto estão aprisionadas pelo Estado, isto é, sob a sua tutela, como também as múltiplas causas e consequências dessa prisão, desde problemas referentes ao machismo estrutural até a falta de garantias de direitos básicos.

É válido mencionar a ocorrência de um aumento expressivo de mulheres em situação de cárcere, sendo tal fato perceptível por meio das últimas pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (2022), em que no presente ano há um total de 49 mil mulheres no sistema prisional, conforme dados apresentados pela especialista em Direito Humanos, Fernandes (2022), demonstrando assim a predominância de políticas criminais repressivas, as

quais têm como primeira opção a prisão. Nesse viés, observamos que apesar de haver maior participação do homem do que da mulher no âmbito criminal, há de se mencionar uma nítida desigualdade em relação às condições a que ambos são impostos. Assim, no que se refere às mulheres, observa-se uma maior violação de direitos fundamentais e ausência de políticas públicas que visam a reinserção dessas mulheres na sociedade, evidenciando que o sistema penal se mostra como outra ferramenta institucionalizada de violência de gênero.

Faz-se alusão a progressos observados no mundo jurídico no que tange a figura feminina no sistema carcerário, recentemente, no ano de 2018, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Habeas Corpus coletivo, mais especificamente o HC 143.641, o qual pretendia converter a prisão preventiva em prisão domiciliar para as mulheres na condição de gestantes, em estado puerperal e para aquelas com filhos de até 12 anos, a ser cumprida pelos tribunais no prazo de 30 dias, para mais tal medida não deveria ser aplicada excepcionalmente às mulheres que cometeram crime mediante violência ou grave ameaça contra sua própria prole.

Em seu voto o ministro Lewandowski explanou alguns dados referentes ao INFOPEN, que apontam para a existência de apenas 34% de celas com acomodações para gestantes, ademais apenas 32% das unidades femininas possuem berçários, já as unidades mistas totalizam tão somente o índice de 3%, diante disso o ministro ressaltou que "Ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres. " (BRASIL, 2018, p. 13), por fim, o ministro ressaltou o fato de que atualmente o Brasil está impossibilitado de garantir estrutura adequada e mínima para atender às necessidades dessas mães que ficam impossibilitadas de vivenciar a maternidade com os subsídios indispensáveis à manutenção de sua saúde e da criança, o que inevitavelmente, com a permanência do infante ao cárcere, corrobora para uma espécie de transferência de pena das mulheres para sua prole.

Dito isto, ainda que tal decisão tenha resultado em significativo avanço quanto a garantia de direito de tais mulheres, observa-se que, no entanto, é evidente que ainda é uma medida dificilmente implementada no território nacional, é o que se nota a partir do levantamento Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), no qual se obteve a informação que após a audiência de custódia 31,6% das mulheres gestantes tiveram prisão preventiva decretada (CONJUR, 2022). Para além do supracitado Habeas Corpus, há de ser observada a Recomendação nº 62 de março de 2020, em que fora objeto de discussão a garantia de proteção a vida e saúde

daqueles privados de liberdade, dentre eles estão as gestantes, lactantes e mães de crianças de até 12 anos, as quais deveriam, cumprir prisão preventiva de maneira excepcional, contudo, o que se observa na realidade é a permanência da prisão dessas mulheres mesmo após ser realizada audiência de custódia. Ademais, ressalta-se a demasiada importância de se relatar as situações concretas impostas a essas mulheres, isto é, depreende-se a partir da análise da obra *Presos que Menstruam* (QUEIROZ, 2020), o fato de que apesar da diferença geográfica existente entre as penitenciárias situadas ao longo do território brasileiro, um fator em comum as une: na grande e massiva maioria dos casos, as péssimas condições e a notória falta de preparo do sistema prisional para se adequar às necessidades específicas da mulher enquanto detenta.

Além disso, destaca-se outra similitude entre as mulheres que ocupam o sistema carcerário, no que diz respeito às especificidades das detentas bem como ao seu processo de criminalização, fatores estes atrelados e interligados entre si, de modo que faz-se necessário levar em consideração as características intrínsecas de tais mulheres, bem como: sua cultura, essência e construção social enquanto cidadã, devendo ser considerado também, o machismo, patriarcalismo, abusos de todas as naturezas e discriminações no mercado de trabalho, os quais funcionam como impulsores para a inserção da mulher na criminalidade, caracterizando-se como fatores geralmente ignorados no âmbito criminal, ou seja, tem-se um Estado de caráter tão somente punitivo.

Concomitante a isso, reafirmando a notória negligência estatal e o nefasto tratamento dado às mulheres no sistema prisional, de modo que além da pena que lhes é imputada, são condicionadas a péssimas condições que fulminam seus direitos básicos, tais como: a dignidade da pessoa humana, tendo as suas necessidades básicas relativizadas, o que carece uma mudança significativa, garantindo-lhes a efetivação do texto legal e dos princípios constitucionais, em uma reestruturação do sistema que segue marcado pela opressão, em um grave contexto de violência.

## 2.1 PANORAMA GERAL DO CENÁRIO ANTES E PÓS CÁRCERE

Em uma primeira análise, é de suma importância salientar a predominância da população mais vulnerável e de grupos minoritários no sistema carcerário brasileiro. Nesse mérito, observa-se uma certa seletividade, comumente advinda de uma realidade na qual há a presença dominante de ideais nocivos oriundos do patriarcalismo e do capitalismo. Portanto, constata-se tal seletividade ao perceber que a maioria da população carcerária brasileira é constituída de pessoas submetidas a situações de pobreza e exclusão social, as quais estavam à

margem da sociedade antes mesmo de adentrarem no sistema prisional, cenário este facilmente percebido no que tange a realidade da mulher em situação de cárcere, de modo que estas demandam tratamento igualitário na medida das suas desigualdades como bem elucidado na dissertação *A Vulnerabilidade das Mulheres Encarceradas e a Justiça Social* (SIQUEIRA; ANDRECIOLI, 2019).

Nesse sentido é possível notar que o sistema prisional, assim como outros mecanismos da sociedade, funciona como um órgão regulador de controle informal destinado à população feminina, fortalecendo assim as discriminações de gênero e o patriarcalismo. Dessa forma, é inquestionável que ao invés de haver progressos em relação à proteção dos mais vulneráveis e grupos minoritários, o que se observa é um tratamento que ignora as suas especificidades não garantindo direitos básicos, bem como a própria dignidade da pessoa humana. Como já mencionado, para o cenário da mulher, medidas capazes de atenuar as desigualdades intrinsecamente impostas são indispensáveis para que seja garantida igualdade para além da formal (SIQUEIRA; ANDRECIOLI, 2019). O panorama geral do cenário que antecede a inserção da mulher ao sistema prisional, consiste na maioria dos casos em reiteradas limitações ao seu direito de liberdade, bem como a própria expressão de ser mulher, consideradas unicamente como figura materna, auxiliadoras do lar e destinadas a se dedicarem exclusivamente à família, massificando estereótipos que ultrapassam gerações, tal fato é muito bem elucidado no livro ora mencionado *Presos que Menstruam*, na qual pode-se permear os mais diversos relatos das mulheres inseridas no cárcere (QUEIROZ, 2020). Nessa linha de raciocínio, pontua-se que em consequência da perpetuação de tal estereótipo, há uma maior martirização das mulheres, enquanto pessoa que infringe a lei, do que em relação ao homem, dado que a repercussão sofrida por elas é demasiadamente mais severa justamente em razão da quebra de paradigma imposto socialmente.

Em sua obra Queiroz (2020) expõe que em um determinado momento anterior da história, a população feminina carcerária aos olhos da sociedade possuíam perfil de mulheres que se prostituíam, portadoras de doenças sexualmente transmissíveis ou ainda infratoras reincidentes. Nesse mérito de discussão, identifica-se que tais estereótipos acabaram por ser introduzidos juntamente com a mulher que adentrava ao cárcere, assim sendo, verifica-se que tal estigma ainda está fortemente presente na sociedade atual. Ademais, infere-se que há a incidência de um perfil predominante dentre a população carcerária feminina, na maioria expressiva dos casos relatados na obra mencionada, a autora trata sobre mães jovens e solteiras, as quais possuem baixo nível de escolaridade e passam por sérias dificuldades financeiras. Além disso, é comum que tais mulheres encontram-se desempregadas ou atuem

em serviços em que a remuneração é ínfima; e, ainda soma-se o fato de que é possível identificar em suas histórias pessoais vivências de péssima qualidade no âmbito familiar, em que muitas vezes há a ausência de seus genitores, ou ainda que estas residiam em localidades socialmente vulneráveis, onde tal fato constitui fator contributivo no que se refere a inacessibilidade à educação e a recorrente incidência de uma série de violências (QUEIROZ, 2020).

No tocante aos inúmeros relatos presentes na obra supracitada, bem como de acordo com o perfil comumente percebido, nota-se que muitas detentas constituíam matrimônio, contudo, nos casos em que há a ocorrência do divórcio, a mulher passa a assumir sozinha o papel de provedora familiar, além de ser responsável por todos os encargos do lar (QUEIROZ, 2020). A partir disso, evidencia-se mais um entrave enfrentado pela maioria das mulheres que ocupam o sistema prisional, tendo que diante da necessidade financeira é imprescindível a inserção no mercado de trabalho, entretanto, o cenário encarado por elas é marcado pela dificuldade de acesso a empregos que remuneram de maneira suficiente e capaz de suprir suas necessidades, motivo pelo qual acabam sendo inseridas no mercado informal, em razão de sua baixa qualificação profissional.

Outrossim, é imprescindível trazer à tona o fato de que o crime de tráfico de drogas é o que mais encarcera as mulheres, conforme dados do INFOPEN (2017) referente a pesquisa realizada no ano de 2017, em que 62% da população carcerária feminina ingressou no sistema prisional em razão do crime de tráfico de drogas, em contrapartida no cárcere masculino tem-se o percentual de 26% de homens presos pela tipificação penal de tráfico de drogas, contudo, o que se percebe na verdade é que o papel feminino no tráfico não passa de uma figura mais fragilizada, submersa unicamente às regras impostas, como bem elucidado no artigo científico O Aumento da População Carcerária Feminina no Brasil (RANGEL, 2018). Tal fato se dá em detrimento do estereótipo de inferioridade feminina formado, que constantemente persegue a mulher em qualquer papel que desempenhe, ou seja, no mercado das drogas não acontece diferente, a mulher continua sendo submetida a desempenhar funções supostamente atreladas a figura feminina, as quais unicamente aceitam por necessidades financeiras ou ainda por suas relações afetivas.

No que se refere às consequências oriundas do sistema prisional a essas mulheres, evidencia-se mais uma violência de gênero imposta. Ora, sabe-se que na maioria dos casos, no momento em que um homem é detido, a família deste permanece aguardando seu regresso, de outro modo, a mulher quando ingressa no cárcere, se depara com um cenário inteiramente diferente. Conforme o relatado por Débora Vasconcellos, pesquisadora do ITTC (Instituto

Terra Trabalho e Cidadania), as visitas ao cárcere são predominantemente realizadas por familiares do gênero feminino, raras são as vezes em que se tem homens visitando companheiras ou ainda, parentes no sistema prisional. Ademais, segundo a fundadora do Por Nós, Iya Batia, um coletivo de mulheres sobreviventes do cárcere (VALLE, 2022), há encarceradas que sequer recebem visitas, afirmando ainda, que o grande responsável pelo abandono dessas prisioneiras é justamente o preconceito de gênero, de modo que em uma sociedade marcada pelo patriarcalismo, que a todo momento visa determinar o lugar ao qual a mulher pertence e deve continuar permanecendo, ao ocorrer a incidência de um delito praticado por uma mulher a reprovação da conduta é exacerbada em comparação ao homem, causando muito mais escândalo aos familiares e companheiros do que o contrário, em que o homem parece ser mais facilmente compreendido e perdoado do que a mulher.

Nesse íterim, nota-se que o contexto pós-cárcere enfrentado pelas mulheres é marcado por árduas dificuldades e adversidades, as quais sequer são enfrentadas por parte dos homens que estão em situação igualitária, de modo que faz-se alusão aos casos das mulheres que possuem filhos, nessa circunstância é necessário ainda mais esforço por parte da referida detenta, visto que para que haja recuperação da guarda de tal menor é preciso haver demonstração de que está em plena capacidade de reaver tal guarda, devendo ainda, apresentar em juízo a comprovação de seu endereço, bem como emprego, contudo, constata-se que a reinserção social dessas mulheres é uma tarefa custosa, haja vista a estereotipização em torno de sua imagem. Assim sendo, verifica-se a partir do exposto na regra 90 das Regras Mínimas das Nações Unidas para tratamento de reclusos que é um encargo da sociedade, bem como do poder público, o combate aos preconceitos sofridos por exemplo a detentos, a fim de propiciar uma reintegração social digna, senão vejamos:

O dever da sociedade não termina com a libertação do preso. Deve-se dispor, por conseguinte, dos serviços de organismos governamentais ou privados capazes de prestar à pessoa solta uma ajuda pós-penitenciária eficaz, que tenda a diminuir os preconceitos para com ela e permitam sua readaptação à comunidade (ONU, 1955, p. 29).

Para mais, é possível observar que de acordo com a escritora Olga Espinoza, que em sua obra *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*, referenciou os ensinamentos do doutrinador Zaffaroni, o sistema prisional encontra-se baseado em um processo de elaboração do poder de gênero, isto significa portanto que a figura feminina, desde os primórdios da criação do sistema, sofre agressão e desrespeito pelo respectivo sistema, tornando ainda mais árduo e penoso a situação de cárcere (ESPINOZA, 2004). Nesse sentido, é imprescindível

apontar a busca existente pela cessação da desigualdade de gênero, bem como, a constatação das distinções de sexo, o que os difere deve perpassar a esfera biológica, abrangendo de igual modo a vida social, dado que diante da expressiva desigualdade vivenciada na atualidade, a mulher ainda é considerada como subordinada e submissa, cenário este que é intensificado após seu encarceramento. Isto posto, o investimento em políticas públicas capazes de considerar e ponderar as necessidades específicas do gênero feminino, reconhecendo a diferença da mulher não somente no âmbito biológico, mas no âmbito social, é de extrema importância.

Destaca-se que a Constituição Federativa Brasileira de 1988 recepcionou a lei nº 7.210/1984, referência no tocante às mudanças significativas no âmbito do sistema carcerário nacional, dado que tal lei não só admitiu como reconheceu o indivíduo como o pilar e a extremidade do âmbito jurídico, ou seja, tornou-se primordial a contemplação das normas referentes aos direitos humanos e cidadania (BRASIL, 1988). Haja vista o exposto referente a supracitada legislação, constata-se que anteriormente à edição desta o cumprimento da sanção punitiva tratava-se tão somente de uma consequência coerente e jurídica da condenação verificada, contudo, as verdadeiras pretensões punitivas acabavam por não serem contempladas. Faz-se alusão ainda a instauração de diretrizes as quais devem ser consideradas como encargo Estadual, assim sendo, é indispensável a garantia de um ambiente prisional capaz de suprir necessidades básicas da população feminina encarcerada, sendo primordial a execução e concretização de políticas próprias focalizadas nesse âmbito.

Pontua-se ainda que diante do regime democrático adotado no território nacional, as penas e sanções impostas a população carcerária prescindem de limitação, ou seja, é necessário que sejam atendidos os ditames constitucionais a partir da garantia de direitos fundamentais, bem como os limites a que a própria pena se destina, para que a limitação do jus puniendi ocorra. Ademais, ressalta-se que de acordo com o doutrinador Zaffaroni (2021), a característica elementar das penas diz respeito à humanidade, em outros termos, é fundamental observar uma certa proporcionalidade e racionalidade para que haja a aplicação e o cumprimento de uma determinada sanção imposta. Assim sendo, ao se tratar de sanções condenatórias não é possível que haja supressão da posição de pessoa humana detentora de direitos. Importante constatar que muito embora estejam previstas as já mencionadas garantias, o que se percebe em verdade a partir do sistema prisional existente é que diante do aumento exponencial da população carcerária não foi possível haver uma implementação de logística para receber e acomodar a referida população.

Nesse sentido, menciona-se ainda que além da ausência de estrutura local adequada, por óbvio, sequer foram apreciadas quaisquer tipos de reparos e benfeitorias nas unidades prisionais já existentes no intuito de garantir o mínimo necessário de dignidade humana. É de conhecimento amplo pela sociedade, a atual situação de superlotação nos presídios por todo o território brasileiro, fato este contribuinte para a deplorável qualidade de vida no cárcere, que por conseguinte inviabiliza inclusive eventuais programas de ressocialização, a fim de que fossem fornecidos os subsídios mínimos para reinserção na sociedade. Isto posto, nota-se que conforme informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça, mesmo com a aplicação de capital financeiro na finalidade de edificar novas unidades carcerárias, a escassez de espaço nos estabelecimentos penais ainda é um grande obstáculo o qual tem crescido cada vez mais.

Faz-se alusão a atuação do Conselho Nacional de Justiça frente a mutirões carcerários realizados a fim de colher informações mais precisas acerca da atual situação do sistema prisional, pelo que se pode verificar o já mencionado estado de superlotação presente quase que na maioria das unidades carcerárias pelo país, além da presente superlotação, é perceptível problemáticas relativas ao próprio ambiente, tendo sido averiguado a ausência de condições higiênicas básica caracterizando-se um local completamente insalubre. Para mais, evidencia-se tais condições precárias a partir da péssima estrutura das unidades prisionais, nas quais não se observa, em sua maioria, acesso a direitos básicos, a citar: local para que os presos possam dormir, falta de água, ausência de medicamentos e auxílio médico, possibilitando a difusão de possíveis enfermidades contagiosas. No que tange às unidades carcerárias femininas, faz-se referência a escassez destas no território nacional, excepcionalmente é possível que haja penitenciárias exclusivamente femininas, contudo, tais ambientes não foram edificados com tal finalidade, via de regra tratam-se de antigos presídios masculinos, ou antigas unidades as quais tiveram seus presos realocados, ou ainda propriedades públicas as quais encontravam-se desativadas e foram, teoricamente, revitalizadas.

Nesse sentido, constata-se que a lei de drogas tem assumido um papel propulsor frente ao encarceramento, principalmente o feminino, dado que hodiernamente a lei de drogas estabelece uma pena mínima superior ao previsto anteriormente, tendo sido aumentado também o tempo de execução da pena para que haja a ocorrência de progressão de regime e livramento condicional, além de não dispor acerca da diferenciação entre aquele que é usuário de entorpecentes e quem realiza o tráfico de fato (BOITEAUX, 2014). Assim, é evidente que não há estrutura adequada para receber nos presídios femininos esse aumento de população carcerária, não sendo disponibilizados os meios necessários aptos a atenderem as

particularidades femininas. Nessa perspectiva, cabe mencionar a realidade habitual no tocante a ausência de transferência de cadeias públicas para as unidades carcerárias apropriadas a referida população feminina, nesse sentido, nota-se que durante o curso processual as mulheres se veem obrigadas a esperar tal trâmite em unidades prisionais masculinas ou ainda em cadeias públicas. Portanto, é inquestionável que para além da marginalização, segregação e violência inerentes às pessoas em situação de cárcere, a figura feminina, por sua vez, ainda conta com o total descaso intrínseco na compreensão acerca do processo de penalização o qual fora construído ao longo do tempo.

## 2.2 A BUSCA PELA IGUALDADE DE TRATAMENTO NO DIREITO PENAL

No âmbito das relações jurídico-penais, tal como ocorre em diversas outras áreas da sociedade, é notória a existência de normas próprias que possuem certo teor discriminatório ao gênero feminino, além disso é incontestável o fato de que o sistema prisional brasileiro, em sua maioria, não está apto para o recebimento das mulheres, levando-se em consideração suas características próprias, bem como, peculiaridades que a distinguem do gênero masculino. Consequentemente, não bastando haver tão somente uma precariedade de estrutura referente ao cárcere feminino e normas de direito penal discriminatórias, há também um déficit atinente a própria concepção de criminalidade feminina, evidenciando um significativo abandono a essa parcela da sociedade, que sequer busca-se compreender e uma vez incompreendidas estão mais suscetíveis a violações de seus direitos.

Ao longo da história da sociedade, percebe-se a partir da dissertação *A Desconstrução da Criminalidade Feminina* (ISHIY, 2014), em que aborda especificamente o Direito Penal e suas aplicações com o passar dos anos, o qual mantinha um padrão de tratamento diferente entre gêneros, logo, sexista, pelo que algumas condutas eram criminalizadas desigualmente para mulheres em comparação aos homens, com adoção de critérios irrelevantes ao fato delituoso em si e que corroboram diretamente para a criação de normas e padrões jurídicos, no âmbito criminal, inegavelmente discriminatórios. Dito isto, há de se mencionar no que se refere a tal problemática, que embora dirimida após movimentos sociais, como o feminismo liberal, ainda persiste, mesmo que de forma velada, de modo que para se compreender o atual cenário é indispensável se realizar considerações acerca da origem da inserção desse teor discriminatório no próprio âmbito jurídico-penal.

Nesse sentido, é possível se depreender que tal como era comum a presença da discriminação ao gênero feminino no processo de formação social, também foi implementado tal caráter no Direito Penal, tendo em conta que era presente a distinção de condutas entre

gêneros, de modo essencialmente sexista. Concomitante a isso e em consonância ao exposto, coleciona-se o seguinte entendimento elaborado pelo Professor Renato Silveira, o qual considera o direito penal sexual um fator de demasiada relevância para compreensão das questões relativas ao gênero feminino e as discriminações que o permeiam:

O Direito Penal, portanto, mostra-se como uma estratégia criadora de gênero, ou melhor, das discriminações atuantes quanto à distinção entre homens e mulheres. Poder-se-ia dizer, realmente, que se isso era outrora presente, hoje não mais. Apesar da tentativa de superação da separação passada, até mesmo com discriminações positivas, das quais pode se dizer sobre o assédio sexual, a distinção é de se manter (SILVEIRA, 2007, p. 351).

A partir dessa noção de discriminação da mulher, a qual vem permeando toda a história da sociedade e sendo ainda presente nos dias hodiernos é que podemos inferir que essa problemática, inserida no âmbito jurídico-penal, ensejou em percepções discriminatórias relacionadas a moralidade da mulher quando esta cometia um crime ou quando era vítima. Recorrentes eram as vezes em que se justificava determinado delito cometido contra a figura feminina associando a ideia de que esta havia contribuído para o próprio crime por ser considerada imoral ou por ter provocado o agressor a cometer o delito, como se não bastasse, também se levava em consideração para compreensão do ato delituoso a concepção de honestidade, a qual surgiu como fator que determinaria se alguém era digno de proteção pela lei penal. Nessa percepção, como bem afirma Renato Silveira, para se identificar um homem honesto, bastava tão somente observar seu caráter financeiro, ao passo que para uma mulher ser considerada honesta e, portanto, digna de proteção pela lei penal, esta deveria indispensavelmente possuir um comportamento sexual aceitável diante da sociedade.

Há de se mencionar o contexto histórico responsável por essa relativização de direitos, em que ora a mulher é digna de proteção no âmbito penal e ora não, a depender de seu comportamento. Nessa monta, chama-se atenção para os casos em que se admitia a "legítima defesa à honra" como abordado na pesquisa desenvolvida pelo historiador Emanuel Araújo (ARAÚJO, 2011, p. 59), na qual estudou-se casos em que para se justificar o homicídio de mulheres por seus companheiros, estes assumiram o caráter de ofendidos diante dos casos de adultério, de modo que tal conduta não somente era praticada amplamente em sociedade, como também havia inclusive regulamentação à época pelas Ordenações Filipinas nº 38, mais especificamente no Livro V, Título XXXVIII (BRASIL, 1451). Olhando para a história do nosso país, vislumbramos uma sociedade brasileira que era marcada e ainda é pelo patriarcalismo, na qual a figura masculina era chave central das relações sociais, enquanto que

a mulher era vista tão somente como um bem, conforme é elucidado no livro *Dicionário Feminino da Infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência* (FLEURY-TEIXEIRA, 2015). Apesar desse cenário, nota-se que com o passar dos anos a legislação pátria começou a tomar o posicionamento de regular as relações em sociedade, ainda que de modo tardio, não mais permitindo atos de violência feminina, havendo a criminalização de toda e qualquer violação da integridade física e subtração da vida feminina, inclusive aquelas em âmbito conjugal com suposta alegação de defesa em nome da honra, tendo em conta que não há honra mais valiosa do que a própria vida.

Seguindo esse prisma, muito embora, como já mencionado, as leis tivessem começado a convergir para uma repreensão estatal, mediante regramentos legais para punir os atos de violência feminina, observa-se, em verdade, que se buscou tão somente a solução de conflitos individuais, sem que houvesse uma busca de esforços para tentar atenuar a problemática como um todo, ao invés de somente parte dela, de modo que se repreendia tão somente o autor do crime, deixando considerar todos os outros indivíduos, inseridos na sociedade, que concorreram para a prática de tal ato, tendo que tal fenômeno é explicitado na obra *Mulheres e o Sistema Penal: Violência Doméstica* (LARRAURI, 2008). Tais evidências levam-nos a conclusão inevitável de escolha pelo sistema penal de ignorar todo o contexto histórico de coação e violência a qual a mulher era aprisionada, optando pela repreensão após o fato criminoso ocorrer e não se preocupando em buscar soluções para evitar que o referido ato ocorra.

Concomitantemente, identifica-se não só tal problemática no sistema penal, mas de igual modo é notório que há, assim como em muitas esferas da sociedade, uma clara seletividade nesse sistema, conforme elucidado na dissertação elaborada por Ishiy (2014), na qual afirma-se que apenas se pune determinados indivíduos que estariam mais vulneráveis e suscetíveis a repreensão estatal em comparação a outros agressores que recebem um tratamento diferenciado pela lei, inclusive sendo avaliado o caráter da mulher agredida, resultando em alguns casos na impunidade, de modo que a consequência direta de tal impunidade é justamente o desamparo às mulheres vítimas de violência tanto de seus companheiros quanto do próprio sistema judiciário, uma vez que permanecem sendo agredidas. Portanto, é evidente que nesses casos de violência, relativiza-se a punição do agressor dependendo do seu grau de vulnerabilidade bem como o caráter da mulher, ocorre também a mesma avaliação de caráter da mulher quando esta ingressa no sistema prisional.

### **3 O RETRATO DAS MULHERES ENCARCERADAS E A MITIGAÇÃO DE SEUS DIREITOS**

A priori é válido mencionar que no Brasil, de acordo com dados levantados no ano de 2015 pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN), existem 1.424 unidades carcerárias, dentre as quais existem três tipos de instalações prisionais (AGÊNCIA CNJ, 2015), sendo estas exclusivamente masculinas ou femininas e ainda aquelas que são conhecidas como mistas, a qual reúne tanto homens quanto mulheres. Tendo isso sido dito, observa-se que em comparação às unidades mistas, o número de unidades exclusivamente femininas é muito inferior, visto que é composto tão somente por aproximadamente 58 unidades prisionais, enquanto que as penitenciárias mistas comportam cerca de 450 unidades, dados estes disponibilizados pelo relatório confeccionado pela Pastoral Carcerária (PASTORAL; CONECTAS, 2012), confirmando assim a realidade de abandono, por parte do poder público, o que acaba por gerar péssimas condições às mulheres em situação de cárcere.

Nesse ínterim, segundo o artigo científico Uma revisão de literatura sobre a realidade das mulheres encarceradas (SANTOS; SILVA; MASULLO, 2020), bem como constatações a partir de pesquisas acerca da temática, verifica-se que o sistema prisional brasileiro é composto de penitenciárias que são constituídas e imaginadas para população carcerária masculina, o que por si só já caracteriza uma violência de gênero, posto que não são respeitadas ou ao menos consideradas as especificidades e peculiaridades que tornam as mulheres diferentes dos homens. Além disso, é notório que as unidades exclusivamente destinadas às mulheres são meras adaptações de unidades masculinas, as quais por diversos motivos, tais como rebeliões e superlotação, não serviam mais para os presos que ali cumpriam suas penas, nesse sentido, destaca-se o prelecionado por Santoro e Pereira (2018, p. 90): “O percentual de mulheres encarceradas é menor comparativamente aos homens, contudo, a reduzida presença numérica das mulheres não pode ser usada como justificativa para a violação de seus direitos”.

Concomitante a isso, como se não bastasse o descaso estrutural, nota-se que predomina um cenário marcado pela negligência e ausência referentes ao fornecimento de recursos básicos. Nesse sentido, a realidade presenciada no sistema carcerário mostra-se além do que é reportado, devido a demasiada precariedade no tocante à questão higiênica, não somente pessoal como local, evidenciando uma clara violação às normas de Execução Penal (BRASIL, 1984). Importa esclarecer ainda que de acordo com o disposto na supracitada Lei

de Execução Penal, é um encargo público a visita às penitenciárias no intuito de verificar o pleno funcionamento a fim de averiguar a observância das diretrizes previstas em Lei e na Constituição Federal, cabendo ainda, estabelecer providências a serem seguidas para que haja um melhor atendimento à população carcerária, assegurando-lhes o mínimo de condições para sua subsistência.

Cita-se o mencionado no artigo elaborado por Viscaino (2016), o qual retrata que diante da falta de higiene, é improvável que até mesmo as mulheres que apresentam condições saudáveis não desenvolvam algum tipo de doença, contudo, verifica-se que é possível haver casos em que as detentas possuem acesso a produtos de higiene, porém, tais utensílios sequer duram um mês, além disso, no que se refere ao acesso à saúde, tem-se que de fato é um direito quase que inacessível a estas mulheres. Destaca-se que a falta de médicos e de medicamentos necessários para tratamento, é uma problemática, a qual evidencia-se a partir do recente levantamento realizado pelo INFOPEN (2018), em que consta a informação de que 15 estados não possuem médicos ginecologista exercendo atividades e há um total de apenas 28 ginecologistas nas unidades prisionais mistas e femininas pelo território brasileiro.

Evidencia-se ainda casos de mulheres portadoras de HIV, conforme o levantamento pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2014), nas unidades prisionais há a existência de aproximadamente 1.204 mulheres acometidas de doenças transmissíveis, isto é, 5,3% das detentas, entre tais doenças a de maior incidência é o HIV, representando 46% dos casos. Isto posto, tem-se que as detentas portadoras do vírus não recebem o devido tratamento e atenção, o que corrobora no agravamento de sua condição de saúde e em alguns casos pode ocasionar morte, visto que não há medicamento fornecido por parte do poder público, fazendo com que tais mulheres dependem tão somente de doações por comunidades locais ou de suas famílias. Nesse mérito, tendo em conta os relatos presentes no Livro Presos que Menstruam (QUEIROZ, 2020), tem-se que dado a dependência exclusivamente de seus familiares ou entes próximos para acessar ao mínimo de qualidade de vida, essas detentas acabam por estarem em situação de completo desamparo, dado que recorrentemente o abandono familiar ocorre no momento em que a mulher ingressa no cárcere. Tal cenário mostra-se completamente diferente ao se comparar com a situação do homem no cárcere, tendo em conta que não há a ocorrência de um verdadeiro abandono familiar, visto que a incidência de visitas frequentes, portanto, as mulheres, quando negligenciadas tanto pela sociedade, quanto pelo Estado, se vêem obrigadas a racionar produtos básicos o quais encontram-se em quantidades insuficientes, para que dessa forma possam utilizá-los como moeda de troca no

intuito de obter determinados utensílios que precisam, assim sendo, infere-se que não há outra alternativa para adquiri-los.

Outrossim, pontua-se outra problemática presente nas unidades prisionais no tocante a ausência de alimentos capazes de suprir nutricionalmente as detentas, inclusive em decorrência da falta de higienização local, boa parte dos alimentos não apresentam qualidade mínima adequada para ingestão. Para mais, é de suma importância fazer alusão aos tipos de violência estrutural sofridas pelas mulheres no sistema prisional, tais como: violência psicológica, violência sexual, ameaças, espancamentos, as quais podem ser cometidas por agentes penitenciários e ainda, por outros presidiários no caso das prisões mistas, além disso a violência é perpetrada a partir do momento em que não são efetivados os direitos mínimos seguradores da dignidade das reclusas, tais aspectos intrincados são abordados na obra *Prisioneiras de Varella* (2017), na qual expõe a recorrência de mulheres submetidas a situações degradantes, desde as instalações prisionais de precária qualidade, até as violências físicas cometidas durante interrogatórios para extração de informações, como ocorre em alguns casos.

Dessa maneira, infere-se que é comum situações em que os funcionários por vezes, como forma de demonstrar autoridade e poder sobre as detentas, se utilizam de força física, bem como tortura psicológica a partir do emprego da violência ou constrangimento sexual, cabendo destaque para a possibilidade de tais violências serem cometidas inclusive pelas próprias companheiras em cárcere. Para mais, chama-se atenção para os casos em que havendo a violência física tais mulheres buscam relatar o ocorrido, visando assim serem de algum modo resguardadas, ou ainda, buscando uma punição para o agressor, no entanto a realidade que se mostra evidente em muitos casos é de verdadeiro desprezo cometido pelos profissionais responsáveis, inclusive após a realização do exame de corpo de delito, certos médicos não subscrevem as agressões perpetradas nos laudos das pacientes, problemática essa abordada no artigo *Violência institucional contra as mulheres no cárcere* (COSTA, 2020). Por mais que tais atos sejam claramente ilegais, é possível perceber que são acontecimentos recorrentes em que não são verificadas quaisquer medidas ou ainda qualquer consequência prática para quem perpetuou tal conduta.

#### **4 O DESAFIO DA MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL**

Sabe-se que os problemas no cárcere são inúmeros, como exposto anteriormente, mas cabe destaque ainda, para um dos maiores desafios enfrentados por essas mulheres: a maternidade atrás das grades. Percebe-se que em relação a essa problemática o abandono

mostra-se mais evidente, uma vez que há uma maioria significativa de presas que são mães, conforme se evidencia a partir do levantamento do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias no ano de 2018, em que tem-se o total de população prisional feminina totalizando 42.355, dentre estas 536 são mulheres grávidas e 350 lactantes, desse total apenas

269 são contempladas com celas adequadas, em tese, às suas necessidades (DEPEN, 2018). Além disso, o que se observa no panorama geral do cárcere feminino é que nos casos em que as mães permanecem por tempo limitado com o bebê, estas se utilizam dos meios ali presentes, no momento, os quais para elas mesmas já não se mostram suficientes.

Nesse âmbito, não se verifica investimento ou sequer atenção direcionada especificamente à gestação no cárcere, no sentido em que estas mulheres e seus filhos encontram-se desamparadas totalmente pela sociedade, pelo poder público, em alguns casos por suas famílias, amigos e também pela criminologia, visto que apenas 16% das unidades prisionais femininas ou mistas dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes (INFOPEN, 2018). Diante disso, é notório que o encarceramento não atinge somente essas gestantes, como atinge de igual modo seus filhos, sujeitando-os a toda precariedade em relação à infraestrutura, saúde, alimentação e higiene, fatores esses que acabam por implicar consideravelmente em problemas no desenvolvimento dessa criança, corroborando em uma série de violações aos direitos fundamentais não somente das mães, como também dos infantes.

Nesse mérito, é notório que há violações também no que tange ao próprio direito de maternidade das encarceradas, uma vez que as condições de descaso e negligência submetidas a tais detentas no momento do parto, bem como durante a amamentação, são recorrentes, devendo se dar atenção também a um dos momentos mais difíceis impostos a essas mulheres, a separação entre elas e seus filhos. No que diz respeito ao momento do parto, como bem elucidado no artigo *Mães no cárcere: A violação do direito à gravidez e à maternidade no sistema prisional* (GONÇALVES, 2020), que enquanto as mulheres que gozam de sua liberdade e são usuárias do Sistema Único de Saúde têm maiores chances de acesso a hospitais capazes de proporcionar assistência, às mulheres encarceradas não possuem este mesmo direito, de modo que não há local apropriado para se ter o bebê ou ainda subsídios necessários para garantir assistência médica apropriada, e posterior ao nascimento não há estruturas suficientes adequadas para manter no cárcere grávidas e seus filhos, dificultando ainda mais o processo de amamentação, devido às péssimas condições, seja pela falta de estrutura e local apropriado para tal, seja pela falta de materiais minimamente necessários.

Isto posto, é inquestionável a precarização e a escassez do auxílio à saúde básica para com as detentas, não havendo, como já dito antes, disponibilização de medicamentos e sequer assistência médica por profissional da área, problemática essa que afeta mais incisivamente as mulheres grávidas, como se percebe na obra *Ausência de Assistência à Gestante em situação de cárcere penitenciário* (GALVÃO; DAVIM, 2013). Isto posto, é notório que mesmo havendo previsão expressa no Art. 14 da Lei de Execução Penal, não há de fato uma garantia de que serão prestados os serviços de saúde, havendo previsão na própria Constituição Federal, no Estatuto da Criança e Adolescente, bem como nas Regras de Bangkok, regidas pelas Nações Unidas, que visam regular o tratamento das encarceradas e dispor acerca das medidas não privativas de liberdade com relação a uma parcela da população de infratoras. Sabe-se, por óbvio, que a assistência a saúde e fornecimento de medicamentos são serviços primordiais a manutenção da saúde das detentas, de modo que, se para estas já é demasiadamente difícil se encontrarem em tal situação, é incontestável que com relação às mulheres grávidas e lactantes no cárcere esse cenário de abandono é intensificado.

Nessa perspectiva, tem-se que a mulher grávida em situação de cárcere, está hipoteticamente amparada pelo que rege o dispositivo do artigo 14, §3º da LEP (BRASIL, 1984), todavia o que se percebe, a partir dos relatos extraídos das obras ora supracitadas, bem como dos dados referentes ao INFOPEN, é que tais mulheres encontram-se submetidas a permanecer reclusas em um ambiente insalubre, inseguro, que não dispõe de meios que auxiliem numa gestação saudável. Com enfoque para a não disponibilização de atendimentos médicos necessários indispensáveis a grávidas, como o exame pré-natal, nesse âmbito é relevante mencionar uma pesquisa realizada pela Fiocruz, a partir de um censo nacional, realizado entre agosto de 2012 e janeiro de 2014, em que se constatou que 55% das grávidas receberam número de consultas abaixo do recomendado e que também foi abordado na obra *Nascer na Prisão: Gestação e parto atrás das grades no Brasil* (LEAL et al, 2016), o que inegavelmente sujeita a uma situação de extremo risco tanto mãe quanto filho, inclusive com relação a doenças sexualmente transmissíveis.

Segundo ainda dados da já mencionada pesquisa, destaca-se o alarmante percentual referente a 32% das mulheres que não foram diagnosticadas com sífilis durante a gestação, vindo a doença à tona tão somente após o parto, de modo que os dados apontam que 4,6% dos infantes nascem com sífilis congênita, portanto a depender da gravidade da moléstia, esta pode até levar a criança a óbito, além de outras complicações próprias da gravidez que se bem auxiliadas podem preservar a vida de ambos, tanto filho quanto mãe. A pesquisa aponta ainda, que 15% das mulheres, que se encontravam hospitalizadas, relatam terem sido submetidas a

violências variadas, desde verbal a psicológicas e até mesmo violência física, fazendo-se ressalva para o fato de que  $\frac{1}{3}$  dessas mulheres afirmaram ser obrigadas a permanecer algemadas durante o parto (FIOCRUZ, 2015).

Da mesma forma que não há amparo de qualidade para a mulher durante a gestação, não há também subsídios necessários após o parto, dado que na maioria das unidades prisionais sequer existe uma área destinada às mães e seus filhos recém nascidos, destacando novamente os dados referentes ao INFOPEN (2018) em que dentre todas as unidades prisionais femininas e mistas há um total de apenas 55 unidades em todo o território nacional que dispõe de local supostamente adequado para se manter as grávidas e lactantes, cabendo ressaltar ainda, que no estado do Pará, especificamente, dispomos tão somente de 2 unidades prisionais que possuem dormitório ou cela para gestantes e lactantes.

Ademais, quando há espaços destinados a essa finalidade, observa-se que apenas 14% das unidades femininas e mistas dispõe de berços para os bebês e/ou centro de referência materno-infantil para crianças de até 2 anos, assim 86% das unidades prisionais não disponibilizam berços para as crianças, além de não haver locais adequados para que a mãe possa descansar e tão pouco ala materno-infantil (INFOPEN, 2018), dificultando a amamentação e por conseguinte afetando a saúde do recém-nascido negativamente, bem como o seu desenvolvimento. A realidade imposta a essas mães no cárcere se restringe, na maioria das vezes, a verdadeiras tentativas de adaptações de berçários em celas degradadas e totalmente insalubres, levando-se a conclusão de que a dignidade humana claramente violada com frequência, também é um fato que incide sobre a criança nascida no cárcere, violações estas que não são meramente constitucionais, mas ao próprio conceito de humanidade.

Nesse ínterim, faz-se referência às normas mínimas para o tratamento dos presos desenvolvida pela ONU (Organização das Nações Unidas), infere-se que tal ordenamento já havia prelecionado acerca da primordialidade da existência de unidades prisionais essencialmente femininas, além de haver disposição legal na própria Lei de Execução Penal nº 7.210/84 (BRASIL, 1984) para haver separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos, no intuito de que estes sejam minimamente adaptados e contemplados com equipamentos necessários e capazes de atender as detentas que geraram seus filhos e ainda, as grávidas. Dessa maneira, frente a notável dimensão e seriedade do vínculo materno com sua prole, além das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas, nomeadamente Regras de Bangkok, a Lei de Execução Penal de igual modo dispõe em seu Art. 83 §2º e Art. 89 (BRASIL, 1984), acerca da imprescindível existência de berçários e de creches guarnecidas de profissionais capacitados, buscando-se, dessa forma,

garantir a essas crianças o mínimo de amparo enquanto permanecem no cárcere sob os cuidados maternos.

Concomitante a isso, para além das Regras Mínimas elaboradas pela ONU e da Lei de Execução Penal, tem-se o que rege o Conselho Nacional de Políticas Criminal e Penitenciária (CNPCCP, 2009). Nesse sentido, é perceptível a atenção fornecida, por parte do referido Conselho, a questão das mulheres grávidas e as que deram à luz, uma vez que são estabelecidas diretrizes, presentes na Resolução n. 4/2009 do CNPCCP, as quais devem ser observadas durante a permanência e no subsequente direcionamento dessas crianças, cuja as mães encontram-se encarceradas. No que tange o já mencionado vínculo materno, a Resolução prevê a importância de não haver interrupção deste e que independentemente de qualquer acontecimento que seja tal vínculo preservado com primazia (artigo 1º, II), já em relação a amamentação o Conselho Nacional determina que deve ser compreendida como um ato materno, o qual ocasiona repercussão na vida de seu filho tanto de forma psicológica como física (artigo 1º, III), dessa forma, é preciso que haja cuidado redobrado com estas detentas, dado que o bem estar físico e psicológico do recém-nascido está inteiramente ligado a sua mãe. Para mais, o CNPCCP faz alusão ao desenvolvimento do infante, isto é, as unidades prisionais femininas precisam possuir um ambiente minimamente apropriado (artigo 1º, I), capaz de propiciar um crescimento e desenvolvimento saudável desta criança, garantindo-lhe de igual modo a manutenção do vínculo materno.

Outrossim, ainda em relação aos regramentos dispostos pelo Conselho Nacional, destaca-se outro modo de manutenção do vínculo materno além do já mencionado, isto é, a Resolução assegura a estada desses infantes acompanhados de suas mães por um período mínimo de um ano e seis meses nas unidades penitenciárias (CNPCCP, 2009), desse modo, pretende-se auxiliar e favorecer o crescimento e desenvolvimento humano dessas crianças, uma vez que a presença materna caracteriza-se como um meio capaz e eficiente de auxiliar na formação de emoções ligadas a questões psicológicas como a segurança, o destemor e otimismo, como preleciona a supracitada Resolução. Destarte, a preservação de tal elo contribui ainda para o preparo psicológico dessas crianças para o momento em que forem submetidas ao posterior direcionamento para fora do cárcere e conseqüentemente longe de suas mães, além disso, esse momento também se destina para que seja instituída e implementada, mesmo que de forma ínfima, a ideia de um reencontro futuro (artigo 2º). Posto isso, afirma-se indiscutivelmente que o supracitado período mínimo é de suma importância para que não haja problemas em relação a formação inicial psíquica e física deste menor.

Nesse ínterim, ainda conforme os ditames legais da Resolução de 2009 elaborada pelo CNPCP, faz-se menção ao prelecionado no que diz respeito à subsequente separação a qual deverá se dar de forma gradativa e tão somente quando houver sido completado um ano e seis meses da criança em questão, de modo que é imprescindível que sejam observadas algumas ponderações para que possa ocorrer tal separação (artigo 3º). Haja vista isso, infere-se que uma das ponderações a serem observadas é que o novo guardião legal do infante permaneça por tempo mais prolongado na penitenciária em que essa criança se encontra (alínea a), no intuito de evitar transtornos em uma possível transferência ocorrida de forma abrupta sem qualquer preparação e construção de vínculo com o novo responsável legal, sendo imprescindível ainda serem possibilitadas as visitas por parte do infante ao seu novo local de morada (alínea b), além disso, é crucial para a adaptação psicológica da criança que esta possa permanecer por tempo semelhante em sua nova residência e na companhia de sua mãe na unidade prisional (alínea c), assegurando-lhe dessa maneira seu direito de visita por tempo suficiente junto à sua genitora (alínea d).

Tendo em consideração o exposto e regido na mencionada Resolução, é de suma importância relatar que embora haja diversas previsões legais, as quais pretendem amparar e assegurar o direito não só das gestantes no cárcere como também de sua prole, o que se vislumbra, a partir dos mais diversos relatos constantes na obra da ilustríssima autora Nana Queiroz, bem como na obra do Dr. Dráuzio Varella, é na verdade uma realidade em que não há a concretização de tais garantias legais. O verdadeiro cenário concreto no território brasileiro é marcado pela ausência de efetivação das garantias de direitos fundamentais que lhes são por direito previstas, conforme é abordado na obra *A Desconstrução da Criminalidade Feminina* (ISHIY, 2014), isto se evidencia a partir do momento em que mesmo havendo disposição legal quanto as visitas, nota-se que não há na maioria das unidades prisionais femininas um ambiente que tenha sido planejado para tal finalidade, isto é, na maioria dos casos, por falta de estrutura e investimentos principalmente, passado pouco tempo para que a genitora amamente seu filho, mesmo havendo previsão para se evitar uma abordagem abrupta de separação, é essa a problemática que ocorre constantemente e impreterivelmente.

Pontua-se que em conformidade com as informações colhidas pela Pastoral Carcerária (PASTORAL; CONECTAS, 2012), esse tempo mínimo previsto, ou seja, que a criança deve completar um ano e seis meses antes da separação, além de não ser observado os procedimentos para que não ocorra de forma precipitada, em alguns estados, esse tempo não passa de 15 dias, como ocorre no Amazonas, impossibilitando qualquer criação de vínculo

entre mãe e filho, além de comprometer o próprio desenvolvimento do infante, visto que é tempo insuficiente para que ocorra um desmame sem implicar negativamente na saúde deste. Em outros estados o tempo para separação é de até seis meses, é o caso dos estados do Amapá, Espírito Santo, Bahia, São Paulo e no Distrito Federal, nos estados de Pernambuco e Rio de Janeiro o tempo mínimo não passa de doze meses, e somente no Rio Grande do Sul os infantes têm a possibilidade de estarem junto a sua genitora até os três anos de idade.

Tal cenário é resultante do irrefutável desamparo estatal, o qual não fornece estruturas, planejamentos, logísticas e projetos para um cumprimento de pena que se dê de forma que não viole os direitos e principalmente a dignidade das presas, bem como de seus descendentes. Isto posto, como bem elucidado pelo professor Rogério Greco em sua obra *Direito Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação da Liberdade* (GRECO, 2011), a medida em que o Estado não efetiva planos e estratégias para atenuar o distanciamento que o cárcere, por si só, gera entre detentas e suas respectivas famílias, acaba por resultar em uma alienação da mulher com sua família e conseqüentemente com sua prole, que de um lado torna para a condenada o cumprimento da pena, ainda mais, doloroso, em razão da supracitada separação e de outro lado ocasiona eventuais problemas psicológicos para os envolvidos.

Esse panorama de abandono e alienação, os quais são impostos à população carcerária feminina, não ocorre somente no tocante às presas que adentram ao sistema prisional gestantes ou ainda, àquelas que vêm a engravidar posteriormente, mas também dizem respeito às mulheres que já estão na condição de mães. Nesses casos específicos nota-se novamente, a partir do relatório *Penitenciárias são Feitas por Homens e para Homens* desenvolvido pela Pastoral Carcerária (PASTORAL; CONECTAS, 2012), uma falta de ambientes apropriados para que se possibilite o contato constante e de qualidade entre as detentas e seus filhos, destacando-se que no pior dos cenários, muitas mães ao ingressarem no cárcere, sem ter qualquer ciência do ocorrido, acabam por perder a guarda de seus filhos, além de não serem informadas sobre a destinação da criança e sob os cuidados de quem esta ficará. Nesse ínterim, colaciona-se um dos casos expostos no já mencionado relatório, em que uma mãe proveniente do regime semiaberto, ao realizar uma saída temporária, se dirigiu ao fórum para requerer autorização de visita aos filhos que se encontravam em um abrigo, pelo que na oportunidade foi informada que os menores haviam sido adotados um ano antes.

No tocante aos reiterados e massivos casos dessas que são consideradas violentas separações o resultado, que não há escapatória, é inegavelmente o comprometimento da saúde mental das mães presas, que se vêem sem convívio e comunicação adequada com sua família

e filhos, acentuando o sentimento de completo abandono e segregação do cárcere, problemáticas essas as quais tais mulheres estão inevitavelmente expostas, de modo que o direito de convívio é medida que se mostra indispensável, devendo-se considerar como fator determinante para o futuro do infante que a depender da criação e da recuperação do trauma causado pelo rompimento do vínculo materno poderá vir, inclusive, a cometer delitos eventualmente, conforme elucida o psicanalista e pediatra Winnicott (2005) em sua obra *Privação e Delinquência*.

Assim, evidente que as dificuldades relativas à maternidade no cárcere subscrevem uma torturante realidade as mulheres que forçosamente têm seus filhos retirados de si, perdendo a guarda muitas vezes, de forma repentina e inevitável, gerando consequências negativas incalculáveis a ambos e principalmente a criança que não possui qualquer grau de discernimento para entender o motivo de tal separação. Especialmente quanto às crianças cita-se algumas considerações elaboradas na supracitada obra de Winnicott (2005), como o fato de que os danos provenientes dessa ruptura materno-filial podem ser inconversíveis, levando-se em consideração que o vínculo maternal é primordial para que a criança se sinta à vontade e segura, conseqüentemente tal fato traumatizante gera danos que vão incidir na formação da própria personalidade do infante. O psicanalista concluiu que a criança projeta na figura materna um caráter de organizadora e gestora de suas próprias vontades, contribuindo para a construção de sua personalidade. Além disso, a genitora é vista pelo filho, em especial o recém-nascido, como responsável pela proteção frente a fatores externos, gerando sentimento de que está a salvo, a partir dessa ideia de proteção é que são gerados os outros sentimentos de confiança por exemplo.

Portanto, a separação iminente que é imposta a mãe e filho gera inevitavelmente sérios danos a genitora e uma série de consequências negativas a criança que inclusive, tem o seu desenvolvimento comprometido drasticamente, posto que para ela, a perda de convivência é como se fosse uma perda de referencial, gerando o sentimento de abandono e outros transtornos emocionais. Isto posto, observa-se conforme abordado nos estudos elaborados pelo professor e especialista em psicologia jurídica Alvino de Sá (2010) em sua obra *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*, os sintomas provenientes dessa brusca separação são variados de acordo com cada faixa etária, como instabilidade emocional nas crianças de cinco a seis meses; dificuldades quanto ao aprendizado, seis meses a três anos de idade e problemas de convívio social identificados nas crianças maiores de três anos.

Ainda no tocante a já referenciada obra a perda do referencial materno, pode gerar, principalmente nas crianças mais novas, danos irremediáveis à saúde mental do infante, o

qual se torna emocionalmente instável, podendo desenvolver um quadro de depressão, em alguns casos, regredindo naquilo que já havia aprendido, além de ter a possibilidade de apresentar comportamentos violentos e dificuldade de conviver em sociedade, características essas que podem levar a criança a se desenvolver de forma descontrolada e sem limites, o que se não for identificado com imediatez e remediado de prontidão poderá levá-lo a cometer delitos e eventualmente ser encarcerado, possibilidades estas que prescindem de atenção especial pelas autoridades estatais no momento da condução das mulheres que são mães e aquelas que ingressaram no sistema prisional grávidas.

De outro modo, é imperioso tecer algumas considerações com relação às mulheres gestantes que se encontram sob o regime do cárcere, como já dito anteriormente, inúmeras são as violações cometidas contra as mulheres, especialmente as grávidas, nesse mérito além de serem submetidas a uma gestação em ambiente predominantemente insalubre, ausência de subsídios necessários, bem como a carência de atendimento médico, menciona-se ainda outra problemática, enfrentada no momento do parto, que consiste no preconceito velado existente nos hospitais responsáveis pelo procedimento, uma vez que, considerando os relatos descritos no artigo *Nascer na Prisão: Gestação e parto atrás das grades no Brasil* (LEAL et al, 2016), no momento em que as grávidas detentas adentram no ambiente hospitalar é perceptível o julgamento pelos olhares e atitudes dos que estão ali presentes, inclusive pelos profissionais responsáveis pelo atendimento.

Dessa forma, é imprescindível que o procedimento médico prestado deve se dar de maneira igualitária a todas parturientes, independentemente de sua condição social ou qualquer outra especificidade. Contudo, o que se evidencia a partir dos relatos é completamente o oposto, de modo que até mesmo durante a realização do parto as violências não cessam, como no caso supracitado em que uma mulher foi submetida a entrar no trabalho de parto ainda algemada, além dessa violência com consequências físicas destaca-se também o preconceito propriamente dito, demonstrando assim que o cárcere é capaz de gerar consequências extremamente negativas inclusive em momentos como estes.

Ainda no tocante às mais variadas violências perpetradas durante o parto, é possível perceber que toda e qualquer violência e preconceito vivenciados nos hospitais se mostram como mais um fruto proveniente do estereótipo perpassado durante muito tempo acerca das mulheres que se encontram encarceradas, corroborando em uma segunda condenação imposta a essas mulheres, a primeira havia sido realizada pela própria justiça e a segunda pela sociedade, fatores estes que levam a recorrência de um fator já abordado, que diz respeito à violação de direitos e da própria dignidade não somente da detenta, mas estendendo-se tais

ofensas aos filhos destas, pelo que se faz necessário pontuar que é indubitável o dever de proteção e respeito a criança independentemente dos atos cometidos por sua mãe. Nesse mesmo parâmetro de discussão, é possível citar o relato de uma detenta presente no livro *Presos que Menstruam* (QUEIROZ, 2020), a qual narra a experiência de quando estava grávida no Centro de Recolhimento Feminino de Ananindeua e sofreu aborto espontâneo, no momento em que perdeu seu filho sangrou demasiadamente e todos que ali estavam não tomaram quaisquer providências, sequer apareceu um médico para verificar o estado de saúde da detenta. Denota-se a partir disso, que tal fato é somente mais um entre os incontáveis existentes, evidenciando assim mais uma grave violação aos direitos fundamentais dessas mulheres.

## 5 CONCLUSÃO

Após as noções expostas convém observar que ao passar dos anos a população feminina carcerária brasileira vem em uma crescente exponencial, nesse sentido, observa-se de igual modo a crescente das infundáveis violações impostas às mulheres antes, durante e após a inserção no cárcere, tais como: problemas de infraestrutura, violências verbais, físicas e psicológicas, além de empecilhos com relação a acesso a saúde, itens de higiene pessoal e principalmente ausência de subsídios suficientes para amparar mulheres que ingressam grávidas no cárcere ou que ali engravidam. Para mais, é oportuno destacar a questão do abandono estatal e social vivenciado pela população feminina encarcerada, tal abono, em alguns casos, ocorre até mesmo pela própria família da presa, a qual fica à mercê do Estado, vivendo sem o mínimo necessário capaz de assegurar sua dignidade.

Isto posto, inadequado seria esquecer a discussão acerca da maternidade nos cárceres, uma vez que não há qualquer estrutura planejada capaz de assistir essas crianças e suas respectivas mães, ou seja, a maternidade torna-se ainda mais dolorosa e sofrida, tendo em conta que além da dor física por falta de amparo médico, há também a dor no momento em que ocorre a separação entre a presa e seu filho. Convém ponderar ainda que a gravidez durante o cumprimento de pena corrobora na propagação de estereótipos e pré-conceitos direcionados a figura feminina, em outras palavras, ao ser presa grávida ou ao engravidar no cárcere, a mulher assume, na visão da sociedade, um papel negligente, inconsequente e desidioso, além do fato da existência de incontáveis questionamentos e críticas no tocante a sua capacidade de exercer a maternidade.

É sobretudo importante assinalar que em tese a função do sistema penal seria atenuar a ocorrência de atos ilícitos violentos, a criminalidade, bem como objetiva ressocializar

aqueles indivíduos que cometem crimes sujeitos à aplicação da pena de reclusão, todavia, vislumbra-se que em verdade o que ocorre é uma violação infundável das garantias constitucionais, dado a notória superlotação carcerária e o verdadeiro descaso estatal. Dito isto, no que se refere ao contexto em que a população carcerária feminina encontra-se inserida, infere-se que é de suma importância que sejam adotadas políticas públicas capazes de atender as necessidades específicas femininas, no intuito de adequar o sistema prisional existente, visto que este não fora planejado inicialmente para elas, desta forma busca-se atenuar a sanção imposta, uma vez que por si só já se caracteriza como penalidade suficiente aos ilícitos cometidos, não sendo necessário uma segunda pena fruto da falta de condições estruturais básicas nas cadeias.

Em razão disso, conclui-se que devido às especificidades relativas ao gênero feminino, estas requerem um tratamento apropriado, de modo que, no momento em que há a inviabilidade do referido tratamento, conseqüentemente, ocorre a sujeição destas mulheres a uma situação de vulnerabilidade, corroborando em violações de direitos e garantias fundamentais, especificamente do público feminino. Nessa monta, tem-se que a garantia do mínimo existencial as mulheres encarceradas, a citar: saúde, higiene, dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito de trabalho, educação e políticas que possibilitem a reintegração social, poderia efetivar a finalidade do sistema prisional, isto é, a pena possuiria um caráter para além do punitivo, não violando garantias e preceitos constitucionais básicos.

## REFERÊNCIAS

ANDRECIOLI, Sabrina; SIQUEIRA, Dirceu. A vulnerabilidade das mulheres encarceradas e a justiça social: O Importante Papel da Educação na Efetividade no Processo de Ressocialização. **Revista Direito em Debate**, Unijuí, v. 31, n.51, p. 64-67, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.51.61-77>. Acesso em: 5 jul. 2022.

AGÊNCIA CNJ de Notícias. Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais. **Conselho Nacional de Justiça**, 2015. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/218953509/conheca-os-diferentes-tipos-de-estabeleciment-os-penais>. Acesso em: 1 ago. 2022.

ARAÚJO, Emanuel Oliveira. A Arte da Sedução: Sexualidade Feminina na Colônia. In: DELPRIORE, Mary. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2011, p. 45-77.

BOITEAUX, Luciana. Drogas e cárcere – repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: **Drogas: uma nova perspectiva**. SCHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, p. 1-32.

BRASIL é o 4º país com mais mulheres presas no mundo. **Conectas Direitos Humanos**, 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-4o-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo/>. Acesso em: 8 jul. 2022.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil** - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227 (Publicação Original). Coleção de Leis do Brasil - 1984, Página 68 Vol. 5 (Publicação Original), jul. 1984.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**, 14ª ed. de 1870. Título XXXVIII,. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 12/07/2022.

CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas. Resolução n. 4 de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**.

CONSULTOR Jurídico. Grávidas seguem presas após audiência de custódia em um terço dos casos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 mai. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-03/terco-gravidas-seguem-presas-audiencia-custodia>. Acesso em: 8 jul. 2022.

COSTA, Mellina. Violência institucional contra as mulheres no cárcere. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 29 nov. de 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87138/violencia-institucional-contra-as-mulheres-do-carcere>. Acesso em: 6 ago. 2022.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBeCRIM, 2004.

ESTATÍSTICAS BNMP. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 6 jul. 2022.

FERNANDES, Maíra. Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 de jun. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-08/escritos-mulher-sistema-prisional-durante-covid>. Acesso em: 7 jul. 2022.

FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infância**: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

GALVÃO, Mayana; DAVIM, Rejane. Ausência de Assistência à Gestante em situação de cárcere penitenciário. **Biblioteca Digital de Periódicos**, Curitiba, v.18, n.3, p. 452-459, Julho, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33554>. Acesso em: 13 ago. 2022.

GONÇALVES, Jacqueline. Mães no cárcere: A violação do direito à gravidez e à maternidade no sistema prisional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518- 4862, Teresina, Julho, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83697/maes-no-carcere-a-violacao-do-direito-a-gravidez-e-a-maternidade-no-sistema-prisional>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ISHIY, Karla. **A Desconstrução da Criminalidade Feminina**. Orientadora: Janaína Conceição Paschoal. 2014. 202f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/publico/Dissertacao\\_A\\_Desconstrucao\\_da\\_Criminalidade\\_Feminina.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11022015-082103/publico/Dissertacao_A_Desconstrucao_da_Criminalidade_Feminina.pdf). Acesso em: 5 ago. 2022.

INFOPEN Mulheres 2017: O Que Mudou Em Um Ano? **Instituto Terra, Trabalho e Cidadania**, 2020. Disponível em: <https://ittc.org.br/infopen-2017-texto-1/>. Acesso em: 11 jul. 2022.

LARRAURI, Elena. **Mujeres y Sistema Penal: Violencia Doméstica**. Buenos Aires, B de F, 2008.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Nascer na Prisão: Gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, vol.21, n .7, p. 2061-2071, Julho, 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232016000702061](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000702061). Acesso em: 11 ago. 2022.

MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública; DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres** - Levantamento Nacional de Informa es Penitenciárias, 2  edi o. Brasília, 2018. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf/view](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf/view). Acesso em: 10 ago. 2022.

PASTORAL Carcerária; CONECTAS Direitos Humanos; INSTITUTO Sou da Paz. **“Penitenciárias são feitas por homens e para homens”**, 2014. Disponível em: [https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulheres-presas\\_versaofinal1.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulheres-presas_versaofinal1.pdf). Acesso em: 6 ago. 2022.

POMPEU, Ana. Supremo concede HC coletivo a todas as presas grávidas e mães de crianças. **Consultor Jurídico**, ISSN 1809-2829, São Paulo, Fevereiro, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/supremo-concede-hc-coletivo-presas-gravidas-maes-criancas>. Acesso em: 8 jul. 2022.

RANGEL, Viviane. O Aumento da Popula o Carcerária Feminina no Brasil. **Revista de Trabalhos Acad micos - Universo Belo Horizonte**, Minas Gerais, v. 1, n. 3, p. 2-3, jan./jun., 2018. Disponível em: <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=3universobelohorizonte3&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5422&path%5B%5D=3489>. Acesso em: 12 jul. 2022.

QUEIROZ, Nana. **Presos que Menstruam: A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisaes brasileiras**. 13  Edi o. Rio de Janeiro: Editora Record, 2020.

S , Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTORO, Ant nio; PEREIRA, Ana. Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas. **Meritum Revista de Direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 87-112, jan./jun., 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235032103.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2022.

SANTOS, Izani; SILVA, Isaias; MASULLO, Yata. Uma revisão de literatura sobre a realidade das mulheres encarceradas. **GEOPAUTA - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia**, Bahia, vol. 4, núm. 3, p. 255-273, Setembro, 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5743/574364489017/html/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

VALLE, Leonardo. O Que Explica o Abandono das Mulheres Encarceradas? **Pastoral Carcerária**, 1 jun. de 2022. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/o-que-explica-o-abandono-das-mulheres-encarceradas#:~:text=O%20abandono%20das%20mulheres%20presas,pres%C3%ADdios%20ofemininos%20como%20nos%20masculinos>. Acesso em: 1 ago. 2022.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. Brasil: Companhia das Letras, 2017.

VISCAINO, Leslie. Mulheres no cárcere: Os presos que menstruam. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, n. 4913, p. 1-3, Dezembro, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54400>. Acesso em: 8 ago. 2022.

WINNICOTT, Donald W. **Privação e Delinquência**. Tradução Álvaro Cabral. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. Brasil: Revista dos Tribunais, 2021.

# A PRECARIZAÇÃO DO TELETRABALHO E SEUS IMPACTOS NA SAÚDE DO TRABALHADOR DECORRENTES DO CENÁRIO DA PANDEMIA

THE PRECARIOUSNESS OF TELEWORKING AND ITS IMPACTS ON THE HEALTH  
OF THE WORKERS AS A RESULT OF THE PANDEMIC SCENARIO

Recebido em	17/11/2022
Aprovado em	17/11/2022

Emília de Fátima da Silva Farinha Pereira<sup>1</sup>  
Ana Beatriz Pitman Vieira<sup>2</sup>  
Juliana Corrêa dos Santos<sup>3</sup>

## RESUMO

---

Esta pesquisa realiza um estudo teórico sobre a precarização da modalidade teletrabalho durante o período da pandemia, analisando os impactos desse processo nas vidas e relações laborais dos trabalhadores mediante o cenário pandêmico, e as implicações que refletiram no panorama atual, o pós-pandêmico. Assim, possui como objetivo analisar a eficiência e aplicação do teletrabalho e as consequências disso, discorrendo, em três tópicos, sobre as relações sociais dos trabalhadores, sua saúde física e mental e sua jornada de trabalho, a fim de demonstrar os malefícios causados e propor uma reflexão sobre como aplicar as mudanças vivenciadas, de forma a melhorar o sistema trabalhista brasileiro, tendo como base a metodologia bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito do trabalho; precarização do teletrabalho; pandemia; covid-19; teletrabalho.

## ABSTRACT

---

This research accomplishes a theoretical study about the precariousness of the teleworking modality during the pandemic, analyzing the impacts of this process in the lives and working relations of the workers through the pandemic scenario and the implications that are reflected in the current post pandemic scenario. Thus, the object of this research is to analyze the

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (1989). Mestrado em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Atualmente é presidente da comissão do exame da ordem - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Pará, professora adjunta da FACULDADE ESTÁCIO DO PARÁ, FAP, professor do Centro Universitário do Estado do Pará e coord. adjunta núcleo de prática jurídica npj do Centro Universitário do Estado do Pará.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: ana18060102@aluno.cesupa.br.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). E-mail: juliana18060057@aluno.cesupa.br.

efficiency and the applications of the teleworking and its consequences in three topics about the social relations of the workers, their physical and mental health and their working day journey in order to demonstrate the harm that has been caused and offer a reflection about how to apply the changes experienced in a way to improve the brazilian labor system, based on a bibliographical methodology.

**Keywords:** Labor law; precariousness of teleworking; pandemic; covid-19; teleworking.

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende analisar as novas problemáticas trazidas pelo período pandêmico e suas repercussões nas vidas dos trabalhadores, tendo como tema central: a precarização do teletrabalho e seus impactos na saúde do trabalhador decorrentes do cenário da pandemia, buscando, por meio dele, analisar as consequências do período pandêmico nas relações de trabalho, dado que essa nova realidade impactou as relações laborais.

A pandemia trouxe uma revolução tecnológica e social, que modificou diversos âmbitos da sociedade, logo, é precípua estudar de que maneira esse período refletiu no teletrabalho e que consequências gerou na saúde e bem-estar de todos os trabalhadores que se incluem nessa modalidade.

É relevante ponderar se haverá necessidade de criar modificações legislativas pós-pandemia, a fim de que a legislação trabalhista abarque as mudanças e novas perspectivas acarretadas pelo COVID-19. Discutir a possibilidade dessas mudanças significa ter interesse em como as relações laborais foram afetadas por esse novo contexto e provoca uma reflexão sobre novas projeções que possam englobar todos os indivíduos constituintes das engrenagens que movem o sistema trabalhista brasileiro.

Outrossim, este trabalho tem como objetivo demonstrar as dificuldades enfrentadas por diversos trabalhadores perante o teletrabalho no período da pandemia e de que forma isso afetou sua saúde física e mental, seu desempenho no trabalho e o convívio social. Isto posto, o presente artigo discorre sobre esses impactos e suas consequências, propondo uma discussão sobre a questão.

O problema de pesquisa tem como égide a seguinte pergunta: Quais as consequências que o teletrabalho ocasionou à saúde do trabalhador em virtude da cessação do cenário pandêmico?

Os questionamentos que ensejaram a elaboração do objeto desta pesquisa tiveram início no auge da pandemia, quando se visualizou claramente os efeitos que estavam sendo causados nas vidas dos trabalhadores, com a transferência do trabalho presencial para o

teletrabalho. A partir disso, esta pesquisa pretende responder essa problemática, apresentando as consequências causadas por essa remodelação e desenvolvendo-as.

Baseado em Marconi e Lakatos (2022), o método utilizado como base foi a pesquisa bibliográfica, a partir de artigos, livros e análises da doutrina, por meio de autores como Vólia Bomfim (2021) e outras fontes. A análise feita foi tanto crítica quanto analítica, refletindo criticamente sobre os obstáculos enfrentados pelos trabalhadores e se os direitos trabalhistas realmente estão sendo efetivados no que tange à modalidade do teletrabalho, o que também levou à indagação sobre possíveis alterações legislativas.

O presente artigo se divide em três tópicos, que se subdividem em subtópicos. O primeiro tópico trata da funcionalidade do teletrabalho, apontando sua criação, sua aplicabilidade e sua funcionalidade. O segundo tópico possui o título de precarização do teletrabalho, pois tem como intuito demonstrar como essa modalidade de trabalho ficou precária, o que causou e de que forma atingiu os trabalhadores brasileiros.

Este segundo tópico tem como subtópico o prolongamento da jornada de trabalho do empregado, discorrendo sobre como essa jornada se modificou com a pandemia e a implementação do teletrabalho. Dentro deste subtópico discute-se sobre uma problemática emergente nesse cenário e que é interligada a esse prolongamento: a dupla jornada de trabalho das mulheres, suas implicações e de que forma a precarização do teletrabalho criou este obstáculo para as trabalhadoras.

O terceiro e último tópico explora mais profundamente as consequências dessa precarização, isto é, como a falha na gestão do teletrabalho impactou nas vidas dos trabalhadores. Este item tem como título: Impactos físicos e psicológicos enfrentados pelos trabalhadores em decorrência da precarização.

Dentro dele foram abordados dois subtópicos: I - *Burnout* e Lesão por Esforço Repetitivo; e II - Liquidez das relações sociais. O *Burnout* e a Lesão por Esforço Repetitivo se subdividiram em dois, para explicar detalhadamente os efeitos e as causas de cada um desses problemas. Já o segundo subtópico disserta sobre como as relações sociais foram afetadas por esse panorama da pandemia e da precarização do teletrabalho, além de abordar como prejudicou o desenvolvimento individual dos empregados e suas ações frente ao coletivo.

## **2 FUNCIONALIDADE DO TELETRABALHO**

O teletrabalho é uma das modalidades de trabalho previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inserido pela Lei nº 13.467/2017. Esse tipo de trabalho ocorre fora do

domínio da empresa, ou seja, na casa do empregado ou em outras localidades (BRASIL, 2017).

Segundo Hilário (1999, p. 526 *apud* BOMFIM, 2021, p. 671):

[...] é preciso três elementos básicos para a caracterização desse teletrabalho: a utilização de novas tecnologias referentes à informática e à telecomunicação; a ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o patrão, superiores hierárquicos ou colegas; o local de prestação de serviços geralmente é a casa do trabalhador.

Portanto, é necessário ter no mínimo essas características para que se configure o teletrabalho. Ademais, é precípuo destacar que o teletrabalho não se constitui como trabalho externo nem se equipara ao home office, porquanto o home office é uma espécie de trabalho remoto que o empregado realiza especificamente em sua casa, enquanto o teletrabalho se convalida por meio da utilização de instrumentos eletrônicos, não se atendo somente ao local onde o serviço é prestado.

Já o trabalho externo é aquele no qual o trabalhador presta o serviço fora das dependências do empregador, então não há que se confundir com o teletrabalho, haja vista que, como supracitado, o teletrabalho tem como principal especificação o uso de aparelhos eletrônicos pelo empregado durante a realização do serviço. A modalidade do teletrabalho tem égide no artigo 75-A e seguintes da CLT (BRASIL, 1943).

Durante a pandemia, o teletrabalho foi utilizado como um meio de dar continuidade às atividades laborais mesmo que à distância, a fim de manter o funcionamento de órgãos e estabelecimentos por todo o Brasil e continuar com a produtividade. O uso contínuo dessa modalidade de trabalho ocorreu a partir de março de 2020, com o início da pandemia do coronavírus, quando o vírus se disseminou e foi decretado o estado de emergência na saúde pública mundial. Em razão disso, as diretrizes do teletrabalho tiveram que ser aplicadas ao contexto mundial e cada empregador e empregado tiveram que moldar suas rotinas e atividades de acordo com o novo cenário.

Após a disseminação do vírus o país entrou em *lockdown* e, apesar de haver previsão legal e específica desta contratação, a maioria dos profissionais tiveram que se adaptar a um modelo de trabalho que não era utilizado de forma comumente, então alguns setores, como o setor da educação, o setor alimentício e, principalmente, o setor da saúde não puderam fazer uso efetivo do teletrabalho, dado que, além de trabalharem em contato direto com pessoas, o que já tornava o teletrabalho, a princípio, algo ineficaz para eles, também foram sobrecarregados com a crescente demanda devido ao número de casos de covid-19.

Ademais, as condições de trabalho e vários benefícios e direitos decorrentes dessas condições foram modificados, isto é, os empregados perderam os intervalos inter e intrajornada e adicionais, como, por exemplo, as horas extras, e não puderam mais contar com isso para o pagamento das despesas e custos também obtidos em razão da adesão necessária e inevitável ao teletrabalho.

O teletrabalho é uma ferramenta que, se utilizada efetivamente e com um bom planejamento, poderia ser uma modalidade excelente dentro do panorama do Direito do Trabalho, pois permite que o trabalhador escolha de onde vai trabalhar, além de dar a esse empregado mais flexibilidade e autonomia e reduzir o tempo e custos com elementos como o deslocamento e trânsito (OIT, 2017; EU-OSHA, 2018 *apud* BENAVIDES *et al.*, 2021).

Contudo, a maneira como essa modalidade de trabalho foi aplicada durante a pandemia não foi eficiente. Foi realizada uma pesquisa entre 11 e 18 de setembro de 2020, pelo portal institucional do Senado Federal, o Data Senado, na qual cinco mil trabalhadores de todo o Brasil foram entrevistados, de acordo com ela:

60% dos trabalhadores que estavam ou estão no teletrabalho afirmam que, quando iniciaram o teletrabalho, a empresa ou estabelecimento que trabalham não tinham essa modalidade implantada, [...] 20% dos trabalhadores dizem que uma das dificuldades é conciliar o trabalho com as tarefas domésticas, outros 15% alegam que uma das dificuldades é a ausência de contato com os colegas de trabalho (AGENCIA SENADO, 2020, n.p).

Esses dados estatísticos demonstram alguns dos vários parâmetros negativos que geraram repercussões na saúde e na vida social do trabalhador durante a pandemia, é evidente que não houve preparação das empresas quando surgiu a necessidade de introduzir os empregados ao teletrabalho, pois não houve uma gestão devida e um modo eficaz de aplicar, dessa forma o teletrabalho ficou precário.

Esse estado de precariedade, inclusive, desviou parte da funcionalidade real do teletrabalho, visto que, ao invés de essa modalidade de trabalho facilitar as vidas das pessoas durante a pandemia, acarretou um congestionamento de casos trabalhistas nos Tribunais, inflando o Judiciário, porquanto muitos trabalhadores ajuizaram ações alegando demissões injustas, o não pagamento de horas extras e outros problemas nas condições de trabalho.

Segundo uma reportagem veiculada pela CNN Brasil, um escritório de advocacia de São Paulo, chamado de LG&P Advocacia, fez um levantamento geral dos casos e constatou que em 2021 houve um aumento de 30% nas ações trabalhistas em comparação ao ano de 2020, com uma equivalência de praticamente 200 mil novos casos (LUCA, 2021).

Esses dados comprovam que a pandemia e a precarização do teletrabalho trouxeram novas dificuldades não só para os trabalhadores, como também para a Justiça do Trabalho. Em vista disso, é primordial discutir sobre esses impactos gerados pela precarização, que serão aduzidos a seguir.

### 3 PRECARIZAÇÃO DO TELETRABALHO

Este tópico demonstra de que maneira ocorreu a precarização do teletrabalho, discutindo sobre a má aplicação desta modalidade e sua ingerência nas condições trabalhistas. O enfoque é no prolongamento de jornada dos trabalhadores, inclusive na dupla jornada de trabalho das mulheres.

#### 3.1 PROLONGAMENTO DA JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é a soma das horas trabalhadas diariamente, incluindo intervalos de descanso e adicionais, é todo o período no qual o empregado realiza atividades ligadas à produção de seu trabalho. Segundo Bomfim (2021, p. 611-612):

A jornada significa duração do trabalho [...], este é o conceito mais técnico do instituto, uma vez que na linguagem forense é comum a utilização da expressão jornada no sentido mais amplo, isto é, abrangendo lapso temporal de maior duração.

Essa jornada, conforme preceitua o artigo 7, inciso XIII, da CF, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem duração de até oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Em adição, faz-se necessário trazer à luz fatores importantes para a definição de jornada de trabalho, como o horário de trabalho e o tempo à disposição do empregador.

Consoante o entendimento de Sussekind (2000, p. 808 *apud* BOMFIM, 2021, p. 612), a jornada de trabalho: “É a fixação dos momentos em que deve ter início e fim a jornada normal de trabalho e, se for o caso, do intervalo para descanso ou refeição [...]”. Portanto, para estabelecer qual é a jornada de trabalho e sua duração, primeiro é necessário que haja um início e fim do horário de trabalho.

O tempo à disposição do empregador é considerado o tempo em que o empregado fica aguardando ordens do empregador, mesmo que não esteja realizando nenhuma tarefa. Isto é, quando o trabalhador estiver prestando algum serviço ou esperando por ordens para poder realizar o trabalho, esse tempo contará no período da sua jornada. O tempo à disposição do empregador tem égide no artigo 4 da CLT (BRASIL, 1943).

Diante disto, é imperioso ressaltar que o período estabelecido para a jornada de trabalho de um empregado deve ser obedecido, haja vista que, se não for, gera efeitos danosos para os trabalhadores e vai de encontro com o previsto em lei. Sendo assim, prolongar uma jornada de trabalho é ineficaz, além de deixar o trabalhador mais cansado e diminuir a sua produtividade, situação que ocorreu na execução do teletrabalho durante a pandemia. Situação que, igualmente, tornou essa modalidade de trabalho mais precária.

Quando se fala de precarização é essencial destacar que esse processo ocorre quando algo se torna ineficiente, isto é, a qualidade e a eficiência de um produto, serviço, etc são diminuídas. Então, no que tange à precarização do teletrabalho, nota-se que da forma como foi utilizado e aplicado durante a pandemia, tornou-se improdutivo e desfavorável, haja vista que danificou vários fatores determinantes não só no desenvolvimento pessoal dos indivíduos, como também no desenvolvimento coletivo, ocasionando malefícios que se estendem até os dias atuais, em um cenário pós-pandêmico.

Um dos impactos causados por essa precarização do teletrabalho foi o prolongamento da jornada do trabalhador, dado que, com a aplicação dessa modalidade de trabalho no dia a dia da maioria dos trabalhadores, ocorreu a quebra do limiar que antes havia entre o trabalho e a casa, isto é, o limite estabelecido se dissolveu e os dois setores se misturaram, resultando em um desequilíbrio.

Esse desequilíbrio implicou no prolongamento de jornada, pois, em razão da dissolução desse limite, não houve mais o controle de jornada que normalmente se teria no estabelecimento ou na empresa onde o serviço é prestado, então os trabalhadores começaram a trabalhar mais, de forma excessiva e nada saudável.

Ou seja, o horário do trabalhador e o tempo à disposição do empregador, citados anteriormente, foram fatores deixados à margem, quase que extintos, dado que, em razão desse prolongamento, qualquer hora se tornou o tempo considerado à disposição do empregador, pois os empregados trabalharam além de suas cargas horárias, em qualquer momento livre, deixando de realizar outros tipos de atividades e lazeres que normalmente fariam em seu dia a dia, um tempo que normalmente era sem estresses e preocupações relacionadas ao trabalho.

### 3.1.1 DUPLA JORNADA DE TRABALHO DAS MULHERES

A princípio, antes da apresentação da questão principal, é fundamental discorrer sobre a divisão sexual do trabalho, dado que está intrinsecamente ligada à dupla jornada das mulheres. A divisão sexual do trabalho é uma divisão hierárquica do trabalho, com base em

inúmeros fatores, dentre eles, o mais influente é a questão das noções de gênero. De acordo com Hirata e Kergoat (2007, p. 599): “A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos. [...] Essa forma é modulada histórica e socialmente”.

A organização do trabalho, por meio dessa divisão, começou a ter mais destaque na França na década de 1970, quando o trabalho doméstico foi considerado uma modalidade de trabalho, tanto quanto as outras modalidades profissionais (HIRATA; KERGOAT, 2007). Em vista disso, as mulheres passaram a ser encaixadas não somente nos outros tipos de trabalho, como também, em paralelo, no trabalho doméstico, que exigia o mesmo esforço que os outros, senão mais, criando uma segmentação desigual entre homens e mulheres.

Essa visão é fruto de uma mentalidade cercada de estereótipos e perspectivas patriarcais, haja vista que as mulheres, rotuladas como mais frágeis e suscetíveis a trabalhos voltados para o lar, ou seja, como se não tivessem capacidade de realizar trabalhos mais articulados, foram colocadas dentro dessa caixa, na qual ser mulher indica automaticamente que deva saber fazer os serviços domésticos, como se um ponto não pudesse ser dissociado do outro.

Enquanto o homem, além de perpetuar essas noções, não é visto como alguém que possa realizar os trabalhos de casa, por ser considerado um indivíduo mais másculo, designado para trabalhos considerados menos simples e mais intelectuais, descaracterizando o esforço e o conhecimento que também são imprimidos para realizar as tarefas domésticas e ampliando o desequilíbrio entre os sexos.

Como consequência, as mulheres tiveram que realizar dois tipos de trabalho, se dividindo entre as tarefas fora de casa e as tarefas dentro de casa. Desse modo, o trabalho doméstico se tornou a segunda jornada, uma jornada extensiva ao trabalho profissional, ou seja, com a entrada definitiva da mulher no mercado de trabalho, a carga de trabalho se tornou exorbitante, duplicando ou, por vezes, triplicando esse cenário, agravado durante a pandemia, derivado, dentre algumas razões, do prolongamento de jornada que foi resultado da precarização do teletrabalho.

De acordo com Franco (2021), na segunda edição do estudo Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, foi feita uma pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE, em 2019, pouco antes da pandemia, indicando que as mulheres se dedicaram mais aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos do que os homens. A proporção era em torno de 21 horas semanais de trabalho feitas pelas mulheres contra 11 horas semanais de trabalho feitas pelos homens, um número discrepante. Essa

pesquisa também mostrou que as mulheres que tinham que conciliar casa com trabalho possuíam mais propensão de ter suas horas reduzidas no emprego.

Ainda segundo Franco (2021), ao longo da pandemia, uma pesquisa realizada pela organização Gênero e Número mostrou os seguintes dados: 50% das mulheres, além de realizarem suas tarefas diárias, passaram a cuidar de alguém durante a pandemia, e 51% das que precisaram cuidar de alguém afirmaram que o apoio que tinham diminuiu durante o isolamento social. Ademais, conforme o Blog Mackenzie (2021), outros dados do IBGE, divulgados por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), demonstram que o índice de inatividade e desemprego entre as mulheres a partir de 14 anos de idade subiu para 45,8%, o maior índice desde os anos 90.

Essa inatividade decorre da sobrecarga de afazeres domésticos e, como supracitado, de cuidados extras que essas trabalhadoras precisaram ter com mães, pais, filhos, etc., exigindo delas um foco igualmente importante para todas as funções exercidas. Logo, é indubitável, mediante os dados estatísticos e pesquisas apresentados, que a dupla jornada de trabalho das mulheres se acentuou frente à pandemia e à realização do teletrabalho.

O aumento dessa jornada incorreu, inclusive, em prejuízos que não se limitaram somente a elas, mas ao mercado em si, tendo em vista que muitas profissionais ficaram desempregadas em um período instável, no qual toda a contribuição e mão de obra produtiva era necessária, a fim de manter o funcionamento da economia e permitir que essas mulheres pudessem arcar com seu o sustento e de suas famílias.

Outrossim, é notável a desigualdade presente na alta porcentagem de desempregos, visto que, quando se pensa na mulher como profissional, não se reflete que ela possui mais de um trabalho contínuo e o que ocorre nessas outras funções reverbera diretamente no seu rendimento e sua produção no trabalho fora de casa, por exemplo, se um filho está doente ou se a mãe dela precisa de ajuda, a mente dessa profissional trabalha constantemente para encontrar soluções para esses problemas, enquanto, paralelamente, precisa focar no seu outro trabalho, fora do âmbito familiar.

Durante a pandemia, com o ingresso das mulheres na modalidade do teletrabalho e a sua precarização, não havia um limiar que pudessem impor para repartir as suas obrigações profissionais, das obrigações parentais e das obrigações domésticas, resultando em um cenário de sobrecarga e exaustão, que só se acentuou.

No que tange ao prolongamento da jornada, deve-se dizer que, devido ao isolamento e à virtualização do trabalho, essas mulheres tiveram mais demanda e as horas gastas trabalhando aumentaram exponencialmente, fazendo com que não produzissem com a mesma

eficiência e tivessem que se readaptar a uma nova rotina, não só delas, como também das outras pessoas de seus nichos familiares.

De modo consequente, tiveram que dividir seu foco em uma dupla, às vezes tripla jornada, não conseguindo dirigir a energia necessária para realizar todas as funções de maneira equivalente, como serem mães, profissionais, donas de casa e até mesmo cuidadoras, o que ocasionou um rendimento baixo e uma carência em todos esses segmentos, pois não conseguiam dar o seu máximo. Isto é, com o prolongamento de jornada e a exacerbação na produção, além da desvinculação da rotina e o desvio de energia para outras funções, essas trabalhadoras desenvolveram vários problemas físicos e mentais.

Um desses problemas foi a depressão, visto que, frente à dinâmica de trabalho extenuante, as mulheres trabalhadoras não tinham estímulo para fazer mais nada, desenvolvendo um quadro depressivo. Outro fator que corroborou para isso foi o desemprego, uma vez que a perda de um emprego, de uma fonte de renda e de um veículo para sua independência fizeram com que essas mulheres se abatessem e ficassem sem metas, um sentido para continuarem a trabalhar.

Ademais, devido a mulher ter essa jornada dupla, às vezes tripla, e ainda ter direito a benefícios, como garantia de emprego à gestante, licença-maternidade, entre outros, essa busca por emprego se tornou mais difícil durante a pandemia, e aquelas que, mesmo após o fim do período pandêmico, ainda continuam desempregadas terão dificuldade em sustentar suas famílias e retornar ao mercado de trabalho.

Em síntese, devido à precarização do teletrabalho, problemas como o prolongamento de jornada fizeram parte da vida dessas mulheres e, por conseguinte, muitas não conseguiam manter a produtividade, perdendo seus empregos. Equitativamente, essas trabalhadoras também sofreram outros problemas, como ansiedade, baixa autoestima, esgotamento físico e psicológico, etc., consequências da jornada cansativa e do desdobramento de funções que tinham, e ainda têm, que realizar.

Portanto, quando a pandemia, e o *lockdown* se instalaram, as mulheres foram lançadas em uma realidade com a qual ninguém estava acostumado e precisaram se adaptar. Porém, em virtude da forma precária e ineficaz na qual foi aplicado o teletrabalho, tiveram as suas jornadas de trabalho prolongadas, um desgaste físico e mental que influenciou na realização de suas outras funções, e até na perda de seus empregos.

Perante esse fato, é mister citar o previsto no artigo 7, inciso XX da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - a proteção do mercado de trabalho da mulher,

mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”. (BRASIL, 1988, n. p). Ou seja, na situação da pandemia a mulher deveria ter tido um respaldo no que tange ao trabalho, dado que atuava sob condições distintas advindas de uma situação excepcional e que, mesmo diante das novas circunstâncias, deveria ser protegida e considerada por todas as empresas empregadoras, principalmente no momento de uma demissão.

De igual modo, quando se discute a realidade pós-pandêmica da mulher no mercado de trabalho, é precípuo citar a fala da especialista regional de emprego da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Roxana Maurizio, durante uma reportagem propagada pelo site da OIT de Brasília (2021, n. p): “É necessário alicerçar, ainda com mais força do que antes, um processo que garanta às mulheres maiores oportunidades de emprego de qualidade, qualificação e acesso às novas tecnologias, redução de lacunas, e pleno cumprimento dos direitos trabalhistas”.

Isto posto, resta evidente que a configuração do teletrabalho implementada no cenário pandêmico não auxiliou a vida dessas mulheres, pois elas foram muito impactadas e prejudicadas por essa mudança de modalidade de trabalho, por isso deve-se considerar as causas e consequências dessa precarização durante o período pandêmico e, no panorama atual, do período pós-pandêmico, é fundamental refletir sobre de que maneira a situação das trabalhadoras pode ser remediada e que lições podem ser abstraídas para a aplicação dessa modalidade daqui para frente.

## **4 IMPACTOS FÍSICOS E PSICOLÓGICOS ENFRENTADOS PELOS TRABALHADORES EM DECORRÊNCIA DA PRECARIZAÇÃO**

Este item discorre sobre os impactos físicos e psicológicos causados nas vidas dos trabalhadores durante o período pandêmico, e suas consequências no cenário atual, o pós-pandêmico, tendo como objetos a Síndrome de *Burnout* e a Lesão por Esforço Repetitivo.

### **4.1 BURNOUTS E LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO**

A finalidade deste subtópico é conceituar a síndrome e a lesão, abrangendo seus sintomas, suas causas, sua relação com a precarização do teletrabalho e o núcleo da discussão: de que modo impactaram os trabalhadores.

#### **4.1.1 BURNOUT**

A Síndrome de *Burnout* é uma espécie de doença definida pelo esgotamento físico e psicológico de um profissional, motivado por alguns fatores. Dentre eles o principal é o

excesso de trabalho (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022). De acordo com uma notícia veiculada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em maio de 2019, essa síndrome pode ser caracterizada por três dimensões: sinais de fadiga ou exaustão; redução da produtividade do profissional e sentimentos de negatividade ou cinismo relacionados ao trabalho (OMS, 2019). Isto é, o *burnout* é causado, principalmente, pela exacerbação na produção do profissional, podendo gerar consequências desfavoráveis para a vida pessoal desse indivíduo.

Recentemente, em janeiro de 2022, o site do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª região atestou que a OMS classificou a Síndrome de *Burnout* como doença ocupacional (MODESTO, 2022), uma espécie de doença que decorre do exercício de uma atividade ligada direta ou indiretamente ao trabalho, à profissão. Convergindo disso, é importante destacar que a doença ocupacional é distinta da doença do trabalho, visto que a doença do trabalho é aquela resultante da sua relação com o ambiente e com as condições nas quais esse empregado labora.

Outrossim, segundo Lima (2004, p. 18), a Síndrome de *Burnout*: “[...] é multifatorial, resultante da conjunção de fatores internos (vulnerabilidades biológicas e psicológicas) e externos (o ambiente de trabalho)”. Ou seja, a síndrome descende desse conjunto de fatores e afeta vários segmentos da vida do trabalhador, paralisando seu desenvolvimento e conferindo-lhe a sensação de sobrecarga. Alguns dos sintomas dessa síndrome são: o esgotamento físico e mental, já citado, ansiedade, isolamento, irritabilidade, baixa autoestima, quadros depressivos, perda de apetite, etc. (MACHADO, 2022).

Diante disto, no que tange à pandemia e ao cenário pós-pandêmico, deve-se ressaltar que há uma intersecção na qual o excesso de trabalho encontra com o prolongamento de jornada, porquanto os dois são derivados da mesma problemática: a precarização do teletrabalho, haja vista que houve, por exemplo, casos em que o excesso de trabalho foi resultado de um prolongamento de jornada, no qual um foi a causa do outro, e ambos provêm da má gestão da modalidade de teletrabalho, ou seja, a precarização.

Então, tanto o excesso de trabalho quanto o prolongamento de jornada são causas do *burnout*, e eles advêm da precarização do teletrabalho, pois como essa modalidade não foi gerenciada de forma correta e eficaz, tornou-se precária e trouxe malefícios. Portanto, tudo está diretamente interligado, tendo em vista que dois dos causadores do *burnout* são consequências claras da precarização do teletrabalho.

De acordo com Neitzke (2022), uma pesquisa apresentada pelo neurocirurgião Fernando Gomes, durante o programa da CNN Brasil, no quadro chamado Correspondente Médico, em 2021, ano no qual a pandemia ainda era emergente, foram entrevistadas 15 mil

pessoas de diversos países. Dessas quinze mil pessoas, 38% afirmaram sofrer da Síndrome de *Burnout* e 32% alegaram que sua saúde mental foi prejudicada em razão do trabalho estar sendo feito em casa.

Logo, diante dos dados estatísticos apresentados, é indubitável que a saúde mental dos trabalhadores foi muito afetada e que, em razão da precarização do teletrabalho, acabaram tendo que realizar atividades que iam além do que lhes cabia e, por isso, desenvolveram síndromes, transtornos mentais e reações físicas.

Ademais, é fundamental discutir sobre alguns dos sintomas presentes na Síndrome de *Burnout*: a ansiedade, o isolamento e os quadros depressivos (MODESTO, 2022). Em um panorama já instável, como o da pandemia, o aumento do isolamento de um indivíduo pode ser cataclísmico para sua saúde mental, porém é exatamente isso que ocorreu quando o trabalhador desenvolveu a Síndrome de *Burnout*. Ele se isolou em casa, um ambiente que, devido ao cenário e às condições de trabalho, tornou mais difícil a convivência e a produção profissional.

Paralelo a esse sintoma, acrescentaram-se outros, como a ansiedade e a depressão. Em virtude do excesso de trabalho, a principal causa do *burnout*, o trabalhador não teve mais energia para executar tarefas, então ficou apático e desenvolveu um quadro depressivo, posto que não tinha estímulo para trabalhar e continuar realizando suas atividades.

Por conseguinte, surgiu a ansiedade, dado que o trabalhador não produzia, então se sentia pressionado por não produzir e ficava maquinando sobre as consequências disso, o que agravava seu estado. Isto posto, resta claro que as ramificações dessa síndrome, causada por fatores desencadeados pela precarização do teletrabalho, atingiram fortemente os trabalhadores e se solidificaram de tal forma que ficaram presentes em suas vidas após o período pandêmico, influenciando em sua adaptabilidade na rotina, na socialização e na saúde mental, até mesmo física.

Outro problema que causou a Síndrome de *Burnout*, e ocorreu em razão da pandemia, foi a competitividade do mercado, haja vista que durante o período pandêmico muitos trabalhadores foram demitidos, perderam seus empregos ou não puderam mais seguir com seus próprios negócios. Sendo assim, ficavam em busca de outras oportunidades de trabalho e, quando não conseguiam, acabavam se desiludindo e perdendo as energias.

Ou seja, houve um aumento na competitividade e na busca por emprego, e isso influenciou de forma direta no desenvolvimento do *burnout*, porquanto muitos contratantes exigiam um nível exagerado de produtividade para os parâmetros do teletrabalho na pandemia e os trabalhadores ficavam ansiosos e estressados por não conseguirem emprego.

Dessa forma, esses empregados sentiam a necessidade de se moldarem aos padrões exigidos pelos empregadores, com o intuito de evitar que outra pessoa preenchesse a vaga, e se desgastando ao ponto de desenvolverem a Síndrome de *Burnout*. Isso porque as condições de teletrabalho, infelizmente, acabavam sendo distintas de acordo com a função de cada um.

Outrossim, é válido mencionar uma pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), feita em janeiro de 2021, veiculada pelo site da Agência Brasil, na qual o presidente da Associação Brasileira de Empresas de Saúde e Segurança no Trabalho (ABRESST), também gestor da saúde, deu o seguinte parecer:

[...] Agir e minimizar esse cenário (da síndrome de mack na pandemia) é também uma responsabilidade das empresas, pois cabe a elas fomentar a saúde, segurança e qualidade de vida das equipes. O emocional das pessoas tem sido fortemente abalado pelo isolamento social, as incertezas do futuro, a pressão para alcançar resultados, as dificuldades do trabalho remoto, entre outros pontos (ALBUQUERQUE, 2021, n. p).

Logo, nota-se que houve um entrave em relação ao apoio das empresas empregadoras, dado que não existia um suporte que abarcasse os problemas mentais e psicológicos que assolaram os trabalhadores durante a pandemia, dentre eles o *burnout*. Isto é, as empresas, após os primeiros meses de pandemia, já tinham uma estimativa de como o teletrabalho estava funcionando e poderiam ter tomado medidas que melhorassem a sua aplicação e lhe dessem mais eficácia. No entanto, a gestão não foi bem feita e esse esgotamento físico e mental dos empregados foi apenas um dos resultados negativos.

#### 4.1.2 LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO (LER)

Além dos transtornos mentais, como a Síndrome de *Burnout*, existem algumas doenças físicas que também fizeram parte da jornada dos trabalhadores durante a pandemia, como a Lesão por Esforço Repetitivo (LER). De acordo com o portal Cognys (2021), a Lesão por Esforço Repetitivo é um tipo de doença ocupacional, prevista no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991), e é causada por sobrecargas físicas e até mentais, devido ao uso excessivo de músculos, ossos e articulações, podendo impossibilitar que o trabalhador realize o seu trabalho.

Ressalta também, conforme versa Cognys (2021), que essa lesão é causada pela execução de determinados movimentos continuamente, isto é, quando o trabalhador tem que repetir os mesmos movimentos por um longo período como por exemplo, uso exacerbado de computadores, celulares e a realização de trabalhos manuais de forma reiterada. E atinge,

principalmente, os membros superiores, como dedos, mãos, braços, entre outros. Alguns dos sintomas dessa doença são dor no local da lesão, desconforto, dormência, diminuição da força muscular, etc.

Durante o período pandêmico, todos os trabalhadores que precisaram ficar em casa e se encaixaram na modalidade do teletrabalho tiveram que fazer uso dos dispositivos eletrônicos, pois eram imprescindíveis para a efetuação de suas atividades. Professores precisavam dos computadores para darem aula, funcionários públicos precisavam dos computadores para videochamadas, reuniões e tarefas urgentes. Profissionais da computação, do direito, da arquitetura, etc, precisavam desses equipamentos para continuarem fazendo suas tarefas, ou seja, todos estavam dependentes dos aparelhos eletrônicos.

Em virtude da necessidade de realizar suas atividades por meio do teletrabalho, esses profissionais precisaram seguir com o trabalho, por vezes buscando uma meta de produtividade acima do que suas capacidades lhes permitiam, passando longos períodos em seus computadores e/ou celulares, exercitando seus músculos até o ponto de exaustão. A partir disso, desenvolveram a Lesão por Esforço Repetitivo, visto que executaram a mesma atividade de forma recorrente, forçando seus membros do corpo.

Isto é, a problemática reside exatamente nessa questão: na frequência com que esses trabalhadores tiveram que fazer uso de seus membros superiores em seus compromissos rotineiros e o que isso acarretou em suas vidas. Durante o período da pandemia, não podiam deixar de cumprir seus afazeres, entretanto muitas vezes passavam das horas de trabalho definidas por lei, as chamadas horas extras, e desgastavam seus corpos e mentes.

Por causa disso, as dores e lesões em seus músculos aumentaram e dificultaram o andamento normal de suas tarefas laborais, porém, mesmo que esses trabalhadores quisessem parar e descansar, não podiam, haja vista que o trabalho tinha que ser constante e era exigida uma produção mínima.

Nesse cenário, o empregador não tinha como supervisionar o trabalho do empregado, como não estavam no mesmo recinto, não tinha um controle da produção e das horas trabalhadas e, conseqüentemente, cobrava mais para que o rendimento aumentasse, visto que, no decorrer da pandemia, a noção que muitos empregadores tinham era a de que os trabalhadores não estavam produzindo, e de que estariam utilizando o tempo que estavam em casa para descansar e praticar outras atividades. Ou seja, quanto mais o empregado trabalhasse, maior seria a probabilidade de contrair um dano permanente, dado que, quando se tem uma lesão física como a LER, quanto maior a frequência dos movimentos repetitivos, pior a condição desse indivíduo.

Esse é mais um resultado da precarização do teletrabalho, pois, ao ter que executar as suas obrigações em maior quantidade, o trabalhador sofreu danos físicos, que, se evoluíssem, gerariam prejuízos não somente para ele, mas para sua família, tendo em vista que grande parte do sustento de muitas famílias vinha da manutenção do trabalho deste empregado que estava na modalidade do teletrabalho.

Consoante a isso, é necessário discutir sobre a responsabilidade da empresa empregadora nessa questão. No decurso da pandemia, quando houve a modificação necessária da modalidade presencial para o teletrabalho, era fundamental que a empresa atuasse em conjunto com o trabalhador para manter a qualidade nas condições de trabalho, porquanto é responsabilidade da empregadora criar um ambiente propício para o trabalho do empregado.

À vista disso, quando o trabalhador precisava cuidar dessas lesões adquiridas, como a LER, acabava por ter custos extras com consultas médicas, remédios e tratamentos; gastos não programados em decorrência do trabalho também devem ser abarcados pela empregadora, inclusive oferecendo auxílio, na forma de ajuda de custo. Dado que, garantir o bem-estar do trabalhador no seu ambiente de trabalho e durante a realização de suas atividades, especialmente em uma situação crítica como a da pandemia, é obrigação da empresa, ou seja, no tocante às doenças ocupacionais, como a LER, é importante que o empregador forneça o suporte devido.

Diante disso, fica evidente que essa falta de preparo das empresas e a maneira ineficiente de gerir a modalidade do teletrabalho durante o período pandêmico fomentaram a precarização do teletrabalho, visto que não se organizaram para dar o amparo necessário que os trabalhadores precisavam para continuarem realizando suas obrigações com o mínimo de saúde.

Além da Lesão por Esforço Repetitivo, ainda existem outras lesões físicas causadas pelo excesso de trabalho durante a pandemia, como o Distúrbio Osteomuscular relacionado ao Trabalho (DORT), uma doença que deriva da sobrecarga nas estruturas ósseas e tem sintomas semelhantes aos sintomas da LER. O tratamento a ser feito irá depender dos fatores de risco, das condições do ambiente de trabalho e de qual lesão acometeu o trabalhador (COGNYS MATÉRIAS, 2021).

Destarte, é indubitável que esse impacto que a precarização do teletrabalho trouxe para a saúde dos trabalhadores é nocivo e interliga uma problemática à outra, ou seja, a precarização do teletrabalho causou uma série de condições inadequadas de trabalho, as quais ocasionaram problemas distintos aos empregados, como o desenvolvimento da doença ocupacional supracitada, a Lesão por Esforço Repetitivo. Aqueles trabalhadores que ainda

possuem sequelas do período pandêmico até os dias atuais precisam ser amparados por suas empregadoras, pois é de responsabilidade delas assumir o risco da atividade econômica, como se tem évide no artigo 2º da CLT (BRASIL, 1943).

#### 4.2 LIQUIDEZ DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Para elucidar mais a questão da precarização do teletrabalho, há que se mencionar um dos principais impactos desse processo: a liquidez das relações sociais, no entanto, primordialmente, é relevante esclarecer o que é a modernidade líquida. A modernidade líquida, conforme determinado pelo sociólogo Zygmunt Bauman (2001), é o atual estado da sociedade, caracterizado pela volatilidade e fluidez das coisas e relações, que quebram a perspectiva de estabilidade e constância.

Durante a pandemia, houve a virtualização de segmentos profissionais e sociais, isto é, os trabalhadores tiveram que imergir em um ambiente digital e tecnicamente novo. Em razão disso, a modernidade líquida se impôs soberana e as relações enfraqueceram ainda mais, concretizando a liquidez.

Dito isto, pode-se dizer que o panorama da pandemia e a precarização do teletrabalho instigaram essa modernidade líquida e, por conseguinte, a liquidez nas relações sociais, que pode ser distinguida como um estado incerto e superficial no qual as relações não são mais sólidas e estruturadas, se tornam voláteis e não há mais a mesma proximidade.

Ou seja, uma das dificuldades enfrentadas no período pandêmico foi justamente a manutenção das relações sociais, haja vista que a distância imposta e as tecnologias utilizadas para o teletrabalho e outras atividades criaram uma barreira que até os dias atuais ainda é difícil de ultrapassar, pois, durante a realização desse trabalho, não houve uma gestão eficaz do tempo e da duração da jornada, então os trabalhadores passaram mais tempo ocupados em suas funções do que realizando qualquer outra atividade, principalmente porque a demanda para produzir foi se tornando exacerbada. Em decorrência disso, não havia mais a noção de vivência em uma comunidade.

Manter relações uns com os outros é um fator essencial para o desenvolvimento de um indivíduo, dado que auxilia a desenvolver habilidades de convívio coletivo e evolução pessoal, o que também impacta diretamente no sucesso e rendimento das atividades profissionais. Com o excesso de tecnologia e a precarização da modalidade do teletrabalho os empregados não sabiam mais como se desligar de suas obrigações, permanecendo em um ciclo prejudicial para sua saúde e para suas conexões.

Concomitante a isto, pode-se dizer que esse processo de precarização também atingiu a volta dos trabalhadores para a modalidade presencial de trabalho, uma vez que tinham dificuldade de se adequar novamente à rotina e aos trabalhos em equipe, pois era difícil manter as capacidades desenvolvidas antes da pandemia e se inserir em um grupo, já que os trabalhadores passaram muito tempo em casa, sem a necessidade de aplicar algumas das habilidades que aplicavam presencialmente e sem ter o mesmo contato com os outros colegas.

À luz do cenário pós-pandêmico, pode-se dizer que todos os fatores apresentados afetaram fortemente os trabalhadores, porquanto, após o regresso à normalidade, muitos não sabem mais como interagir com as outras pessoas e, por conseguinte, preferem se manter afastados e se isolar, tornando mais frágeis suas relações e minando suas conexões, o produto de um processo de liquidez das relações e da precarização do teletrabalho.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, o intuito foi analisar as condições do teletrabalho no cenário pandêmico e pós-pandêmico e as mudanças que ocasionaram na vida dos trabalhadores, daí dissertando sobre as razões de ele ter se tornado precário, dando ênfase nas causas disto e nas consequências sofridas por esses funcionários, um produto da pergunta problema que foi formulada.

A pergunta problema proposta foi: Quais as consequências que o teletrabalho ocasionou à saúde do trabalhador em virtude da cessação do cenário pandêmico? Questionamento que surgiu de uma análise sobre os impactos da pandemia no setor trabalhista do Brasil e as várias formas que os empregados foram atingidos. Discorreu-se, em três tópicos, com inúmeros subtópicos, sobre essas consequências, tendo como fontes basilares livros, dados estatísticos, dispositivos legislativos, testemunhos de algumas autoridades, etc. Logo, não há dúvidas de que a pergunta problema foi respondida.

Frente a isso, dentro dos três tópicos, demonstrou-se como o prolongamento de jornada afetou a saúde das trabalhadoras e trabalhadores, como eles desenvolveram problemas psicológicos e físicos, e de que forma isso afetou suas relações em geral. Diante disso, pode-se afirmar que o resultado da pesquisa foi efetivo e o objetivo foi alcançado, tendo em vista que foi apresentado, de diversas maneiras, como estes empregados foram impactados e como sua saúde foi atingida.

A metodologia utilizada para a produção deste artigo foi a pesquisa bibliográfica, da qual extraímos, por meio de textos, artigos científicos, livros, dados estatísticos e dispositivos da lei, até mesmo reportagens, as informações apresentadas aqui e conseguimos, através de

análises, comparações e debate dessas informações, elaborar as conclusões necessárias para, não somente responder à pergunta problema, como também para expor uma pesquisa mais abrangente.

Entende-se que a metodologia utilizada foi adequada, porquanto as ramificações da pandemia ainda são recentes e o material é um pouco escasso, então, mediante o tema proposto, foi necessário considerar algumas variáveis, dentre elas a realidade fática, que realmente demonstra os resultados do panorama pandêmico. Em razão disto, a metodologia foi suficiente, pois pela análise de artigos científicos, notícias e testemunhos que acrescentaram e deram inúmeras perspectivas sobre o tema, foi possível chegar ao cerne da questão, que era o objetivo.

Ante o exposto, por intermédio do estudo para essa pesquisa pudemos perceber que o Brasil não estava preparado para enfrentar uma pandemia, fato comprovado pelas grandes perdas que tivemos no setor da saúde com as milhares de mortes, porém não foi apenas nesse setor que o nosso país se mostrou deficiente, o problema foi além, tanto que impactou os setores educacional, trabalhista, econômico, etc. Durante a produção deste artigo, pudemos visualizar o cenário da pandemia em sua totalidade, por vertentes diferentes, fato que auxiliou no momento de discutir sobre os impactos pós-pandemia, relevantes para o sistema trabalhista e as relações laborais.

A questão que permanece é: como poderemos aplicar o que foi aprendido no quadro atual? É imperioso considerar a forma como o meio ambiente de trabalho mudou no período da pandemia, como as condições de trabalho tornaram-se precárias, como a vida profissional e pessoal dos trabalhadores se mesclou, porque todo esse contexto moldou a maneira como os trabalhadores serão daqui para frente, o que, em alguns lugares, gerou modificações nas modalidades e nos contratos de trabalho.

Para que haja uma ressocialização e reinserção dos empregados no panorama trabalhista atual, as empresas empregadoras precisam analisar a disponibilidade de cada trabalhador e ponderar sobre a situação de forma casuística, isto é, estudando caso a caso, haja vista que, em que pese a pandemia ter impactado negativamente e de modo desmedido no todo, alguns trabalhadores conseguiram obter uma boa produção nesse período.

Alguns, inclusive, preferiram essa modalidade de trabalho por ser uma forma que lhes permite ficar perto dos filhos e passar mais tempo em casa. Logo, sugere-se que as empresas levem esses fatores em conta ao organizarem as rotinas presenciais de seus trabalhadores, pode ser que instalar um sistema híbrido seja uma boa solução para alguns, ou realizar uma

espécie de rodízio dos funcionários, de forma que ninguém se desgaste excessivamente e os empregados possam se readaptar lentamente à modalidade presencial.

Ademais, não se deve ignorar a saúde mental e psicológica dos trabalhadores, pois o seu estado influencia diretamente na sua produtividade e no seu convívio, é preciso que, no tocante a esse fator, a empregadora atue em conjunto com o trabalhador e realmente se interesse pelo seu bem-estar, e não somente pelo seu desempenho como funcionário. Sugere-se, também, instalar uma seção terapêutica no ambiente de trabalho, com o suporte de uma equipe de psicólogos e profissionais da saúde, para auxiliarem nos momentos devidos.

Destarte, as consequências que esses trabalhadores tiveram que enfrentar, decorrentes desse período, serão duradouras, tanto as mentais quanto as físicas, isto é, irão perdurar por muito tempo, por isso é essencial que mantenhamos a memória do que foi essa pandemia e busquemos um sistema de trabalho cada vez melhor, mais eficiente e acessível às realidades de todos os trabalhadores brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Flávia. Excesso de trabalho e pandemia podem desencadear Síndrome de Burnout. **AGENCIA BRASIL**, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/excesso-de-trabalho-e-pandemia-podem-desencadear-sindrome-de-burnout>. Acesso em: 31 outubro. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENAVIDES, Fernando G. et al. O futuro do trabalho após a Covid-19: o papel incerto do teletrabalho no domicílio. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, Barcelona, v. 46, n. 31, p. 1-8, 25 jan. 2021. Anual.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [...], 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências., 1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

DIA Internacional da Mulher: 13 milhões de mulheres viram seus empregos desaparecerem devido à pandemia na América Latina e no Caribe. **OIT BRASÍLIA**, 2021. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_774846/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_774846/lang--pt/index.htm). Acesso em: 6 novembro. 2022.

FRANCO, Karin. Dupla jornada de mulheres aumenta durante a pandemia. **Jornal Centro Sul Paraná**, 2021. Disponível em: <https://hojecentrosul.com.br/dupla-jornada-de-mulheres-aumenta-durante-a-pandemia>. Acesso em: 17 outubro. 2022

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, Brasil, v. 37, n. 132, p. 595-609, dez./2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/?lang=pt>. Acesso em: 15 outubro. 2022.

LER/DORT: Doenças ocupacionais que mais afetam os trabalhadores brasileiros na pandemia. **Cognys Matérias**, 2021. Disponível em: <https://vitalsaudeocupacional.com.br/ler-dort-doencas-ocupacionais-que-mais-afetam-os-trabalhadores-brasileiros-na-pandemia/#:~:text=Com%20a%20pandemia%20e%20o,da%20sobrecarga%20nas%20estruturas%20C3%B3seas>. Acesso em: 2 nov. 2022.

LER/DORT e o home office na pandemia. **Cognys Matérias**, 2021. Disponível em: <https://www.cognys.com/materia/ler-dort-e-o-home-office-na-pandemia>. Acesso em: 1 nov. 2022.

LIMA, Fabiana Batistucci de. **Stress, qualidade de vida, prazer e sofrimento no trabalho de call center**. 2004. 133 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Psicologia, Centro de Ciências da Vida, Puc Campinas, Campinas, 2004. Cap. 1. Disponível em: [https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/15802/ccv\\_ppgpsico\\_me\\_Fabiana\\_BL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/15802/ccv_ppgpsico_me_Fabiana_BL.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 27 outubro. 2022.

LUCA, Adriana de. Número de processos trabalhistas dispara durante a pandemia de Covid-19. **CNN BRASIL**, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/numero-de-processos-trabalhistas-dispara-durante-a-pandemia-de-covid-19/>. Acesso em: 3 novembro. 2022.

MACHADO, Lucas. Quais são os direitos do trabalhador com Síndrome de Burnout? **JORNAL CONTÁBIL**, 2022. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/quais-sao-os-direitos-de-trabalhadores-com-sindrome-de-burnout/>. Acesso em: 26 outubro. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 8 ed. Barueri SP: Atlas, 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Síndrome de Burnout**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 26 outubro. 2022.

MODESTO, Celina. Janeiro Branco: síndrome de Burnout é classificada como doença ocupacional pela OMS. **Justiça do Trabalho – Notícias**, 2022. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/janeiro-branco-sindrome-de-burnout-e-classificada-como-doenca-ocupacional-pela-oms>. Acesso em: 26 outubro. 2022.

NEITZKE, Fabrizio. Síndrome de Burnout, mais comum no home office, pode levar a AVC e infarto. **CNN BRASIL**, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/sindrome-de-burnout-mais-comum-no-home-office-pode-levar-a-avc-e-infarto/>. Acesso em: 26 outubro. 2022.

NÚMERO de mulheres no mercado de trabalho cai durante a pandemia. **Blog Mackenzie**, 2021. Disponível em: <https://blog.mackenzie.br/mercado-carreira/mercado-de-trabalho/numero-de-mulheres-no-mercado-de-trabalho-cai-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 21 outubro. 2022.

PESQUISA do Data Senado aponta aumento da produtividade em decorrência do teletrabalho na pandemia. **Agência Senado**, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/02/pesquisa-do-datasenado-aponta-aumento-da-produtividade-em-decorrencia-do-teletrabalho-na-pandemia>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Burn-out an "occupational phenomenon": International Classification of Diseases**. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>. Acesso em: 26 outubro. 2022.

## PRECEDENTES JUDICIAIS, DIREITO COMO INTEGRIDADE E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

JUDICIAL PRECEDENTS, LAW AS INTEGRITY AND THE PRACTICE OF THE MAGISTRATE

Recebido em	18/11/2022
Aprovado em	21/11/2022

Versalhes Enos Nunes Ferreira<sup>1</sup>  
Vanessa Rocha Ferreira<sup>2</sup>

### RESUMO

---

A finalidade do presente texto é desenvolver ideias acerca do sistema de precedentes judiciais, instituído pelo novo código de processo civil brasileiro, guiando-se por seus pilares fundamentais e estabelecendo uma correlação com a atuação dos magistrados, motivo pelo qual é adotada a tese do Direito como Integridade de Ronald Dworkin como marco teórico. Assim, a pesquisa investiga a dinâmica dos precedentes, sua importância, distinção e superação, bem como, apresenta uma fundamentação teórica para sua instituição, contexto este que resulta na conexão e ressonância que deve existir entre os julgadores e os precedentes, almejando dar coerência e segurança jurídicas aos jurisdicionados.

**Palavras-chave:** Atuação do magistrado; precedentes judiciais; direito como integridade; Ronald Dworkin; jurisdição.

### ABSTRACT

---

The purpose of this text is to develop ideas about the system of judicial precedents, established by the new Brazilian code of civil procedure, guided by its fundamental pillars and establishing a correlation with the performance of judges, which is why the thesis of Ronald Dworkin's Law as Integrity is adopted as a theoretical framework. Thus, the research investigates the dynamics of precedents, their importance, distinction and overcoming, as well as, presents a theoretical basis for its institution, a context that results in the connection and

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito - Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito do Trabalho - Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Graduado em Direito - Universidade Federal do Pará (UFPA). Integrante da linha de pesquisa "Teorias da Justiça e Políticas Públicas: Fundamentação" (CESUPA/CNPq) e do grupo de pesquisa "Trabalho Decente" (CESUPA/CNPq).

<sup>2</sup> Doutora em Direitos Humanos - Universidade de Salamanca (Espanha) / Título Revalidado pela Universidade de Brasília (UNB), com equivalência no Doutorado em Direitos Humanos e Cidadania (Certificado de Reconhecimento nº 4406913). Mestre em Direitos Fundamentais - Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Direito Público - Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Especialista em Direito Processual - Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Advocacia Previdenciária - Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito - Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Trabalho Decente" (CNPq/CESUPA).

resonance that should exist between judges and precedents, aiming to give coherence and legal certainty to the subjects.

**Keywords:** Acting of the magistrate; judicial precedents; law as integrity; Ronald Dworkin; jurisdiction.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), e que entrou em vigência no dia 18 de março de 2016, ofertou especial tratamento aos chamados precedentes judiciais, incumbindo ao artigo 926 e seguintes a tarefa de sua regulação, buscando não apenas solucionar o antigo problema do excessivo volume de processos com a mesma discussão, mas também, conferir maior confiança, maior segurança jurídica aos cidadãos, e isso através da estabilidade dos entendimentos judiciais.

Deste modo, o tema concernente aos precedentes judiciais é relevante, na medida em que sua operacionalização faz nascer o dever dos tribunais de observarem os seus próprios precedentes, não podendo ignorá-los ao decidir casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo utilização das técnicas de distinção e de superação. Por isso, o objetivo deste ensaio é instigar a reflexão e demonstrar a importância desse instituto para todo o ordenamento jurídico, visto que seus reflexos alcançarão diversos subsistemas jurídicos, podendo ser compreendido como instrumento de resolução racional das lides.

Frise-se que a justificativa para esta pesquisa repousa no entendimento de que os precedentes serão um divisor de águas para a atividade jurisdicional em todas suas esferas, porquanto que racionalizará essa importante função estatal, trazendo benefícios não apenas aos que buscam dirimir suas demandas na via judicial, como para o próprio sistema jurídico, que, através da coerência de seus entendimentos, refletirá a segurança jurídica e ficará em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico-normativo.

Nessa conjuntura, ainda é perceptível certa desconfiança em relação aos precedentes, visto sua característica de unificação e padronização das decisões. Será que sua implementação progressiva é capaz de tornar os magistrados, principalmente os de 1º grau de jurisdição, meros repetidores das fundamentações exaradas pelos tribunais, tendo sua atividade interpretativa limitada? Essa questão será analisada no estudo, que adota como referencial teórico a tese do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, funcionando como vetor a auxiliar os julgadores na construção de um sistema jurídico estável, íntegro e coerente, bem como, sendo a fundamentação filosófica para a adoção desse sistema.

Destarte, utilizando os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>3</sup>, a pesquisa será exploratória, qualitativa e de revisão bibliográfica, dividida em seis itens. O primeiro é a introdução. Em seguida, aborda aspectos gerais e dogmáticos dos precedentes. Após, analisa a tese do Direito como Integridade. Depois, aprecia a eficácia e rol dos precedentes. No quinto item examina a distinção, a superação, a modulação, alcançando a problemática relativa à vinculação hierárquica e a persuasão racional. Ao fim, são apresentadas as conclusões do estudo.

## **2 ASPECTOS GERAIS E DOGMÁTICOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS**

O CPC/2015 regulou, em seu artigo 926 e seguintes, um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, aplicável, subsidiariamente, a todos os demais ramos do direito processual, tendo como desígnio originário garantir e preservar a segurança jurídica, construindo, desse modo, uma nova feição para a atividade jurisdicional e para o próprio Direito processual brasileiro.

A valorização dos precedentes pelo legislador não foi uma decisão abrupta, ao contrário, é fruto de um processo evolutivo que, do ponto de vista normativo, alcançou seu ápice na edição do CPC de 2015 (CÂMARA, 2017). A partir dessa nova realidade processual, a decisão judicial não pode mais representar apenas uma solução pontual para um dado caso concreto, ela pode mais, pode ser um meio para a própria promoção da unidade do direito, alcançando uma multiplicidade de processos.

Em determinadas situações levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, as razões adotadas na justificação das decisões podem servir como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico para casos futuros (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020), contribuindo para a fixação de um caminho alicerçado em respeitar as coisas decididas e não alterar o que está estabelecido.

Com o sistema de precedentes, reconhece-se eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência, fazendo com que o juiz não decida a demanda com base, apenas, na letra da lei, mas sim, julgue-a conforme o Direito, por isso a adoção dos precedentes judiciais, fixando o dever de definição de diretrizes hermenêuticas. Almeja-se

---

<sup>3</sup> O FPPC é um encontro que reúne processualistas civis de todo o país, aonde é discutido, de forma isonômica, as novas soluções do código de processo civil de 2015. A aprovação de seus enunciados, fonte doutrinária interpretativa, depende da aprovação, por unanimidade, no grupo temático, e, aprovação, também por unanimidade, na plenária.

oferecer soluções análogas para lides com mesmo fundamento jurídico, evitando interposição excessiva de recursos e aumento de demandas com respostas já estabelecidas (DIDIER JR., 2017).

Entretantes, é necessário definir o que é um precedente, visto que a partir da compreensão de seu conceito será possível entender sua aplicabilidade e relevância ao ordenamento jurídico e às soluções judiciais ofertadas ao cidadão. Inclusive, segundo inteligência do Enunciado 380 do FPPC, a expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo CPC/15, contempla os precedentes vinculantes, demonstrando sua valorização pelo legislador.

Para Câmara (2017) e Marinoni (2016), é possível entender o precedente como um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, proferida em processo posterior. Em outros termos, sempre que um órgão jurisdicional, ao prolatar uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido ou será considerada um precedente.

No mesmo sentido, para Didier Jr., Braga & Oliveira (2015), o precedente judicial pode ser definido como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos semelhantes. Vale ressaltar que, o que forma, efetivamente, o precedente, é apenas a razão de decidir do julgado, isto é, a sua *ratio decidendi* (MACÊDO, 2015). Ela é a essência da tese jurídica suficiente para dirimir o caso concreto levado ao conhecimento do órgão jurisdicional.

Por conta disso, nem toda decisão, ainda que proferida pelo tribunal, é um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente. Ademais, uma decisão que se vale de um precedente como razão de decidir, naturalmente não pode ser considerada um precedente. Por outro lado, algumas decisões nem possuem potencial para serem consideradas precedente, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei (NEVES, 2016).

Em adendo, o FPPC também discutiu e aprovou alguns entendimentos que auxiliam na compreensão sobre o que pode ou não ser considerado um precedente. O Enunciado 315 atesta que nem todas as decisões formam precedentes vinculantes. Esmiuçando a questão, o Enunciado 318 informa que os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão não possuem efeito de precedente vinculante, assim como, o Enunciado 319 aduz que os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.

Para que se possa declarar a existência de um precedente, é necessária a observância de alguns parâmetros, ou melhor, condições, que serão posteriormente mencionadas. Por hora, merecem destaque os inúmeros benefícios que serão carreados ao ordenamento por conta da implementação de um sistema de precedentes judiciais.

A efetiva realização desse sistema será capaz de promover a igualdade, posto que as pessoas passarão a ser tratadas pelo Judiciário da mesma maneira, isto é, para casos semelhantes aplica-se a mesma solução; também promoverá a confiança, a segurança jurídica (SCHAUER, 2015; MARINHO, 2015), visto que os cidadãos precisam saber, sentir e ter a segurança em torno do Direito, e, este tem que ser, para isso, previsível. Não é crível que os indivíduos ingressem com seus petítórios e recebam decisões díspares, baseadas em teses jurídicas distintas, para casos semelhantes. Se há um entendimento fixado, esse deverá ser seguido. Além disso, com os precedentes, os entendimentos dos tribunais superiores passam a integrar o rol das fontes formais do Direito.

Outrossim, a previsibilidade evitará ajuizamento de demandas não amparadas juridicamente, diminuindo, assim, o volume de causas. Por isso, é importante que as cortes judiciais fixem, sigam e façam seguir seus precedentes. E, se temos previsibilidade, as pessoas não irão ingressar com demandas já dirimidas. Isso acelerará a resolução das lides, respeitando-se a duração razoável do processo. O FPPC editou os Enunciados 169 e 316, que dizem que os órgãos do Poder Judiciário, inclusive os fracionários, devem, obrigatoriamente, seguir os seus próprios precedentes, e, tal observância, conduz à estabilidade da jurisprudência fixada.

Além do mais, o sistema de precedentes judiciais fará com que o debate processual se torne algo mais simples, desde que, é claro, a *ratio decidendi* já tenha sido alçada à categoria de precedente formal. Com isso, o Direito não ficará submetido ao voluntarismo de cada julgador, ao que cada magistrado pensa ser o correto, o justo ou o moralmente aceitável. Os precedentes vêm para racionalizar o sistema jurídico, colaborando para que casos iguais sejam julgados do mesmo modo e, assim, seja possível oferecer um tratamento isonômico para as partes processuais em questões semelhantes, no que se refere aos fatos principais.

Pois bem. Para alcançar a racionalidade sistêmica, principal motivo da fixação de uma ordem de precedentes vinculantes, é pertinente compreender a necessidade de se repensar alguns conceitos jurídicos tradicionais. Deverão ser revistos para adequarem-se à nova realidade.

O conceito de processo, *verbi gratia*, sempre levava em consideração a solução de um caso. Agora, precisa ser revisto, porque processo não é só um meio de resolver um caso, pelo

processo se resolve um caso, mais se fixa um precedente para outros casos. Passa a ser um método de julgamento de caso e de construção do precedente, com potencial de resolução de uma pluralidade de lides.

O contraditório deixa de ser visto apenas como uma discussão em torno da solução da demanda e, passa a ser entendido, também, como uma discussão em torno da fixação do precedente para casos futuros e semelhantes. O Enunciado 02 ensina que para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório e, o Enunciado 458 ressalta que para a aplicação, de ofício, de precedente vinculante, o órgão julgador deve intimar, previamente, as partes para se manifestarem sobre ele. Essas condições devem ser observadas pelo Judiciário no contexto da formação do precedente.

Com o CPC/15, o princípio do contraditório teve suas garantias ainda mais explicitadas, quais sejam, a participação e a possibilidade de influência, efetivamente, na decisão judicial. Assim, é dever do juiz zelar pelo efetivo contraditório da demanda levada ao seu conhecimento, bem como, observar a regra da proibição de decisão-surpresa (DIDIER JR., 2017). Pelo texto, está vedado o “emprego de teses não submetidas ao crivo do contraditório como fundamento para a grande maioria das decisões judiciais” (DIAS *et al.*, 2019, p. 38). É por isso que Bahia & Silva (2016) lecionam que o CPC/15 aprofundou o conteúdo de proteção das garantias constitucionais processuais em relação à legislação pretérita, incorporando e ampliando a salvaguarda dos direitos processuais do cidadão.

O CPC/15 permite, inclusive, que *amicus curiae* recorra no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. E, poderá recorrer porque o referido incidente servirá para fixar um precedente obrigatório. É o entendimento do Enunciado 391 do FPPC. O novo código processual regulou a intervenção do *amicus curiae* no artigo 138, asseverando que um interessado pode intervir como assistente na construção do precedente, conquanto que sua fixação, repita-se, atingirá uma variedade de processos. Desta forma, a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia serão analisadas para o deferimento ou não de seu ingresso na lide.

Igualmente, a motivação das decisões passa a ser encarada como discurso para duas plateias: discurso para as partes (na solução do caso paradigmático, específico) e um discurso para os demais membros da coletividade, visto que poderá fixar precedente para casos futuros e semelhantes (LOURENÇO, 2011).

Em verdade, o sistema de precedentes impôs uma revisão, uma reconstrução de noções básicas e tradicionais, além da necessária compreensão de temas inteiramente novos. O CPC/15 está completamente pautado, estruturado com base nos precedentes judiciais,

denotando toda a importância concedida a eles pelo legislador, objetivando revelar que a vinculação aos precedentes significa racionalidade, coerência, segurança jurídica e igualdade.

Em continuidade, pretende-se, neste momento, delinear algumas ideias basilares acerca de conceitos fundamentais visando o entendimento mais claro do sistema ora discutido, sem os quais, o estudo seria incompreendido e infrutífero.

A decisão judicial é formada, basicamente, por duas partes: dispositivo e fundamentação. No dispositivo, o julgador terá que fixar a norma jurídica individualizada do caso concreto. Em outras palavras, a norma jurídica individualizada é a norma que regulará o caso fático levado ao Judiciário e, é sobre ela que recairá a coisa julgada. Na fundamentação, o juiz terá de demonstrar a existência de uma norma jurídica geral aplicável ao caso trazido ao seu conhecimento. Isto é, revelará a norma jurídica geral da qual decorrerá a norma jurídica individualizada (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Isso ocorrerá em toda sentença ou acórdão, e, para o estudo dos precedentes, é imperioso lançar luzes para a norma jurídica geral.

Essa norma jurídica é chamada de geral, pois, serve para inúmeras situações fáticas que, com si, ressoam. Porém, não se deve esquecer que é uma norma construída a partir de um caso passado, ou seja, nasceu tendo em vista as peculiaridades de um determinado caso pretérito (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Tem gênese, e só pode ser compreendida à luz daquele caso passado.

Então, a norma jurídica geral do caso concreto é uma norma construída a partir de um caso, fundamenta a solução deste e serve como modelo para a solução de casos futuros e semelhantes. Para todo esse conjunto, formado por caso/problema, argumentação jurídica utilizada para a construção dessa solução e a norma jurídica geral construída ou fixada para resolvê-lo, é que a doutrina chama de Precedente Judicial.

Assim, deve-se compreender que a decisão judicial passa a ser vista a partir de uma dupla perspectiva, quais sejam, é a solução de um caso específico e é um precedente. Frise-se que o precedente tem um núcleo. E, o núcleo do precedente é a norma jurídica geral. E, essa referida norma possui um nome técnico, a que se chama de *ratio decidendi*. Esta representa os fundamentos da decisão (DONIZETTI, 2017). Em outros termos, consoante Enunciado 168 do FPPC, os fundamentos determinantes do julgamento é o que caracteriza a *ratio decidendi* do precedente e possui efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Como ensinam Marinoni, Arenhart & Mitidiero (2020), o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório. Por isso, o precedente pode ser

identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica. Na prática, ela constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. É preciso perceber, contudo, que *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação, tampouco de raciocínio judiciário; é mais ampla, visto que se refere à unidade do direito, e é considerada universalizável, na medida em que possui aptidão para ser aplicada em outras demandas. A fundamentação e o raciocínio judiciário têm a ver com um caso particular, cujo alcance é inferior ao do precedente.

Ademais, é preciso pontuar que, só se pode falar em *ratio decidendi* se encampada pela maioria dos membros do Tribunal. É o que afirma o Enunciado 317, ao dizer que o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. E, isso é importante ressaltar para evitar que ocorra de, num colegiado, os julgadores enveredem por um só caminho, concordem com a conclusão, mas, cada um com base em uma *ratio decidendi*. Situações como essa são prejudiciais ao intento da fixação de precedente, motivo pelo qual o Enunciado 319 do FPPC fixou que, os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.

Outrossim, merece atenção o fato de que nem tudo que está na fundamentação é *ratio decidendi*. Às vezes, o Tribunal acrescenta comentários laterais, opiniões, que, embora constem da fundamentação, não são *ratio decidendi*. Se forem excluídas, não afetará o julgado. E, a esse conjunto de manifestações laterais, pessoais, que não servem como fundamento para o caso, se chama de *obiter dictum* ou *obiter dicta* (no plural) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERIA, 2015).

Nesse sentido, *obiter dictum* é aquilo que é dito, explanado, durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020). Para o estudo dos precedentes, é relevante saber que, o *obiter dictum* não é precedente. É lógico que, o que pode ser *obiter dictum* num caso, pode ser precedente em outro. Ressalte-se que, ele não é inútil, visto que movimentava o sistema, movimentava a argumentação. E, pode servir como forma de o Tribunal sinalizar qual é o comportamento que vai adotar no futuro. Inclusive, o voto vencido é exemplo de *obiter dictum*, pois, não é a razão da decisão, passa a compô-la, mas não é seu fundamento determinante (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERIA, 2015).

Em continuidade, discute-se, nas linhas vindouras, uma fundamentação filosófica, no campo da teoria do Direito, para a adoção do sistema de precedentes judiciais no Brasil, capaz de contribuir na formação de um sistema jurídico estável, íntegro e coerente.

### **3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE: O FUNDAMENTO FILOSÓFICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES**

A consecução de uma ordem de precedentes judiciais vinculantes não se revela tarefa fácil, principalmente em um país marcado por sensíveis divergências de posicionamento entre seus tribunais. Neste aspecto, revela-se oportuno apresentar, dentro da teoria do Direito, uma justificação filosófica para o reconhecimento e aplicabilidade de um sistema de precedentes, hábil à formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Na obra “O império do Direito”, de 1986, Ronald Dworkin desenvolve a tese intitulada de Direito como integridade, “teoria normativa a ser adotada em todo Estado liberal e democrático de Direito” (COELHO; MATOS; BUSTAMANTE, 2018, p. 08), segundo a qual, essa seria a única concepção de Direito capaz de associar a busca da alternativa mais correta de decisão com a manutenção de um padrão de "integridade" no Direito. Em outros termos, defende que, para que um magistrado adote a posição, a decisão mais correta, mais adequada para o caso sob análise, deverá guiar sua interpretação pelo princípio da integridade do Direito, na medida em que somente desta forma não seriam proferidas manifestações discricionárias.

A problemática que Dworkin compartilha está na sua dissonância em relação ao preceituado pelo positivismo jurídico hartiano, segundo o qual, nas demandas em que inexistem uma regra clara e específica para solução da lide, o julgador estaria autorizado a se utilizar da discricionariedade para resolvê-la. Para o filósofo, nos casos em que não há previsão legal para solução, chamados de casos difíceis, o magistrado não estaria investido de legitimidade para usar subjetivismos na superação da causa e agir como se legislador fosse.

Dworkin refuta a possibilidade de o juiz assumir a postura de legislador e criar normas, e, como caminho, defende que aquele utilize uma base principiológica para alcançar a mais satisfatória interpretação da estrutura política e do direito científico da comunidade. A partir daí, as situações levadas ao Judiciário serão decididas sempre segundo os mesmos princípios, fazendo-se as necessárias distinções entre os casos quando essas puderem ser justificadas com base em argumentos principiológicos, respeitando-se, assim, a forma como as questões semelhantes pretéritas foram decididas. O autor, como se verá mais adiante,

combate as concepções do convencionalismo e do pragmatismo, ofertando, justamente, uma terceira via, o Direito como Integridade (DWORKIN, 1999).

Dworkin (1999) considera que a integridade é um corolário do igual tratamento e, por isso, é um dos pilares do Estado de Direito, tal como o é a equidade ou o devido processo legal. Para manter o valor político da integridade, é necessário que as decisões de casos novos mantenham uma coerência de princípio com as outras decisões anteriores semelhantes em outras matérias ou ramos jurídicos. Deste modo, busca a construção de um Direito guiado pela unidade e coerência, fruto de uma atividade interpretativa. Para Dworkin (1999, p. 120):

[...] direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa.

Para deixar clara sua tese, introduz a figura do juiz Hércules, que é possuidor de suficiente argúcia e paciência para reinterpretar o ordenamento jurídico como um todo em busca da única resposta correta para cada caso difícil que seja apresentado a ele (PEDRON; CARVALHO, 2016; PEREIRA, 2017). A tarefa do juiz Hércules pode ser visualizada a partir de quatro casos difíceis, quais seja, o caso Elmer, o caso McLoughlin, o caso Snail Darter e o caso Brown. Casos esses que, na prática, revelam quatro modalidades de aplicação do Direito como integridade e que, em comum, revelam os propósitos do jurista Hércules, quais sejam, reconhecer o Direito como criado a partir das leis e seguir as decisões emanadas pelo próprio Judiciário no passado. Dworkin diz (2017, p. 165):

[...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.

Apesar do juiz Hércules ser apenas uma figura metafórica, o objetivo do filósofo (DWORKIN, 1999) é representar a postura, o perfil de magistrado que toda sociedade democrática espera ter a quando da aplicação do Direito. Seguir o que foi decidido no passado é condição para a construção em cadeia de um Direito íntegro e coerente, e, por isso, mais justo e igualitário. O que ele defendeu não é uma atividade de mera repetição das decisões pretéritas, mas sim, reproduzir o que é pertinente ao caso analisado e filtrar as

incompatibilidades fáticas. Por isso que a ideia dworkiniana é que sua tese seja um ideal normativo ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, sendo uma forma de superar o convencionalismo e o pragmatismo judicial.

O convencionalismo, inserto no capítulo IV, é uma espécie de versão interpretativista do positivismo jurídico. O convencionalismo só aceita os direitos e responsabilidades que estejam explicitamente previstos nas decisões do passado de uma das fontes estatais autorizadas (Constituição, legislação e precedentes). Nada além do explicitamente previsto por elas é Direito. O que o convencionalismo busca realizar é o ideal das expectativas asseguradas, ou seja, busca dar ao Direito o máximo de previsibilidade e estabilidade. Mas também reconhece os seus limites. Quando aquele deixa mais de uma possibilidade de interpretação, o convencionalismo dá ao juiz livre escolha entre elas. Já quando não regula o caso em tela, dá ao juiz poder de legislar, inovar, para o caso concreto (VERBICARO; HOMCI, 2017).

Já no capítulo V, Dworkin (1999) trabalha com o pragmatismo. O pragmatismo, espécie de versão interpretativista do realismo e pós-realismo jurídico americano, nega alguns elementos do conceito comum de Direito. Nega que apenas os direitos e responsabilidades derivados de decisões do passado possam fundar decisões judiciais e autorizar o uso da coerção. Defendem que a decisão a ser tomada em cada caso é aquela que seja melhor para a comunidade como um todo, isto é, que produza mais consequências e impactos positivos que negativos na construção do tipo de sociedade que se quer ter (LIMA FILHO, 2016; VERBICARO; HOMCI, 2017).

Assim, em vez de ter olhar dirigido para o passado, como o convencionalismo, o pragmatismo visa ao futuro e usa o Direito como instrumento de engenharia social para chegar até lá. Por esta concepção, os juízes podem e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando toda forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo (HOMMERDING; LIRA, 2015).

Deste modo, no convencionalismo, o direito ou as responsabilidades só decorrem de decisões anteriores se estiverem explícitas nessas decisões do passado, ou se puderem ser explicitadas através de métodos ou técnicas aceitas pelos profissionais do Direito. Já o pragmatismo significa que os juízes sempre deverão tomar decisões que sejam tidas como melhores para o futuro da sociedade, acabando por ignorar, assim, qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo (VERBICARO; HOMCI, 2017). Dworkin diz (1999, p. 271):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Considerando a insuficiência dessas concepções de Direito, no que concerne à construção íntegra do sistema jurídico em uma sociedade, é que o Direito como Integridade sobrevém como a única das concepções em que a coerência com o passado não precisa ser sacrificada em nome da justiça nem a justiça em nome da coerência do passado. Ao manter um nexu principiológico com o passado, a tese se torna compatível com novas interpretações que corrijam erros e se dirijam à decisão mais justa. Obviamente, o argumento decisivo em favor do direito como integridade é o da comunidade de princípios (VERBICARO; HOMCI, 2017).

O direito como integridade parte da premissa de que a comunidade personificada, fiel guardiã da justiça e da equidade, é a verdadeira autora dos direitos e deveres legais, baseado no sistema de princípios que foram justificadores de uma determinada decisão no tempo em que ocorreu. Sendo assim, a história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores. E, “a Integridade possibilita uma produção de respostas adequadas à Constituição no âmbito da jurisdição” (HOMMERDING; LIRA, 2015, p. 101). Para Dworkin (2007), o direito como integridade começa no presente e só volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.

Dworkin (2005, p. 237-238) acredita que toda interpretação do direito é uma interpretação construtivista, no sentido de permitir uma atuação “criativa dos juízes” para decidir os casos concretos como forma de atualização do próprio ordenamento, onde não poderá desconsiderar as normas deste e nem as interpretações que os outros juízes deram a casos semelhantes, sob pena de a “obra” apresentar-se fragmentada, ou seja, sem coerência: “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”.

A ideia de integridade impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes, rejeitando “o mero subjetivismo e a pura discricionariedade que emerge como seu corolário” (GOMES; ROSA, 2018, p. 112). Para explicar isso ele cria a metáfora do romance em cadeias na qual o juiz figura, igualmente,

como autor e como crítico e pressupõe a seguinte ideia: em um projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. Este novo capítulo é acrescentado aos demais e entregue ao romancista seguinte, e assim por diante. Cada autor deve escrever seu capítulo de modo a criar, da melhor maneira possível, o romance em elaboração como se fosse o único autor da obra (MACEDO JUNIOR, 2018; PEREIRA, 2017).

A complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O primeiro escritor terá a tarefa de interpretar os capítulos e escolher o gênero que se propõe a escrever. Logo, cada romancista não tem liberdade criativa ampla, pois há um dever de escolher a interpretação que produza a melhor obra possível. Espera-se que o romance seja escrito como um texto único, integrado, e não simplesmente uma série de contos dispersos e independentes.

A integridade, diz Bustamante (2018, p. 115), tem um valor e uma importância muito maior que refutar o positivismo e suas concepções. Ela não apenas estabelece “uma teoria geral da decisão no âmbito da aplicação do direito ou no âmbito da legislação”, mas também possui uma tarefa de “estabelecer as bases da legitimidade do poder político estatal”. Assim, o objetivo principal do direito para Dworkin é justificar a coerção estatal e ele acredita que essa tarefa só é possível em uma comunidade que reconheça obrigações recíprocas de cunho associativo entre seus membros, que possuem igual *status* e são merecedores de igual respeito e consideração pela comunidade política personificada e por cada cidadão que integre essa comunidade. E, é deste conjunto de obrigações associativas que deriva o valor político da integridade.

A comunidade de princípios pode ser entendida no seguinte aspecto, qual seja, é possível considerá-la no contexto em que os membros partilham uma compreensão comum de princípios que informam a justiça, a equidade e o devido processo legal e que suas obrigações uns com os outros, fixadas ou não em regras explícitas, derivam na verdade destes princípios e sua aplicação conjunta e coerente às várias possíveis situações (COUTINHO, 2018).

Deste modo, se o modelo de comunidade que adotamos é o de princípios, único capaz de explicar e justificar as obrigações associativas em todos os aspectos relevantes, então, neste tipo de comunidade todas as decisões políticas, quer legislativas, quer judiciárias, teriam que, para serem legítimas, derivar do mesmo conjunto de princípios. Ou seja, neste tipo de comunidade, seria preciso necessariamente observar a integridade. A personificação da comunidade e a adição da integridade à lista das virtudes da comunidade política, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal — de que fala o final do capítulo V — não

seria mais apenas um argumento moral entre outros com certo peso relativo: ele seria a única fundação da legitimidade das decisões políticas de uma comunidade que se autocompreenda segundo o modelo de princípios, coisa que ela terá que fazer caso queira dar conta de suas obrigações associativas (COUTINHO, 2018).

As obrigações associativas exigem, como explicação e justificação, a comunidade de princípios; e esta, por sua vez, exige, para legitimidade de suas decisões, a virtude da integridade enquanto aplicação coerente do mesmo conjunto de princípios. Como o direito como integridade é a única concepção pós-interpretativa do direito que realiza esta virtude, ele é, assim, a única concepção interpretativa adequada para uma comunidade de princípios. Este é o argumento definitivo em favor do direito como integridade.

Em síntese, a proposta da integridade busca legitimar uma decisão que considere todos os aspectos fáticos, normativos e morais relevantes para a solução do caso. Com isso, cria as condições para impedir a discricionariedade do intérprete, pois a magnitude da tarefa não deixa margem a escolhas arbitrárias. Ao contrário, exige do julgador um esforço hercúleo para construir uma decisão que integre materiais vastos e, não raro, conflitantes entre si. Desta forma, o pressuposto básico do direito como integridade é o enquadramento da integridade como uma terceira virtude política, ao lado da equidade, da justiça e também do devido processo legal adjetivo, o que configurará os fundamentos para a teoria da decisão judicial de Dworkin, cujas expressões superlativas estão em Hércules (LIMA FILHO, 2016; MARINHO, 2017).

A integridade não se confunde com a justiça e com a equidade, mas está ligada a elas, conquanto que a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. Quanto ao significado de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, Dworkin (1999, p. 483) diz:

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa, que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneiras distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato?

Assim, busca Dworkin limitar a discricionabilidade do juiz que deve procurar compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. É por isso que a tese de Dworkin é a que melhor se adequa às pretensões de estabilidade, coerência e integridade do sistema jurídico brasileiro, a partir da formação do sistema de precedentes judiciais. Entrementes, os precedentes, que agora ganham força normativa por vontade do legislador, devem ser aplicados e observados não apenas por essa vontade legislativa, mais por carregarem ao ordenamento a possibilidade de construção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, fruto da interpretação judicial e desdobramento da comunidade de princípios.

#### **4 EFICÁCIA E ROL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL**

Superada a discussão sobre o fundamento filosófico para o sistema de precedentes, passemos a tratar dos seus efeitos. Ademais, antes de expor esses efeitos, é preciso elencar duas premissas básicas (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERIA, 2015) para seu entendimento: I) A eficácia do precedente decorre da Lei, automaticamente. A lei atribui a determinadas decisões a eficácia de precedente; e, II) Esses efeitos decorrem da *ratio decidendi*. Sempre que se falar em eficácia do precedente, deve-se lembrar da eficácia da *ratio decidendi*.

Os precedentes possuem dois efeitos comuns (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERIA, 2015; NEVES, 2016; CÂMARA, 2017): a) Obrigatório ou Vinculante. Este efeito impõe que o precedente deve ser seguido; e, b) Persuasivo. É o efeito retórico do precedente. Todo precedente serve, ao menos, para tentar convencer o juiz de suas razões. O efeito persuasivo é um efeito mínimo. Conste que, todo precedente é persuasivo por natureza, e, alguns, são persuasivos e obrigatórios. Porém, no direito brasileiro existem mais 04 (quatro) efeitos (Obstativo; Autorizante; Rescindente e Revisional) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVERIA, 2015):

O efeito obstativo impede postulações, como a negativa de provimento a recursos; ações indeferidas, liminarmente; *etc.* O efeito autorizante é percebido quando um pedido está em consonância com precedente fixado e este autoriza a concessão de uma tutela provisória. O efeito rescindente pode ser constatado quando uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em controle de constitucionalidade, fundamenta a rescisória de uma decisão passada, ou seja, tem força rescindente da coisa julgada; e, o efeito revisional nasce quando sobrevém um precedente contrário à decisão anterior e, esta decisão precisará ser revista, e não rescindida.

Como se percebe, no Brasil, o complexo eficaz do precedente é muito maior. Um precedente, após construído, pode produzir mais de um efeito, simultaneamente. Tamanha a importância desse sistema e de seus efeitos ao cidadão que o CPC previu em seu artigo 926, *caput*, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Esse dever, aduz Donizetti (2017), decorre da adoção da sistemática de precedentes em solo nacional e demonstra a necessidade de compatibilização entre as decisões proferidas pelos tribunais e o princípio constitucional da segurança jurídica.

O CPC/2015, através de seu artigo 926, deixou claro sua valorização pelos precedentes judiciais, adotando a doutrina do *stare decisis*, concernente em respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido, primando pela segurança jurídica no ordenamento jurídico.

Por desdobramento, o CPC/15 estimulou os tribunais a uniformizarem a sua jurisprudência, e a mantê-la estável, íntegra e coerente, para que as ações e os recursos a serem julgados respeitem as teses anteriormente consolidadas, evitando que cada órgão do Tribunal tenha entendimento distinto sobre determinadas questões, o que semearia a instabilidade jurídica (MONTENEGRO FILHO, 2018). O Enunciado 170 corrobora com a assertiva ao dizer que as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do artigo 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

O artigo 927, do CPC/15, em redação inovadora, previu um rol, não exaustivo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015), de precedentes judiciais aceitos pelo ordenamento jurídico que, se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pelos incisos I a V do supracitado dispositivo, o legislador infraconstitucional buscou adequar os entendimentos dos tribunais superiores em todos os níveis jurisdicionais, de modo a evitar a dispersão da jurisprudência e, por consequência, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Judiciário (DONIZETTI, 2017).

Didier Jr., Braga & Oliveira (2015, p. 456) afirmam que os precedentes enumerados no artigo 927 possuem, todos, força vinculante, significando que a *ratio decidendi* contida na fundamentação desses julgados vincula os demais órgãos jurisdicionais. E acrescentam que, deixar de considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios torna a decisão omissa, posto que os precedentes ali discriminados vinculam “interna e externamente, sendo impositivos para o Tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados”, objetivando a consagração da segurança jurídica.

Passemos agora a realizar algumas considerações acerca dos precedentes individualmente considerados, insertos nos incisos do artigo 927, do CPC/15.

Quanto ao inciso I, é cediço que as decisões do STF em controle concentrado devem ser observadas por todos. Elas são vinculantes, e isso existe desde 1988. O que o artigo 927, inciso I estabelece é que o precedente em ADI, ADC e ADPF é que será vinculante, ou seja, são os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que produzirão a vinculação para todos os órgãos jurisdicionais. O Enunciado 168 do FPPC aduz que os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos.

O inciso II consagra, em definitivo, a força da súmula vinculante como precedente obrigatório na prática forense. O inciso III se dedica à previsão de que precedentes construídos nos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos produzem precedentes obrigatórios e, se caracterizam por serem incidentes que serão submetidos à procedimento específico, visando à formação de precedente judicial obrigatório (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Assim, esses incidentes são procedimentos criados para a criação de precedentes.

Esses 03 (três) incidentes, juntamente com os procedimentos para criação de súmula vinculante e para o julgamento de recursos de revista repetitivos (Lei 13.015/14) formam um conjunto de normas jurídicas regulatórias que podem ser chamadas de Microsistema de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios (DIDIER JR; CUNHA, 2016).

Esses entendimentos, inclusive, foram previstos pelos Enunciados 345 e 346 do FPPC. O Enunciado 345 dispõe que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. E, o Enunciado 346 registra que a Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos.

Para ocorrer a formalização dos precedentes, exige-se um procedimento de Formação concentrada (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015), posto que, o Tribunal deverá enfrentar todos os argumentos favoráveis e contrários àquela tese, sendo permitida a ocorrência de: a) Realização de audiência pública; b) Intervenção de *amicus curiae*; c) Coleta de todos os argumentos favoráveis e contrários; d) Publicidade. Essas principais exigências foram mencionadas no Enunciado 460 que, aponta que o microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.

Ademais, não se pode olvidar que, a formação de um precedente deverá observar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, é o que expressa o Enunciado 323 do FPPC. Lembrando que, a formação desse microsistema é marcada por uma característica bastante singular, qual seja, as regras de um e outro se complementam, não devem ser analisadas isoladamente, é o que define o Enunciado 345.

Quanto ao inciso IV, também são precedentes obrigatórios as súmulas do STF e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça, logo, as decisões judiciais deverão respeitá-las. É neste sentido o Enunciado 314 do FPPC.

Por sua vez, o inciso V trata dos precedentes que vinculam os próprios tribunais locais. Aqui, temos uma vinculação interna; os tribunais ficam vinculados aos seus próprios precedentes e, os juízes de 1º grau ficarão vinculados aos precedentes do seu próprio Tribunal. Nesse sentido, o Enunciado 169 explica que os órgãos do Poder Judiciário devem, obrigatoriamente, seguir os seus próprios precedentes, e o Enunciado 316 sublinha que a estabilidade da jurisprudência do Tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.

O §1º do artigo 927 faz referência aos artigos 10 e 489, §1º. Lembrando que, o artigo 10 é o que proíbe decisão surpresa, ou seja, o juiz não pode decidir com base em questão que não foi posta em debate. E, o artigo 489, §1º, cuida dos casos de decisão não fundamentada. Assim, o presente §1º diz que, quando se for aplicar os precedentes, não se pode olvidar das determinações do artigo 10 e do dever de fundamentar (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020).

Ao lado disso, o novo código, ao montar o sistema de precedentes obrigatórios, imputou aos tribunais 05 (cinco) deveres institucionais para a consolidação e efetivação desse sistema (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). São eles: publicidade; uniformização; estabilidade; integridade e coerência; todos são encontrados nos artigos 926 e 927, §5º.

Quanto ao primeiro dever, que é o de publicidade, os tribunais têm o dever de comunicar, de dar publicidade sobre os seus precedentes. Constata-se que o sistema de precedentes pressupõe uma boa publicidade, uma publicidade minuciosa e acessível (DONIZETTI, 2017). É o que consta no artigo 927, §5º, combinado com o artigo 979 do CPC/15. Inclusive, o Enunciado 591 do FPPC define que o Tribunal dará ampla publicidade ao acórdão que decidiu pela instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, incidente de assunção de competência ou IRDR, cabendo, entre outras medidas, sua publicação em seção específica no órgão oficial e indicação clara na página da Corte na *internet*.

O segundo dever, que é o de uniformização, preceitua que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência. Não se aceitará mais dispersão jurisprudencial em um Tribunal. Frisando que, se não o fizerem, estarão descumprindo a lei. Neves (2016) ensina que quando os tribunais não respeitam a sua própria jurisprudência, ou seja, quando desrespeitam os seus entendimentos majoritários, os órgãos hierarquicamente inferiores não sabem qual entendimento aplicar no caso concreto à luz do entendimento do Tribunal Superior. O que se busca é eliminar a instabilidade nociva dos entendimentos dos tribunais nacionais.

O terceiro dever, que é o de estabilidade, conclama que se deve evitar que haja mudanças repentinas, imotivadas, inesperadas, sem justificativa de sua jurisprudência. A respeito, Câmara (2017) assenta que a exigência de estabilidade da jurisprudência indica que linhas de decisões constantes e uniformes a respeito de determinadas matérias não podem ser simplesmente abandonadas ou modificadas arbitrária ou discricionariamente. Em outros termos, não pode um órgão jurisdicional decidir uma matéria a cujo respeito exista jurisprudência constante simplesmente ignorando essa linha decisória, promovendo uma flutuação de entendimentos que contraria a exigência de segurança jurídica.

O dever de manter uma jurisprudência estável foi mencionado no Enunciado 453 que afirma que a estabilidade se materializa quando os Tribunais observam os seus próprios precedentes, assim como, o Enunciado 316 orienta que os órgãos fracionários dos tribunais respeitam os precedentes de seu próprio Tribunal.

O dever de estabilidade está relacionado ao que se chama de “inércia argumentativa”. Ou seja, para aplicar o precedente, não há necessidade de muitos argumentos, ou seja, a carga de motivação é menor. Agora, se for afastar, o que significará quebra da estabilidade, a carga de motivação deverá ser maior, mais contundente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Quanto ao quarto e quinto deveres institucionais, quais sejam, integridade e coerência, é preciso compreender que são termos muito utilizados no campo do direito científico, e até mesmo na filosofia do direito. Com o CPC/15, porém, ganham força normativa. Deixam de ser terminologias doutrinárias e passam a ser termos normativos, a exigir a construção de sentido dogmático. Ao tratar da temática, Didier Jr, Braga & Oliveira (2015) elencam uma série de critérios buscando identificar quando uma jurisprudência poderá ser caracterizada como íntegra e como coerente.

Dizem que a integridade tem a ver com unidade do Direito. Dizer que a decisão é íntegra, é dizer que a decisão respeitou o Direito, é dizer que o julgador decidiu a favor do Direito ou em consonância com ele. Respeitar o Direito é respeitá-lo em toda sua

complexidade e unidade, isto é, ofertando uma interpretação sistemática deste para, então, prolatar uma decisão. Observar o sistema jurídico, os microssistemas, faz parte deste dever. O Enunciado 456, no mesmo sentido, acentua que uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico. Sendo que, uma outra dimensão do dever de integridade consiste na observância das técnicas de distinção e superação, sempre que seja necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento. Esse é o entendimento do Enunciado 457 do FPPC.

*Pari passu*, para se saber se a jurisprudência é coerente, é preciso que ela não seja contraditória. Não se admite que o mesmo Tribunal tenha orientações que não guardem nenhuma coerência lógica. O Enunciado 455 do FPPC explica que uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação. Em complemento, considera-se uma jurisprudência coerente aquela que consegue ser produzida a partir do exame de tudo quanto possa ser arguido contra ela; todos os possíveis argumentos contra aquela orientação têm de ter sido enfrentados na formação do precedente.

Ademais, a coerência das decisões impõe que o Tribunal respeite as decisões anteriores no mesmo sentido e respeite a linha evolutiva do desenvolvimento de sua jurisprudência. A superação exige que a Corte demonstre a evolução da discussão e os motivos para sua modificação; a coerência exige esse diálogo com o passado, exige o chamado “dever de autorreferência”. No mesmo caminho é o que acentua o Enunciado 454, ao dizer que uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do artigo 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes, ou seja, observem o dever de autorreferência, observem aquilo que já foi conhecido, analisado e decidido.

## **5 A DINÂMICA DOS PRECEDENTES E A CONFORMAÇÃO DA PERSUASÃO RACIONAL À VINCULAÇÃO HIERARQUIZADA**

Um precedente judicial, regularmente formalizado, jamais pode ser ignorado pelo magistrado. Ele pode ser aplicado, desde que se observe o artigo 489, §1º, V, que exige uma fundamentação específica para sua aplicação, mas também, pode ser superado ou distinguido, desde que, por óbvio, também haja justificação. Distinção e superação são instrumentos indispensáveis ao desenvolvimento de um sistema de precedentes. Essas técnicas corroboram em sua realização, otimizando-o. Se o precedente é sinônimo de previsibilidade, superação e distinção servem ao propósito de enfrentamento da imprevisibilidade.

Por sua vez, o ponto de tensão, no estudo dos precedentes judiciais, repousa, justamente, sobre a previsibilidade, que vinculará a atividade do julgador, sendo questão muito debatida, posto que alcança assuntos sensíveis, como a independência dos magistrados e a diminuição da atividade cognitiva dos julgadores. Antes de avançar nesta seara, o estudo abordará as técnicas da Distinção, Superação e a modulação dos efeitos dos precedentes.

## 5.1 DISTINÇÃO

A palavra distinção assume duas acepções na linguagem jurídica (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015): 1. Distinção é um método de confronto entre o caso e o precedente. É o cotejo, entre um e outro; e, 2. Distinção é o resultado a que se chega após esse confronto. Ou seja, o caso tem peculiaridades que o distinguem e que, por isso, o precedente não se aplica.

Distinção é, assim, o método e o resultado a que se chega após o uso dessa técnica. O juízo de distinção não é um juízo que revoga o precedente, ou em que o julgador está desrespeitando o precedente. Ao distinguir, o juiz não está contrariando o precedente, ele está interpretando-o para dizer que não se aplica àquele caso. Ele não está discutindo a tese, está dizendo que não se aplica àquele caso fático (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). A realização dessa técnica de confronto, é bom ressaltar, pode ser concretizada por qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado, é o que diz o Enunciado 174 do FPPC. A distinção é, assim, uma atividade ineliminável da jurisdição.

A distinção é um corolário do princípio da igualdade. É o direito que todo mundo tem de demonstrar que seu caso é um caso diferente do caso do precedente, e isso é facilmente perceptível através do artigo 1.037, §§9º, 10, 11, 12 e 13 do CPC/15. Fazer a distinção é comparar o caso concreto com o caso que gerou o precedente. Por isso que, o relatório foi valorizado, eis que cabe a ele expor o caso, e essa exposição é a base para poder confrontar com o outro caso e poder fazer a distinção. Um bom relatório, um relatório bem construído, vai ajudar no confronto, na distinção (MARINONI, 2016). Frisando-se que, o ponto central ao distinguir o caso sob julgamento, é que o juiz deve demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. É o entendimento do Enunciado 306 do FPPC.

Outra questão relevante diz respeito à atuação dos interessados no contexto da suspensão da tramitação em sede de julgamento de precedente. O Enunciado 348 do FPPC expressa que os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou Tribunal onde tramitarem, demonstrando a

distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos

Ressaltando que, se a distinção não for reconhecida, caberá recurso. Aqui, tem-se a previsão expressa de um recurso para demonstrar a distinção. Isso revela a importância que o sistema dá à referida técnica. Para finalizar, é bom frisar que, a doutrina costuma identificar a distinção pelo termo em inglês, que é muito difundido, ou seja, *distinguishing*.

## 5.2 SUPERAÇÃO

Superar um precedente é revogá-lo. É mudar a orientação. Um sistema de precedente não vive sem isso. Não é uma incoerência, o sistema exige que a jurisprudência seja estável e, ao mesmo tempo, passível de adaptação, mudança. A superação, ou *overruling*, não é sinal de incoerência. Pois, ser estável não é ser eterno. Ser estável significa não ser alterada sem razão (PEIXOTO, 2015). Se a sociedade muda, se as percepções sobre o Direito mudam, nada mais lógico que os precedentes sejam modificados ou superados.

Agora, a superação não pode se dar de qualquer forma. Alguns critérios devem ser observados, são eles (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015): 1. Quem supera, quem revoga o precedente é o Tribunal que criou o precedente; 2. Não se admite superação implícita. Superação implícita é mudar a jurisprudência sem dizer que está mudando a jurisprudência, sem dialogar com o passado. Isso não se admite em hipótese alguma. A superação implícita é sinônimo de arbitrariedade de um Tribunal; 3. Quais são os motivos que justificam a superação. É preciso identifica-los; 4. Se sobrevier uma lei, uma emenda constitucional em sentido contrário, é possível a ocorrência da superação; 5. A transformação do modo de ver o Direito. O pensamento jurídico muda e isso pode, naturalmente, levar à superação do precedente.

O Enunciado 324 do FPPC declina que Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou Tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. No mesmo sentido, o Enunciado 322 aduz que a modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

Interessante atentar que, a superação de um precedente que seja longo precisa ter sua eficácia modulada. Se ocorrer de forma abrupta, retroagindo os efeitos, significará patente violação da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé; nesses casos, não pode ocorrer

eficácia retroativa. Nada impede que o Tribunal supere para o futuro, ou seja, mantém o posicionamento, mas dá indicativo de, nos próximos julgamentos, o entendimento mudará, será superado, é o que anuncia o Enunciado 320 do FPPC. Essa questão é chamada de julgamento alerta. Isso é exemplo de *obiter dictum*. Agora, se o precedente for recente, aonde não se tenha uma confiança legítima, a superação pode ter eficácia retroativa (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Essa questão será melhor abordada em item posterior.

Pois bem. Voltando, agora, ao §2º do artigo 927, é possível observar que o mesmo trata da alteração/superação de tese jurídica e, como se percebe, é tão impactante uma mudança de um precedente obrigatório, que se permite que, para superar, se instale uma discussão ampla para ver se é caso de superação. Tal parágrafo é importante, pois, revela que se pode instaurar um procedimento para superar um precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

O § 3º do artigo 927 trata da modulação dos efeitos na superação de um entendimento, inclusive, o Enunciado 55 do FPPC trata dessa questão. E, seu §4º declina que não é possível, que não se admite superação implícita. É a primeira vez que uma legislação processual menciona o princípio da proteção da confiança (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015). Por ele, os tribunais passam a ter, com todos os cidadãos, uma relação institucional que impõe o dever de se for mudar a jurisprudência, convocar e ouvir a todos, modular os efeitos, fundamentar especificadamente, dialogar com o passado, atentar para a proteção da confiança, atentar para a segurança jurídica. É um dispositivo relevante no contexto dos precedentes.

É bom não olvidar que, consoante Enunciado 459 do FPPC, as normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes. A alteração jurisprudencial é fundamental para uma sociedade plural. Mas, deve ser feita com prudência. Deve ser usada com bases sólidas de fundamentação e com modulação de seus efeitos, caso necessário, sob pena de retrocesso.

### 5.3 DOS EFEITOS TEMPORAIS DA ALTERAÇÃO DO PRECEDENTE. DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS

O § 3º do artigo 927, do CPC/15 dispõe que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF 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”.

O dispositivo legal em referência trata a respeito da eficácia temporal da decisão que revogar precedente anterior, instituindo novo sentido ao Direito. Como se pode supor, pois, esse novo entendimento do Tribunal pode acarretar repercussões sociais das mais evidentes, na medida em que alterará a forma com que as pessoas até então encaravam determinada questão jurídica. Como se sabe, ao fixar um precedente, a Corte afirma o sentido que a Lei sempre teve, eliminando eventuais questionamentos sobre sua interpretação. Por isso, é natural que os efeitos desse entendimento possam retroagir em relação à data da sua elaboração, abarcando situações anteriores à sua formação, notadamente, desde quando a Lei passou a vigorar.

Um problema que pode surgir é quando a própria Corte altera sua convicção a respeito de determinado dispositivo legal, isto é, quando já há um precedente anterior, porém, passa a adotar um sentido diverso ao anteriormente atribuído. Com isso, não se quer dizer que o novo precedente não poderá ter eficácia retroativa, no entanto, há a necessidade de verificar, sobretudo, as consequências sociais e econômicas que essa nova postura poderá acarretar.

Mas não só isso. Para que um precedente revogado continue produzindo efeitos, relativos às situações jurídicas consolidadas à época da sua vigência, é necessário que se verifique se a interpretação dada anteriormente era razoável para o momento histórico em que o precedente se formou. Trata-se da tutela daquilo que Marinoni denomina de “confiança justificada”, ou seja, a partir do momento da fixação de determinado sentido à Lei, as pessoas confiam que tal interpretação será seguida no decorrer do tempo, passando a pautar suas condutas de acordo com esse entendimento. O autor diz (MARINONI, 2016, p. 360):

[...] na modulação dos efeitos temporais da decisão revogadora do precedente, uma tensão entre as razões ou a substância do novo precedente, que equivale ao direito que deve regular a vida em sociedade em determinado momento histórico, e a segurança jurídica, especialmente nas suas feições de confiança e previsibilidade. A confiança apenas merece tutela, diante da revogação do precedente, quando há ‘confiança justificada’, ou seja, confiança qualificada por critérios que façam ver que o precedente racionalmente merecia confiança à época em que os fatos se passaram. Vale dizer que não basta qualquer confiança, exigindo-se uma confiança racionalmente aceitável.

Com isso, pode-se evitar a chamada surpresa injusta, quebrando-se a confiança justificada e gerando insegurança jurídica. É exatamente por conta disso que ao Tribunal é dada a possibilidade de modular os efeitos do novo precedente, a fim de que o mesmo produza efeitos somente a partir da sua formação (ou em data posterior). Mas, as possibilidades de modulação não se esgotam com a mera declaração de que seus efeitos serão prospectivos. É possível, também, por exemplo, que sejam excluídos do novo entendimento

as questões já judicializadas, ressaltando a sua aplicação somente aos novos processos. Ademais, é possível sobrestar a aplicação do novo precedente até que ocorra algum evento ou data, resguardando as situações já consolidadas, e preparando as pessoas para a mudança de posicionamento.

Dessa forma, a partir do momento em que o sistema processual brasileiro passou a adotar expressamente um microsistema de precedentes vinculantes, evidenciou-se a natureza de norma jurídica de eficácia geral para determinadas decisões judiciais, sendo necessário, portanto, que se estabelecesse um mecanismo para preservação da segurança jurídica na hipótese de formação de novos precedentes, o que foi resolvido por meio do § 3<sup>a</sup> do artigo 927 do CPC/15, algo que até então estava reservado apenas para os casos de declaração de inconstitucionalidade de Lei, em que seus efeitos podem ser modulados.

#### 5.4 DA PROBLEMÁTICA DA CONFORMAÇÃO DA PERSUASÃO RACIONAL COM A VINCULAÇÃO HIERÁRQUICA

É cediço que os precedentes judiciais ocasionarão vinculação de forma hierarquizada, e, junto com isso, uma gama de aspectos positivos, a exemplo de celeridade, previsibilidade, coerência, tratamento isonômico aos jurisdicionados (FERNANDES, 2017); porém, sua efetivação também suscita questionamentos e discussões, eis que se concebem argumentos sobre se a forma obrigatória dos precedentes não será capaz de violar “a independência dos juízes e o princípio da persuasão racional” (DONIZETTI, 2017, p. 1196), afetando a garantia de independência da magistratura.

Marinho (2015, p. 95), quando analisa a prerrogativa de liberdade funcional dos juízes dentro do contexto dos precedentes, afirma que existirá uma mitigação da independência do magistrado, na medida em que os juízos *a quo* deverão observar as teses fixadas nos tribunais superiores, ainda que o caminho jurídico seja diametralmente oposto à sua visão jurídica do fato. Todavia, ressalta que essa “transgressão à independência funcional dos juízes” é legítima, visto que as orientações dos tribunais representam uma das fontes jurídicas do Direito, e por isso o modelo de precedentes não representa um mal para o sistema jurídico brasileiro.

Outro autor que defende o atingimento do poder de criação dos magistrados é Araújo (2015), para quem, a ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais, consoante determinado pelo CPC/2015, leva ao detrimento da liberdade hermenêutica e do poder de criação dos juízes, fazendo com que este tenha limitada sua liberdade de criar e aplicar o Direito, exigindo-se que caso discorde de posicionamento de órgão superior, deverá expor, na

fundamentação, os critérios de afastamento ou superação do precedente. Evidentemente, o propósito do novo diploma processual é diminuir a divergência interpretativa e o número de recursos, principalmente dos litigantes habituais. Logo, a mitigação da atividade interpretativa teve um fundamento, perseguido pelo CPC/2015, o que referenda o sistema de precedentes adotado em solo nacional.

Câmara (2017) explicita que a eficácia vinculante não resulta do disposto no artigo 927 do CPC/15. Para ele, é equivocado pensar que tal eficácia resultaria do fato de que o texto normativo do *caput* desse artigo afirma que os juízes e tribunais observarão o que consta dos incisos do aludido artigo de lei. A exigência, contida no *caput* deste dispositivo, de que os órgãos jurisdicionais observarão o que ali está elencado indica, tão somente, a exigência de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam levados em conta pelos juízes e tribunais em suas decisões. Em outras palavras, o artigo 927 cria, para juízes e Tribunais, um dever jurídico de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares indicados nos incisos do referenciado artigo.

A eficácia vinculante, diz o autor (CÂMARA, 2017), quando existente, resultará de outra norma, resultante da interpretação de outro dispositivo legal e que atribua expressamente tal eficácia. Não existindo essa outra norma, atributiva de eficácia vinculante, e a decisão ou o enunciado sumular será meramente persuasivo, argumentativo (e, portanto, não vinculante), o que gerará, para juízes e tribunais – obrigados a observá-los em suas decisões – um ônus argumentativo: o de inserir, na decisão que deles se afaste, uma fundamentação específica e adequada para tal afastamento, não sendo legítimo simplesmente que o juiz ou Tribunal ignore aquele precedente ou enunciado sumular como se o mesmo não existisse.

É a partir daí que nasce o questionamento se poderão os magistrados transformar-se em meros copiadores das manifestações superiores, vendo seu convencimento fundamentado se desconstituir? *Data venia*, ao juiz competente continuará consagrada a persuasão racional, observando, imparcialmente, os fatos e as circunstâncias, não sendo crível que seja mero repetidor da jurisprudência. Os precedentes não podem nascer como evolução e, ao mesmo tempo, engessar o Direito. Diante de situação particularizada, o julgador pode e deve prolar decisão divorciada do precedente vinculante. Didier Jr. (2017, p. 177) leciona, inclusive, que a jurisdição é uma “atividade criativa”.

A função criativa da jurisdição é “ilimitada”, assemelhando-se “a uma atividade de reconstrução”, na medida em que se recria a norma jurídica do caso concreto levado ao Judiciário, assim como, se recria a própria regra abstrata que deve regular, nortear o caso

fático. Em outros termos, “a criatividade jurisdicional” é revelada em duas dimensões, quais sejam: criação da regra jurídica do caso concreto, encontrada na conclusão da decisão, e, criação da regra jurídica que servirá como modelo normativo para a resolução de casos futuros semelhantes àquele, extraível da fundamentação da decisão (DIDIER JR., 2017, p. 177/181).

O magistrado deve decidir com base nos elementos existentes nos autos processuais, muito embora deva avaliar tais elementos conforme seus critérios críticos e racionais, alicerçados no Direito posto. Ora, a liberdade hermenêutica do julgador constitui verdadeiro corolário do devido processo legal. Nada deve cercear o julgador de lançar mão de todos os métodos hermenêuticos necessários à solução da lide, para a concreção do Direito.

É óbvio que a jurisprudência pacífica não deve ser desconsiderada pela autoridade judiciária, pois revela a sedimentação da resposta ou comportamento que, entende-se, ser o mais justo para aquela lide. No caso, ao destoar desse entendimento, numa demanda semelhante, o juiz estaria transgredindo a resposta dada pelo Judiciário ao caso fático. No entanto, repita-se, em sede de situações particularizadas, a atividade cognitiva fundamentada do magistrado deve prevalecer. Tanto que, o Enunciado 306 revela que o precedente não será seguido quando o juiz ou Tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

Marinoni (2013) acentua que a coerência da ordem jurídica ou a unidade na expressão das decisões são imprescindíveis ao Estado de Direito, motivo pelo qual dar ao juiz o poder de julgar como bem entender é pretensão destituída de fundamento, beirando a anarquia, que é prejudicial ao cidadão e ao próprio sistema democrático. Não se trata de inferiorizar o juiz *a quo*, mas sim, fazer com que o Poder Judiciário respeite suas próprias decisões, expressando, de modo coerente, a ordem jurídica. A distinção e a superação estão à disposição dos magistrados, desde que haja fundamentação sólida.

E mais, a edição de Lei nova, incompatível com o precedente, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou Tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. É o que preleciona o Enunciado 324. A questão central, no caso de afastamento de aplicação de precedente, é a fundamentação, inclusive, são os termos do Enunciado 459 do FPPC que assevera que as normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes.

Dentro do contexto dos precedentes, o julgador deverá observá-lo, ou seja, deverá enfrentá-lo, não pode simplesmente ignorá-lo. Na atividade jurisdicional, junto ao caso concreto, terá 03 (três) opções muito bem definidas, insertas no artigo 489, §1º, incisos V e VI do CPC/15: 1) Aplicar o precedente; 2) Distinguir o precedente; ou, 3) Superar o precedente.

É bom frisar que a aplicação do precedente judicial significa observar o ordenamento jurídico. O Enunciado 380 externaliza esse fato, dizendo que a expressão ordenamento jurídico, empregada pelo CPC/2015, contempla os precedentes vinculantes. O que, evidentemente, não afasta a realização da distinção, que compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado, consoante entendimento fixado pelo Enunciado 174.

Donizetti (2017) aduz que, assim como no sistema positivado, também no *stare decisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada, confrontando-se a *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento, sobre a valoração das provas e, finalmente, sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em consideração as circunstâncias peculiares da hipótese sob análise.

Esses caminhos não vão transformá-lo num instrumento movido à corda, na medida em que o juiz continuará sendo o responsável pela resolução da lide. Agora, é injustificável que, diante de um precedente obrigatório, diga que não concorda e deixa de aplicá-lo. O nosso sistema de justiça é hierarquizado, sendo que, quem dá a última palavra, dá a orientação sobre o Direito, e essa orientação, justa ou injusta, moralmente aceitável ou não, deve valer para todos.

A atividade interpretativa é imperativa ao desenvolvimento do Direito. A lei precisa ser interpretada, a construção do Direito depende disso e a evolução social também. A valorização dos precedentes e, com isso, a própria valorização da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da isonomia servirão para aprimorar nosso sistema processual, jamais para petrificar a fundamental atividade cognitiva judicial ou corroborar com a eternização das decisões. A efetivação dos precedentes permitirá a resolução de diversos processos de uma só vez, permitindo ao Judiciário se desafogar, eis que o fórum recebe, diariamente, diversas demandas com o mesmo teor, e, poderiam ser dirimidas com uma só decisão, de alcance local, regional ou nacional. O papel do magistrado fortifica-se, pois, dependerá dele a análise minuciosa da situação que, poderá repercutir em escala macro.

Todas as inovações e avanços do CPC/15, festejadas pela doutrina especializada e relevantes para a modernização do nosso sistema processual, só alcançarão sua finalidade e consolidação se todos os atores envolvidos atuarem de forma racional e responsável. O

diploma processual representa uma profunda mudança de paradigma, significando que todos terão de se desarmar de antigos e obsoletos conceitos e adotar os novos. É preciso abandonar mentalidades retrógradas, é preciso abandonar os medos e receios, é imprescindível que se viva o novo, para que seja possível construir uma nova Justiça brasileira.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção do tema dos precedentes judiciais no corpo do CPC/15 objetiva, precipuamente, uniformizar a jurisprudência dos tribunais, tornando-a estável, coerente e íntegra, afastando a dissonância que se alastrou de maneira quase que incontrolável, carreando insegurança aos cidadãos e, com isso, desestabilizando o ordenamento jurídico.

A adoção do regime de precedentes concretiza uma nova fase do direito processual, aonde os resultados não irão se esgotar nos limites da lide. O processo ganha valorização, passa a ser espaço de criação do Direito, não apenas pelo Estado-juiz, mas pela participação da sociedade e, notoriamente, pelas partes interessadas. Anseia-se por um Judiciário com atuação mais célere, mais segura, mais estável, e o uso dos precedentes está a permitir a concretização desses anseios. O sistema de precedentes judiciais consagrará uma Justiça mais moderna.

Nesta seara, a tese do Direito como Integridade de Dworkin serve ao desiderato de fundamentar, no campo da filosofia do Direito, a adoção desse modelo de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa concepção, ao julgar, o magistrado deve observar as decisões anteriores que analisaram o mesmo contexto fático e aplicá-las. A coerência é uma finalidade a ser perseguida pelo julgador, e a tradição pretérita não pode ser descartada sob justificativa de subjetivismos. Ao julgador cabe a tarefa de interpretar e aplicar o Direito, e não criá-lo, como se legislador fosse. Neste sentido, a fixação e o uso dos precedentes é caminho hábil, não apenas por representar obediência à lei, mas, sobretudo, por instituir integridade, coerência e estabilidade à jurisprudência pátria, fruto da prática judicial em cadeia.

Por outro lado, o novo diploma imporá desafios à magistratura, adequar-se à uma nova sistemática processual, com a necessidade de prevalência de decisões de mérito, negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, e, uma decisão judicial que não servirá apenas para dirimir um conflito, mas, talvez, para resolver milhares de demandas de uma só vez. A importância da fundamentação alcança patamares inigualáveis e o *decisum* reveste-se de ampla legitimidade. Exigir-se-á uma mudança cultural nos operadores do direito e nos doutrinadores.

O estudo, mediante pesquisa bibliográfica, alcançou o resultado pretendido, conquanto que analisou as principais características do sistema de precedentes adotado pelo legislador, ofertou uma fundamentação filosófica à luz da tese do Direito como Integridade de Dworkin, cuidando das técnicas de distinção e superação dos precedentes e, ao fim, enfrentou a sensível questão que envolve a persuasão racional do juiz e a vinculação hierarquizada, demonstrando que, ao magistrado, mesmo no contexto dos precedentes, se o fato, ainda que acobertado pelo manto dos precedentes, trazer características particularizadas, aquele poderá e deverá julgar adotando a distinção e a superação, observando os contornos fáticos e o Direito vigente, impedindo a proliferação de decisões injustas e inadequadas à realidade jurídica e social.

Nunca se deve esquecer que o Direito regula as relações humanas, os comportamentos de cada pessoa, e, como sabemos, tais relações e comportamentos nunca serão estáticas, sempre exigirão novas respostas, novos contornos práticos para se dirimir os conflitos. A atividade jurisdicional de interpretação não cessará, e nunca poderá cessar, o desenvolvimento social passa pela efetivação do Direito.

Os precedentes serão um grande salto evolutivo para o Judiciário brasileiro, e com ele, a necessidade de profissionais e instituições reciclarem-se de velhos conceitos, de visões obsoletas, enfim, chegou o momento de evoluir, de avançar, de pensar e efetivar o novo. Acredita-se que esses novos tempos serão benéficos, para as partes, advogados, ministério público, defensoria pública e para os magistrados, sendo que a esses últimos, exigir-se-á que abandonem a ideia antiquada de que são meros aplicadores da lei, pois, com o CPC/15, passarão a ser, efetivamente, instituidores de um novo Direito.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 425-443.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. **O novo Código de Processo Civil e o processo constitucional: lineamentos gerais da proteção das garantias constitucionais processuais**. Revista Videre, Dourados, MS, ano 8, n.16, 1. semestre de 2016 - ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/5618/3125> Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Código de processo civil. Lei ordinária federal nº 13.105, de 16/03/2015**. Vade Mecum Saraiva - 30ª Edição (2020 - 2º Semestre) – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Lei ordinária federal nº 13.015, de 21/07/2014.** Vade Mecum Saraiva - 30ª Edição (2020 - 2º Semestre) – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUSTAMANTE, Thomas. Capítulo 6: A Integridade e os Fundamentos da Comunidade Política: Uma análise do Capítulo 6 de *Law's Empire*. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Orgs.). **Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 115-136.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. Introdução: Trinta anos de *Law's Empire*. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Orgs.). **Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 01 – 10.

COUTINHO, Elvio Ibsen Barreto de Souza. **O direito, a integridade e a jurisdição constitucional: análise do aborto segundo as propostas de Ronald Dworkin e de John Finnis.** Mestrado em Direito Constitucional (Instituto Brasiliense de Direito Público). 87 f. Professor Orientador: Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão. Brasília, 2018. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2925/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_%20ELVIO%20IBSEN%20BARRETO%20DE%20SOUZA%20COUTINHO\\_MESTRADO%20EM%20DIREITO\\_2018.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2925/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_%20ELVIO%20IBSEN%20BARRETO%20DE%20SOUZA%20COUTINHO_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2018.pdf). Acesso em: 03 jun. 2022.

DIAS, Jean Carlos *et. al.* **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 2 ed. rev. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunais e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 13. ed. reform. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do novo código de processo civil.** Publicado em: 24 nov. 2014. Disponível em: <http://www.elpidiodonizetti.com/artigos/35>. Acesso em: 04 abr. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

**Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Carta de Curitiba. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2022.

FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Arts. 926 a 928 (Capítulo I – Disposições Gerais). In: TUCCI, José Rogério Cruz e (et al.) (Coords.). **Código de Processo Civil anotado**. Associação dos Advogados de São Paulo e a Ordem dos Advogados – Seccional do Paraná. ISBN 978-85-86893-00-1. 2017, p. 1517 – 1523. Disponível em: [http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista\\_cpc\\_annotado\\_2017.pdf](http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_annotado_2017.pdf) Acesso em: 02 maio 2022.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 97-122, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/fa7642efca8103010723c153ea972e29.pdf> Acesso em: 23 maio 2022.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. **O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. In: Revista Temas Atuais de Processo Civil, v.01, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-> . Acesso em: 09 jan. 2022.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215-238.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Capítulo 7: A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules: Comentários a Integridade no Direito (Império do Direito-Capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Orgs.). **Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 137-171.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87-97.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta**. Prisma Jurídico, vol. 16, núm. 1, pp. 75-95, 2017 (Universidade Nove de Julho). Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/934/93453803007/html/index.html#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20deve%20possuir%20um,com%20o%20direito%20pr%C3%A9%20existente>. Acesso em: 26 jul. 2022.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PEDRO, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. **A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica Contemporânea**. RVMD, Brasília, V. 10, nº 2, p. 431-449, Jul-Dez, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 537-563.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 49-86.

VERBICARO, Loiane Prado; HOMCI, Arthur Laércio. **O sistema precedentalista brasileiro à luz do direito como integridade de Ronald Dworkin**. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça | e-ISSN: 2525-9814 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 53 – 74 | Jan/Jun. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1943>. Acesso em: 15 abr. 2022.

## A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE MIGRANTE DESACOMPANHADO

THE PROTECTION OF UNCOMPANIED CHILDREN AND TEENAGER MIGRANT

Recebido em	18/11/2022
Aprovado em	07/12/2022

Natalia Mascarenhas Simões Bentes<sup>1</sup>  
Isabelle Pinheiro Figueiredo<sup>2</sup>

### RESUMO

A imigração de refugiados é um tema essencial no âmbito internacional, por isso a discussão de seus aspectos é significativa para esclarecimento de diversos problemas envolvendo este assunto. Segundo o Relatório Global da Agência da ONU para Refugiados, em 2018 cerca de 70 milhões de pessoas foram forçadas a saírem de suas casas, gerando um fluxo intenso de indivíduos deslocados em diversas partes do mundo. Neste contexto, este trabalho tem como objetivo elementar, explorar a proteção que os menores desacompanhados recebem durante o processo de migração, principalmente quando estão desacompanhados. Para esse fim, foi relacionada a teoria de Francisco de Vitória, importante autor que desenvolveu significativos conceitos adotados pelo direito internacional na proteção do indivíduo e o reconhecimento do direito internacional de forma humanizada. A pesquisa destacou a proteção da criança e do adolescente no âmbito internacional e concentrou-se, em parte, no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao procedimento de proteção ao menor desacompanhado em seu território. O levantamento de informações se deu a partir da leitura de doutrina referente ao tema, legislações e Convenções internacionais as quais o Brasil é signatário. Nesse sentido, o ponto principal deste artigo é averiguar a eficiência da legislação direcionada a proteção do menor que se encontra na situação de imigrante refugiado desacompanhado.

**Palavras-chave:** Proteção da Criança e adolescente desacompanhados; humanização do direito internacional; refugiados; convenção sobre direito das crianças; Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do grupo de pesquisa Rica Miséria - Mineração, Sustentabilidade, Equidade e Desenvolvimento Regional. Advogada.

<sup>2</sup> Graduada em direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2015-2020), pós-graduada em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica (2020-2021). Advoga na área cível.

## ABSTRACT

---

Refugee immigration is an essential subject at the international context, so the discussion of its aspects is significant to clarify several problems involving this issue. According to the UN Refugee Agency's Global Report, by 2018 some 70 million people were forced out of their homes, causing an intense flow of displaced people from around the world. In this context, this article aims to explore the protection that unaccompanied minors receive during the migration process, especially when unaccompanied. For this purpose, this proposal it was related to the theory the theory of Francisco de Vitória, an important author who developed significant concepts adopted by international law in the protection of the individual and the recognition of international law in a humanized way. The research highlighted the protection of children and adolescents at the international level and focused, in part, on the Brazilian legal system, regarding the protection procedure for unaccompanied minors in their territory. The gathering of information was based on the reading of doctrine on the subject, laws and international conventions which Brazil is a signatory. In this regard, the main point of this article is to investigate the efficiency of legislation directed at the protection of minors in the situation of unaccompanied refugee immigrant.

**Keywords:** Protection of Unaccompanied Child and Adolescent; humanization of international law; refugees; convention on the Rights of the Child; Child and Adolescent Statute.

## 1 INTRODUÇÃO

O referido artigo explanará sobre a proteção internacional de crianças e adolescentes refugiados que se encontram desacompanhados ou separados de seus responsáveis em país diferente do seu de origem. A Convenção das Nações Unidas relativa ao estatuto dos refugiados, de 1951, em seu artigo 1º, define refugiado como sendo todo o indivíduo que temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (Convenção das Nações Unidas, 1951, p. 2).

O intento deste trabalho é explanar acerca da humanização do direito internacional, tendo como base a tese de Francisco de Vitória a respeito de *jus cogens* e *ius gentium*, bem como a relevância das normas imperativas para o cenário atual dos refugiados.

Analizará por meio de convenções, a proteção da criança e do adolescente no âmbito internacional. Ademais, será observado qual o tratamento dado pelo sistema de normas brasileiras para crianças e adolescentes refugiados que se encontram desacompanhados, dispondo como parâmetro de análise a Portaria nº 197, de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Resolução Conjunta do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do

Adolescente (CONANDA), o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), CNIg e Defensoria Pública da União (DPU) e a Recomendação nº 20, de 2019, da Comissão Nacional de Direitos Humanos.

O trabalho será desenvolvido na modalidade de artigo e a metodologia inclui a pesquisa bibliográfica por meio de livros, teses, decisões da Corte interamericana de direitos humanos e dados publicados em sites da internet, legislações e Convenções que tratam acerca da proteção da criança e do adolescente refugiado migrante que se encontra desacompanhado.

Dessa forma, inicialmente, será realizada a explanação da tese de Francisco de Vitória para a aplicação de um direito internacional mais humanizado, seguindo para o estudo dos princípios que devem ser observados em situações que envolvam menores desacompanhados e sua fundamentação jurídica no âmbito internacional. Por fim, será feita a análise do ponto central do trabalho, que é como o ordenamento jurídico brasileiro trata a situação da criança e do adolescente imigrante desacompanhado e de que forma a proteção da criança e do adolescente refugiado desacompanhado é eficaz no Estado do Pará.

## **2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EMBASADA NA TEORIA DE FRANCISCO DE VITÓRIA**

Preliminarmente, é significativo que seja analisada a perspectiva do surgimento do direito internacional com um viés de relações entre Estados. Antes do surgimento da teoria de Francisco de Vitória, existia uma visão restrita do direito internacional, a qual consistia na ideia de que o homem não era sujeito das relações públicas internacionais.

Essa visão começou a ser modificada com o surgimento da tese de Vitória, o principal precursor da humanização do referido direito. Com a perspectiva de Vitória, “o *ius gentium* já não designa normas reguladoras das relações entre indivíduos, mas entre povos, e normas cuja validade deriva da própria existência da comunidade Internacional” (QUADROS, 2011, p. 22).

Francisco de Vitória foi um dos fundadores da Escola de Salamanca, e suas teorias foram essenciais para momentos históricos, como o descobrimento da América e a colonização dos indígenas presentes no Brasil. Além disso, o autor é uma figura de extrema importância para a ideia humanizada de direito internacional como se tem nos dias atuais.

O autor buscava em suas teorias o reconhecimento dos indígenas como indivíduos detentores de direitos, por meio do *dominium*, fato que pode ser exemplificado por Fernando Rodrigues Montes D’oca (2012, p. 178):

[...]O trabalho de Vitória não visa “fazer justiça”, mas formar uma consciência para que se obre com justiça, o que o faz magistralmente trazendo elementos do direito natural e das gentes, reconhecendo a dignidade dos índios, sofisticando o debate sobre a jurisdição papal sobre eles, tratando da evangelização e reconhecendo os povos indígenas como uma nação.

Em sua tese, Francisco de Vitória abordou a conquista do novo mundo e a escravidão, atividades realizadas por espanhóis, alegando que os índios possuíam domínio. Dessa forma, por possuírem o *dominium*, são detentores de direitos. Essa ideia fica clara, pois, como assevera Montes D’Oca (2012, p. 179), “Deter domínio significa o mesmo que deter direito, ou seja, *dominium* e *ius* são a mesma coisa. Uma vez, pois, que os índios sejam reconhecidos como capazes de domínio, deve-se também reconhecê-los como detentores de direitos”.

Segundo o autor, todo o ser humano é detentor de direitos, e esses direitos devem ser protegidos, não podendo ser restringidos ou violados.

O que importa, porém, antes de ver como Vitória demonstra que os índios detêm domínio, é que fique estabelecido que esta posição do mestre salamanquense, a qual possui antecedentes na filosofia jurídica dos séc XIV e XV, lhe permite reconhecer que os seres humanos detêm uma dignidade inviolável e não são passíveis de instrumentalização, sejam castelhanos, índios, crianças, doutos ou ignorantes (MONTES D’OCA, 2012, p. 179).

Nesse sentido, vale ressaltar um dos pontos significativos da teoria de Francisco de Vitória, na qual defende que todos os seres humanos merecem dignidade, uma vez que são possuidores de uma razão em potencial. A partir deste conceito, evidencia-se que a proteção dos refugiados deve ser respeitada por todos os Estados, haja vista ser um direito norteador para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, a noção de que os seres humanos possuem dignidade, vem sido adotada desde a teoria de Vitória até os dias atuais.

Vitória também explana a respeito do *ius gentium*, um dos principais fundamentos para a humanização do direito internacional público, conforme foi supramencionado. Segundo Trindade (2015), o “direito das gentes”, no entendimento de Vitória, dispõe acerca de uma sociedade composta por indivíduos que se organizam em forma de Estado e que a proteção dos direitos humanos é um dever que é regido pelo direito das gentes, cabendo não só aos Estados, mas também aos indivíduos que o formam, a sua proteção.

Diante do exposto, a ideia de que o “direito das gentes” pode ser entendida como concebível por ser algo tão intrínseco a vida do ser humano, deve ser contemplada por todo o indivíduo, independentemente de limites territoriais. Nesse sentido, Montes D’Oca (2012, p. 186) afirma que, “Embora não seja necessário como o direito natural, Vitória reconhece que o

direito das gentes deve ser reconhecido por todo o orbe, uma vez que constituiu por acordo comum de todos os povos”. Nessa perspectiva, entendimento que Fernando Montes D’Oca possui quanto ao direito das gentes é que este faz parte do direito natural, portanto, é cabível de aplicação a todos os seres humanos:

Sendo o próprio direito natural ou dele derivado, o *ius gentium* guarda as mesmas características do natural e tem, portanto, uma validade que independe do consenso ou acordo. Seus princípios são acessíveis a todos, inclusive aos índios, apenas pelo uso da razão natural. (MONTES D’OCA, 2012, p. 186).

A partir da ideia do notável autor, é necessário ressaltar seu pensamento inovador para o contexto no qual vivia, visto que o referido foi o primeiro a disseminar a ideia de direitos intrínsecos e comuns a todos os seres humanos, direitos que deveriam ser observados também na esfera internacional. Esse entendimento é refletido nos dias atuais, haja visto que existem cada vez mais instrumentos de proteção aos direitos humanos, como, por exemplo, as Convenções acordadas e a criação de Organizações, como a Organização das Nações Unidas.

O direito das gentes representa o direito comum a todos, e por isso deve ser protegido pelo direito internacional, pois coloca o ser humano como o principal sujeito das relações públicas internacionais.

Nessa sequência, analisando a teoria de Francisco de Vitoria pelo ponto de vista da migração internacional contemporânea, resta clara que a necessidade de proteção dos indivíduos que foram obrigados a saírem de seus lares, por algum tipo de temor, para viverem em um local desconhecido, é de vital importância para o contexto internacional de proteção de direitos e garantias individuais:

Embora seja um direito que se impõe independente das vontades e que é acessível apenas pela razão natural o *ius gentium* emerge como um direito que não opera com a autoevidência que opera o natural, mas que, se fundamentado na autoevidência própria deste, chega a resoluções acerca dos direitos e deveres das pessoas, válidos independentemente de fronteiras nacionais” (MONTES D’OCA, 2012, p. 186).

Segundo Trindade (2015), Vitória, a partir do jusnaturalismo, seguido por Francisco Suárez, encorajou a concepção de solidariedade. Tendo uma visão universal do “direito das gentes”, deixou um pouco de lado esta visão e direcionou especial atenção aos direitos fundamentais de todos os indivíduos. Por consequência dessa evolução, passou-se a ter a concepção contemporânea de direito internacional, que se perdura até os dias atuais.

Nesse seguimento, destaca-se o *ius gentium* como uma maneira de efetivação de direitos pertencentes a todos os seres humanos por meio da intervenção de órgãos

internacionais, em casos de violação desses direitos fundamentais. Segundo Montes D'Oca (2012, p. 189), “O *ius gentium* é, portanto, o direito que torna possível a ideia de uma comunidade internacional, na medida em que é a partir de suas resoluções, e somente a partir delas, que os diferentes povos e nações se colocam em marcha para o bem comum mundial”.

Nesse sentido, deve ser observada a aplicação de normas internacionais não somente aos estados, mas também aos indivíduos, situação de notável evolução de direitos individuais, uma vez que as pessoas se tornam protagonistas em um cenário internacional de conquista de direitos, no qual, anteriormente, apenas os Estados eram tutelados.

Nesse sentido, Vitória (1528, p. 1-44) *apud* Accioly, Casella e Silva (2012, p. 76) afirma:

O direito das gentes não tem somente força de pacto ou de convenção entre os homens, mas possui, igualmente, força de lei. O mundo inteiro, na verdade, que, de certo modo, constitui uma república, tem o poder de levar leis justas e ordenadas para o bem de todos, tais como são as do direito das gentes. Consequentemente, quando se trata de questões graves, nenhum Estado pode se considerar desvinculado do direito das gentes, pois este é colocado pela autoridade do mundo inteiro.

Em sua tese de Direito Internacional e no que tange o fundamento do *ius getium*, Francisco de Vitória afirma que certos direitos são inerentes a todos os seres humanos, portanto são naturais e invioláveis. Logo, quando transgredidos, é de concessão geral que poderá ser resguardado pelas autoridades legítimas pois “Para Vitória, em vista da sociabilidade universal, todo homem tem um direito natural a ser defendido por qualquer outro e por qualquer autoridade legítima quando é maltratado injustamente por poderes tirânicos (MONTES D'OCA, 2012, p. 187)

Assim, cabe aos órgãos internacionais, bem como a todos os países, inclusive ao Estado Brasileiro, a efetivação da proteção dos indivíduos. Por isso, nesse contexto, é cabível a interpretação de que os Estados também têm o dever de proteger indivíduos não pertencentes a sua população, incluindo, por exemplo, a proteção de migrantes refugiados. A partir desta análise, cabe destacar o caso específico de crianças e adolescentes refugiados que, em certos casos, encontram-se desacompanhados de pais ou responsáveis, ampliando sua esfera de vulnerabilidade no contexto da migração internacional.

Além da teoria de *jus gentium*, é importante ressaltar a análise da teoria de Vitória acerca de *jus cogens* e o porquê que elas são aplicadas na proteção desses indivíduos, no caso, imigrantes. O *Jus cogens* está previsto desde a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969), em seu artigo 53 e 64, ratificada pelo Brasil por meio do decreto Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Art. 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, 1969).

Já o artigo 64, que trata da superveniência de uma norma *jus cogens*, explica que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

Nesse sentido, Piovesan (2018, p. 57) destaca que “é como se o direito internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)”.

*Jus cogens* são normas que, além de serem obrigatórias, também são imperativas de direito internacional. Assim, de acordo com Mazzuoli (2016), por serem normas imperativas e inderrogáveis, possuem hierarquia superior até mesmo das obrigações *erga omnes*, tendo um entendimento mais abrangente que estas últimas. Assim:

A convenção de Viena sobre o direito dos Tratados menciona ainda um terceiro conjunto de regras não convencionais imperativas, chamadas de *jus cogens*, que se sobrepõem a autonomia da vontade dos Estados e não podem ser derogadas que por tratados, quer por costumes ou princípios gerais do direito internacional (MAZZUOLI, 2016, p. 182).

Ainda nesse sentido, André Gonçalves Quadros (2011, p. 277) afirma que: “*Ius cogens* ou direito cogente significa Direito imperativo. Corresponde ao *ius strictum* do Direito Romano, que se contrapunha ao *ius dispositivum*, isto é, o Direito que nascia da vontade das partes”.

É importante destacar que a diferenciação entre obrigações *erga omnes* e regras *jus cogens* encontra-se no sentido de que todas as regras *jus cogens* possuem obrigações *erga omnes*, ou seja, não devem ser confundidas, pois uma é elemento da outra. Visto que se tratam de imposições gerais, deve-se salientar que nem todas as obrigações *erga omnes* são imperativas e inderrogáveis.

As obrigações *erga omnes* compõem o conjunto de deveres a todos destinados, independentemente de aceitação e sem a possibilidade de objeção. O *jus cogens* por sua vez, representa uma categoria de normas imperativas de Direito Internacional geral da qual nenhuma derrogação é possível, a não ser por outra posterior da

mesma natureza (sendo, por isso, mais amplo- até pelo fato de ser hierarquicamente superior- que as obrigações *erga omnes*) (MAZZUOLI, 2016, p.178).

Assim, conclui-se que as normas *jus cogens* têm caráter evolutivo, porém uma norma de caráter *jus cogens* só pode ser modificada por outra norma de caráter *jus cogens* de mesmo nível ou de nível mais elevado (QUADROS, 2011, p. 284-285). Retomando a diferenciação entre *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, é importante ressaltar que:

A relevância das obrigações *erga omnes* não se traduz em uma superioridade hierárquica como a relevada pelas regras de *jus cogens*. As obrigações de *jus cogens* relacionam-se com o “peso” de uma norma, e as obrigações *erga omnes* dizem respeito ao seu escopo procedimental (AMARAL JUNIOR, 2013, p. 129).

As normas *jus cogens* possuem validade por meio do seu efeito cristalizador, ou seja, possuem validade jurídica, assim, fundamentam a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para realizar a proteção dos refugiados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1969, são importantes exemplos da integralidade que é conhecido o *jus cogens*.

Dessa forma, deve ser um dever do Estado brasileiro obedecer a norma e seu efeito cristalizador, pois *jus cogens* podem ser consideradas normas disfarçadas de costumes, reconhecidas pela comunidade internacional pela sua imperatividade.

### **3 A PROTEÇÃO DO MENOR DESACOMPANHADO NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Atualmente, tem-se constatado um número cada vez maior de refugiados no mundo globalizado. De acordo com o relatório global da Agência da ONU para refugiados (ACNUR), em 2018, por dia, cerca de 37 mil pessoas, são forçadas a fugir de suas casas por conta de conflitos e perseguições, e, ainda no mesmo ano, metade da população de refugiados eram menores de 18 anos. Ainda nesse contexto, cerca de 138.600 crianças e adolescentes se encontravam desacompanhados ou separados (ACNUR, 2019).

Essa situação ocorre por conta de diversos motivos, entre eles, conflitos armados, perseguições religiosas, violências, entre outros. Os refugiados acabam sendo obrigados a se deslocar para um território desconhecido, visando a protegerem suas vidas e buscando a possibilidade de se desenvolverem em um lugar mais propício para o exercício da dignidade da pessoa humana.

A chegada de indivíduos em um território diferente do seu de origem pode ocasionar a segregação desses, pois ficam à margem da sociedade. Por si só, o indivíduo refugiado se encontra em uma situação vulnerável, já que podem sofrer inúmeras violências no território de destino, destacando-se as seguintes situações: xenofobia, racismo e explorações de diversos tipos. O Estado deve, então, minimizar essas diferenciações, proporcionando ao máximo a efetivação de direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, para que se possa ter a efetivação da ideia de direito das gentes oferecida por Francisco de Vitória.

A proteção da criança e do adolescente é prevista no artigo 19<sup>3</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos e também no artigo 6º da Convenção sobre os direitos da criança<sup>4</sup>, a qual fora retificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Além disso, essa proteção é salvaguardada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Assim, cabe aos estados signatários efetivarem essa proteção, incluindo o Brasil.

É válido ressaltar a importância do papel da ACNUR, que foi criada por meio da Resolução 428 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1950, no cenário pós II segunda Guerra Mundial, momento no qual milhões de pessoas foram obrigadas a se deslocar internacionalmente e sair de seus territórios de origem pelo temor que vigorava na época. Além disso, tem por objetivo dar assistência e proteção internacional<sup>5</sup> aos refugiados e promover soluções duradouras para as questões desses indivíduos.

Nesse contexto de proteção internacional, há a figura do Comitê sobre os Direitos da Criança, que foi criado por meio do artigo 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança que faz parte do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. Esse Comitê tem o objetivo de fiscalizar a implementação dos direitos garantidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, fazendo parte de um sistema de fiscalização e verificação desses direitos, sistema esse que realiza o monitoramento dessas garantias mediante relatórios direcionados aos estados-partes (PIOVESAN, 2016).

Nessa toada, o Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que tem função de receber denúncias de

---

<sup>3</sup> Art. 19: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

<sup>4</sup> Art 6.1: Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

<sup>5</sup> Capítulo I: 1. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembleia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais [...].

violação de direitos humanos e a Corte Interamericana de direitos Humanos que recebe os casos quando não solucionados na Comissão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem função jurisdicional e consultiva. No que se refere à função consultiva, a CorteIDH poderá emitir pareceres sobre o conteúdo do Direito Internacional dos direitos Humanos, em especial, a Opinião Consultiva OC-21/14 que tratou de diversos direitos e garantias da criança e do adolescente no contexto da migração. Entre as questões tratadas, tem-se destaque a observância dos seguintes princípios nos casos que envolvam crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, são estes: não discriminação, do interesse superior da criança, do respeito à vida e pleno desenvolvimento e do respeito à opinião da criança<sup>6</sup>. Assim, nos casos em que envolvam crianças e adolescentes, devem ser respeitados esses princípios em todo o procedimento no Estado.

O princípio da não discriminação é previsto no artigo 2º da Convenção sobre os direitos da criança que dispõe:

Art. 2.1: Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Esse princípio está intimamente ligado ao o princípio da igualdade e está disposto tanto no preâmbulo da Constituição Federal quanto no caput do artigo 5º, que dispõe que “todos são iguais perante a lei”. Segundo Maria Berenice Dias (2017), esse princípio dispõe que deve ser respeitado a igualdade de reconhecimento, que constitui respeitar o direito das minorias, sejam quais forem suas individualidades.

Assim, a convenção, segundo a Observação Geral nº 6, de 2005, “proíbe toda a discriminação baseada na situação do menor estar desacompanhado ou por ser refugiado” (COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 2005, p. 8)<sup>7</sup>. A partir do exposto, cabe constatar

<sup>6</sup> “[...]Deben inspirar de forma transversal e implementarse em todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño em todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantisse su participación.” (CIDH, 2017, p.75)

<sup>7</sup> “[...]prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado[...].” (COMITÉ DE DIREITOS DA CRIANÇA, 2005, P.8)”

que o Estado, para assegurar a aplicação deste princípio, deve proteger a criança de qualquer forma de discriminação.

O segundo princípio a ser tratado é o do superior interesse da criança e do adolescente, que, segundo Maria Helena Diniz (2018), garante ao menor o desenvolvimento integral dos seus direitos e garantias, além de ser um princípio norteador para casos em que envolvam esses sujeitos.

Esse princípio também é previsto no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual dispõe que todas as ações relacionadas à criança devem considerar, preliminarmente, o melhor interesse da criança<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a Corte usa como base o princípio do superior interesse da criança para a tomada de decisões e a realização de políticas migratórias na Opinião Consultiva OC-21/14. Logo:

*En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado (CIDH, 2017, p.76)*<sup>9</sup>

No que diz respeito ao direito à vida, este deve ser respeitado como sendo um direito essencial a todo indivíduo, haja vista que se trata de um quesito para a vida e para a realização de todos os outros direitos (MORAES, 2016). Assim, é resta claro que todo migrante é detentor desse direito, inclusive o menor desacompanhado.

Cabe ressaltar que o direito à vida é contemplado no caput do artigo 5º da Constituição Federal<sup>10</sup> de 1988, em que se garante a inviolabilidade desse direito, estando no rol de direitos fundamentais, assegurados aos estrangeiros que residem no País. Está assinalado no artigo 3º da Declaração Universal dos direitos humanos<sup>11</sup> e no artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o qual dispõe que “Toda pessoa tem o

<sup>8</sup> Art 3.1: Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

<sup>9</sup> No contexto da migração, qualquer política migratória que respeite os direitos humanos, bem como qualquer decisão administrativa ou judicial referente à entrada, permanência ou expulsão de uma menina ou de um menino, bem como a detenção, expulsão ou deportação de seus pais associados à sua própria situação migratória, devem avaliar, determinar, considerar e proteger de forma primordial o melhor interesse da menina ou do menino afetado (CIDH, 2017, p.76, tradução nossa).

<sup>10</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...].

<sup>11</sup> Art. 3º: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”, reforçando ainda mais a sua imperatividade.

Nessa perspectiva, a Corte destaca que a criança deve ser vista como pessoa detentora dos mesmos direitos que um adulto, devendo ainda, ter uma atenção especial devido a sua vulnerabilidade. Nesse sentido:

*[...] La Corte há sinalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales (...). En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales (CIDH, 2017, p.74).<sup>12</sup>*

Além dos riscos que todo o migrante corre, o menor desacompanhado encontra-se em uma situação ainda mais vulnerável, pois está exposto a diversos tipos de exploração, maus tratos, abusos e tráfico, além de se encontrar longe do seio familiar, fato que propicia a exploração desses indivíduos.

Dessa maneira, a criança desacompanhada é duplamente vulnerável, pois ainda não está com o desenvolvimento completo e encontra-se em uma condição migratória. Neste cerne, cabe destacar que as meninas são ainda mais vulneráveis no âmbito do refúgio, por conta da exploração sexual, como bem observa o Comitê dos Direitos da Criança, na Observação Geral nº 6, de 2005:

*[...] Los menores separados y no acompañados están expuestos a diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte (COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 2005, p. 9)<sup>13</sup>.*

Nesse sentido, Dias (2017) afirma que o menor deve ter seus direitos e garantias à vida, à saúde, à educação, entre outros, tratados de forma prioritária, por serem vulneráveis, merecendo assim um tratamento especial.

---

<sup>12</sup> A Corte indicou que meninas e meninos gozam dos mesmos direitos que os adultos e, além disso, têm direitos adicionais (...) Nesta ordem de ideias, a Convenção e a Declaração consagram um tratamento preferencial a meninas ou meninos em justamente por causa de sua vulnerabilidade peculiar e, dessa forma, procuram proporcionar-lhes o instrumento adequado para que se efetive a igualdade perante a lei de que gozam os adultos seja alcançada por causa de seu status (CIDH, 2017, p. 74, *tradução nossa*).

<sup>13</sup> “Os Menores separados e não acompanhados estão expostos a vários riscos que afetam a vida, a sobrevivência e o desenvolvimento, por exemplo, tráfico direcionado à exploração sexual ou de outra índole ou participação em atividades criminosas que podem ser prejudiciais ao menor ou, em casos extremos, a morte” (CIDH, 2005, *tradução nossa*)

Ao falar do direito à vida, não se pode olvidar do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está intimamente ligado com esse direito. Esse princípio está previsto como fundamento do Estado Brasileiro no artigo 1º, III, da Constituição Federal. A respeito do abordado, Flávia Piovesan (2000, p. 96):

O valor da dignidade humana- ineditadamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, III- impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Dessa maneira, é indiscutível que o princípio da dignidade da pessoa humana é norteador para a efetiva proteção do indivíduo, sendo essencial a todos os seres humanos. Assim, “[...] a noção jurídica de *dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.78).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, destaca ainda a importância da opinião da criança e do adolescente nos procedimentos que envolvam esses indivíduos. O Estado deve ouvi-lo por meio de autoridade especializada e proporcionar a ele um ambiente agradável, conforme explanado na OC-21/14.

*En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, em el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. [...] los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle em un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato está debidamente capacitado (CIDH, 2017, p. 71)<sup>14</sup>.*

Nesse sentido, a criança ou o adolescente desacompanhado devem ter todas as informações pertinentes a sua condição de imigrante, a seus direitos, informações sobre onde sua família se encontra e a condição no seu país de origem, conforme dispõe os artigos 12, 13, 17 e 22§2º da Convenção sobre os direitos da criança.

---

<sup>14</sup> “No caso de meninas e meninos migrantes, e particularmente no caso daqueles não acompanhados ou separados de suas famílias, o direito de ser ouvido assume uma relevância especial. [...] Os Estados devem garantir que o processo ocorra em um ambiente que não seja intimidador, hostil, insensível ou inadequado a idade da criança e que a equipe responsável por receber o relato seja adequadamente capacitada” (CIDH, 2017, p. 71, tradução nossa).

O princípio do *non refoulement* também deve ser observado nesses procedimentos. Esse princípio trata acerca da não devolução do refugiado ou do solicitante do refúgio, essa proibição existe desde a Convenção das Nações Unidas para refugiados, datada de 1951 em seu artigo 33<sup>15</sup>.

O princípio pode ser visualizado de maneira direta e indireta. Direta ocorre quando o Estado não pode devolver o refugiado para o país de origem. Já a forma indireta ocorre quando o Estado não devolve para o país que ele veio, mas devolve para outro que provavelmente também gerar problemas para o refugiado. Cabe, portanto, ao Estado proteger esses direitos humanos que se não observados podem causar danos irreparáveis para o menor.

Além dos princípios acima elencados, é indispensável ressaltar que no mundo atual deve ser observado o princípio da reunião familiar. Esse princípio é norteador para decisões que envolvam menores migrantes, visto que interfere diretamente no desenvolvimento da criança e do adolescente. Sobre a importância do seio familiar, cabe ressaltar que a família, então, é considerada a estrutura essencial da sociedade, na qual tem-se início o molde das potencialidades do convívio social do ser humano (FARIAS; ROSENVALD, 2018)

Dessa forma, a reunião familiar é de extrema importância para o menor desacompanhado, haja vista que, por estar sozinho ou sem um responsável, torna-se mais delicado o desenvolvimento e a integração desse indivíduo. Ainda sobre a importância da manutenção do seio familiar:

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas[...] (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 33).

Além de, como supramencionado, encontrarem-se em uma situação mais vulnerável, sendo mais propício a sofrerem violações, é mais árduo desenvolver o bem-estar do menor desacompanhado, necessitando assim, de atenção especial.

A família é vista como a essência da sociedade, recebendo, assim, uma proteção excepcional do Estado (DIAS, 2017). Dessa forma, essa proteção é prevista no artigo 16.3 da Declaração Universal dos direitos humanos de 1948 que declara que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

---

<sup>15</sup> Art. 33.1: Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

A Convenção, portanto, além de proteger a criança e o adolescente em si, resguarda a proteção da família, em seu artigo 17. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu artigo 16.3, a proteção do núcleo familiar. Nesse cerne, o território deve ter bastante cautela nos procedimentos que incluem crianças e adolescentes, para que seja respeitado o princípio da reunião familiar, em sua máxima.

Consequentemente, há de se ressaltar que nos casos de sanção e consequentemente possível separação do núcleo familiar, acarretará consequências no desenvolvimento e no bem-estar da vida da criança migrante, alguns até mesmo irreparáveis. Nesse sentido, a Corte Interamericana no Caso Família PACHECO Tineo vs. Estado plurinacional da Bolívia

*Además, la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que pueden tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados (CIDH, 2017, p. 73-74)<sup>16</sup>.*

Consequentemente, é imprescindível a importância da manutenção da família para que o imigrante desacompanhado tenha um desenvolvimento saudável no território novo. Dessa forma, é substancial a proteção tanto à criança e ao adolescente, como também à família, necessária ao bem-estar do menor desacompanhado que se encontra em uma situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, a proteção da criança e do adolescente refugiado se desenvolveu por meio de diversos dispositivos internacionais, surgindo princípios a serem seguidos no âmbito internacional. Assim, a necessidade dessa proteção foi percebida por Francisco de Vitória, que mesmo estando em outro contexto internacional, no qual fez sua teoria demonstrando que os índios possuíam direitos, mostrou-se fundamental para a proteção do indivíduo na esfera internacional até a atualidade.

#### **4 CONTEXTO NACIONAL E PARAENSE DA PROTEÇÃO DO IMIGRANTE REFUGIADO DESACOMPANHADO**

---

<sup>16</sup> “Além disso, a participação de crianças adquire especial relevância quando se trata de procedimentos que podem ter caráter sancionatório, em relação à violação do regime de migratório, abertos contra crianças migrantes ou contra sua família, seus pais, representantes ou acompanhantes, como esse tipo de procedimentos podem derivar na separação da família e no comprometimento subsequente do bem-estar das crianças, independentemente da separação ocorrer no Estado que expulsa ou no Estado onde são expulsos” (CIDH, 2017, p. 73-74, tradução nossa).

No Brasil, pode-se perceber a evolução da proteção do imigrante com a observação da legislação nacional. O primeiro grande marco dessa proteção se deu pela promulgação da Lei nº 9.474/1997, que implementa o Estatuto dos refugiados de 1951. Outro marco legislativo se deu com a publicação da lei de Imigração (Lei nº 13.445/2017), que viabiliza diversos avanços no tratamento desse indivíduo.

Todavia, com a chegada massiva de refugiados no Brasil, passou-se a ter a necessidade de legislação mais específica para as consequências desse fluxo migratório intenso. Foi nesse contexto que surgiu a Resolução Conjunta nº 01 de 2017 CONANDA, CONARE, CNIg e DPU e a Portaria nº 197 de 2019 do Ministério da Justiça, que serão explanadas posteriormente.

Nessa perspectiva, o Brasil, antes mesmo da publicação da lei de migração, traz em seu texto constitucional, a proteção da criança, do adolescente e da família. No caput do artigo 226 da Carta Magna é previsto que a família tem distintiva proteção do Estado<sup>17</sup>. A proteção da criança e do adolescente fica por conta do caput do artigo 227 da Constituição que prevê:

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Dessa maneira, não há dúvidas que o Estado Brasileiro salvaguarda de maneira especial a criança e o adolescente, deferindo o caráter de prioridade nos procedimentos que envolvam esses indivíduos. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro também protege o seio familiar, que é essencial para o desenvolvimento do menor, conforme o padrão recomendado pela CIDH, o qual fora previamente explanado.

Além da lei de imigração e da atenção especial prevista na Constituição Federal, tem-se a garantia da proteção da criança e do adolescente figurada no microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei n. 8069/90), que é regido pelo princípio do melhor interesse da criança. O ECA surgiu no contexto do novo paradigma que a Constituição trouxe em 1988. Nesse sentido:

Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma pricipiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança

<sup>17</sup> Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial. (PIOVESAN, 2016, p. 467).

Destaca-se que o Estatuto da criança e do adolescente foi o responsável por internalizar as obrigações provenientes da Convenção sobre os direitos da criança de 1989. O direito à vida é evidenciado pelo ECA nos artigos 4º e 7º<sup>18</sup>. Já o princípio da não discriminação é amparado pelo artigo 5º do referido estatuto<sup>19</sup>.

Cabe ressaltar a relevância do artigo 58 do Estatuto, que protege os valores históricos, artísticos e culturais do contexto social que o menor se encontrava no país de origem, assegurando a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura<sup>20</sup>. Este dispositivo tem extrema importância para o contexto educacional da criança e do adolescente imigrante, pois esse, na maioria das vezes, é obrigado a conviver em um local onde a sua cultura, modo social e educação são diversos do seu país ascendente.

Dessa forma, a integração da criança é extremamente importante, pois garante ao menor desacompanhado a efetivação de direitos básicos, como o acesso à educação, saúde e documentação. O Estado deve, portanto, realizar a integração efetiva desse menor para que seus direitos e garantias sejam protegidos, fazendo com que ele se desenvolva de maneira digna.

Além disso, como já analisado anteriormente, há a importância da opinião e da participação do menor em procedimentos que os envolvam. O ECA destaca essa importância como pertencente ao direito à liberdade, protegido no seu artigo 16<sup>21</sup>. Assim, o Estatuto reforçou as garantias a serem observadas na proteção da criança e do adolescente, conforme disciplinado pela Corte Interamericana.

No âmbito das legislações nacionais específicas, tem-se a Resolução Conjunta nº 01 de 2017 CONANDA, CONARE, CNIg e DPU, a qual trata de uma das políticas brasileiras de acolhimento de menores desacompanhados ou que se encontram separados. Em seu Capítulo II, é disposto os princípios e garantias salvaguardados pela Resolução.

---

<sup>18</sup>Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida [...].

Art. 7º: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

<sup>19</sup> Art. 5º: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

<sup>20</sup> Art. 58: No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

<sup>21</sup>Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:[...] -II - opinião e expressão.[...].

Por meio da análise da Resolução, tem-se a observação ao seguinte: Os artigos 2º e 5º da Resolução<sup>22</sup> elencam os princípios da não discriminação e igualdade. Já o princípio do melhor interesse e da prioridade é previsto no artigo 3º<sup>23</sup>, seguindo o disposto no artigo constitucional 227, supracitado. O princípio do *non refoulement* e da união familiar estão previstos no artigo 4º<sup>24</sup>. Por fim, o princípio da importância da opinião do menor desacompanhado está previsto nos artigos 6º e 7º da Resolução<sup>25</sup>.

Conforme destacado no artigo 12 da Resolução Conjunta, cabe à Defensoria Pública da União (DPU) o “acompanhamento da criança e do adolescente desacompanhados”. Devem, pois, os outros órgãos realizarem o encaminhamento do menor desacompanhado à DPU para que esta realize todos os trâmites legais para possibilitar ao máximo a reunião familiar.

Dessa forma, a Resolução Conjunta segue todo o recomendado pela CIDH, no que tange aos princípios a serem seguidos pelos Estados na proteção da criança e do adolescente. Além disso, a Resolução Conjunta segue todos os trâmites que a Corte prevê na Opinião Consultiva OC-21/14, no que tange o procedimento que deve ser realizado quando a criança ou o adolescente desacompanhado ingressar no Território brasileiro, em seu Capítulo IV que dispõe sobre a entrevista individual e a análise da proteção.

Outra legislação específica que deve ser dada atenção é a Portaria nº 197 de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que trata dos procedimentos formais que os imigrantes menores de idade desacompanhados se submetem para regularizarem sua situação de residência no Brasil. Em seu artigo 3º, fala dos legitimados legais que podem requerer, na forma de representantes dos menores, a autorização para residência no país, são eles o defensor público ou o representante legal nomeado por juiz competente.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup>Art 2º: A política de atendimento à criança e adolescente será aplicada, em sua integralidade e sem qualquer discriminação e em igualdade de condições, a toda criança e adolescente de outra nacionalidade ou apátridas, em ponto de fronteira brasileiro.

Art 5º: A criança e adolescente desacompanhados ou separados não serão criminalizados em razão de sua condição migratória.

<sup>23</sup>Art 3: Os processos administrativos envolvendo criança ou adolescente desacompanhado ou separado tramitarão com absoluta prioridade e agilidade, devendo ser considerado o interesse superior da criança ou do adolescente na tomada de decisão.

<sup>24</sup>Art 4º: Não será aplicada medida de retirada compulsória à criança e adolescente desacompanhados ou separados de suas famílias para território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, ou ainda seus direitos fundamentais estejam em risco, respeitados os princípios da convivência familiar e da não devolução.

<sup>25</sup>Art 6º: Ao longo do processo, a criança ou o adolescente deve participar, ser consultado e mantido informado, de forma adequada à sua etapa de desenvolvimento, sobre os procedimentos e as decisões tomadas em relação a ela ou ele e aos seus direitos.

Art 7º: Crianças e adolescentes desacompanhados ou separados, devidamente representados, deverão ter acesso a procedimentos migratórios ou de refúgio.

<sup>26</sup> Art. 3º A autorização de residência prevista nesta Portaria será requerida:

Além disso, a Portaria também trata do prazo de renovação da autorização de residência no país. Apesar de tratar apenas do procedimento de autorização de residência, tal portaria representa um grande passo para a aceitação de imigrantes em território nacional, uma vez que seus trâmites procedimentais não são dificultosos ou burocráticos.

No âmbito Paraense, a situação dos refugiados deve receber atenção ainda mais especial, pois no Estado os maiores números de refugiados são venezuelanos indígenas da etnia Warao. O cuidado particular a esses indígenas ocorre devido a inúmeros desafios, destacando os seguintes: língua, cultura, convívio social e o mercado de trabalho.

Nesse contexto, o Estado do Pará além dos desafios pertinentes a todos os refugiados imigrantes, possui obstáculos ainda mais específicos, como por exemplo a comunicação com os indígenas que utilizam a língua local, chamada Warao.

É importante destacar também que esses imigrantes viviam em condições sociais diferente das que eles encontraram no país de refúgio, no caso o Brasil, principalmente no que tange a vida na “cidade”, haja vista possuíam como atividade principal o extrativismo. Dessa forma, muitos se deparam com certa estranheza com hábitos que antes eles não detinham convívio.

Nesse sentido, há a Recomendação nº 20 de outubro de 2019 do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), a qual recomenda que devem ser respeitadas as individualidades desses povos:

Aos governos dos seguintes estados da Federação: Amazonas (AM), Pará (PA), Acre (AC), Rondônia (RO), Roraima (RR), Amapá (AP), Tocantins (TO), Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Maranhão (MA), Piauí (PI), Ceará (CE):  
a) Que não fomentem e não adotem procedimentos de afastamento de suas famílias, como o acolhimento institucional e o acolhimento familiar, das crianças venezuelanas em situação de rua, ou gerem a perda ou a suspensão do poder familiar, sem que antes sejam observadas outras medidas de proteção elencadas nos incisos do art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância igualmente do parágrafo 1º do mesmo artigo, obedecendo a excepcionalidade das medidas supracitadas e a garantia de acesso dessas crianças e suas famílias aos serviços básicos. Ademais, deve-se prezar pelo respeito às diferenças étnicas e culturais, respeitando o modo de vida e a visão de mundo destes povos, notadamente da etnia Warao, agindo, portanto, em conformidade com os preceitos constitucionais, zelando pelos direitos e garantias fundamentais e os direitos humanos.

No Estado do Pará, tem-se a figura da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos (SEJUDH), que atua na articulação de políticas públicas e na documentação dos migrantes. Há também a Secretaria de Estado de Assistência Social, Trabalho, Emprego e Renda

---

I - por Defensor Público; ou  
II - pelo representante legal nomeado pelo juiz competente.

(SEASTER) e a Fundação Papa João XXIII (FUNPAPA), que atuam no acolhimento dos refugiados.

No âmbito nacional, existe a plataforma digital que trata de todos os procedimentos de refúgio no território nacional, chamada Sistema do Comitê Nacional para os Refugiados (SISCONARE).

Dessa forma, há um trabalho intersetorial que está sendo realizado no âmbito paraense feito por diversos órgãos, tendo como destaque os seguintes: a SEJUDH, a DPU, o Conselho Tutelar e Ministério Público Federal, que está sendo feito no âmbito paraense. Apesar disso, há a necessidade de destacar alguns problemas a serem superados, como a falta de informação, a falta de capacitação de alguns profissionais para tratar sobre o assunto, além da falta de recursos do poder público, seja para investir na capacitação de servidores ou em políticas públicas efetivas.

Dessa forma, o problema não está na legislação vigente que segue o recomendado pela CIDH, mas sim na efetivação dela. Os órgãos acabam por não ter estrutura suficiente para receber a demanda intensa de refugiados que adentram no país, em especial no Estado do Pará.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico materializou-se a partir da ideia de reunir um tema atual no contexto de globalização, que é a migração internacional, e analisá-lo com base na teoria desenvolvida por Francisco de Vitória, sob o enfoque do *ius gentium* e do *ius cogens*. Para maior direcionamento da pesquisa, foi estabelecido que o foco principal seria explorar a situação de menores desacompanhados e que estão inseridos neste contexto de imigração internacional.

Diante disso, o presente trabalho destacou a teoria de Vitória sobre o *ius gentium*, que estabelece que todo ser humano é detentor de direitos individuais, inclusive na esfera internacional, sejam eles portugueses, índios, crianças e idosos. Além disso, explanou sobre as normas imperativas de direito, chamadas de *jus cogens*.

Na sequência, com o intuito de esclarecer a respeito do tratamento que esses menores desacompanhados recebem, foram apresentadas referências de legislações, nacionais e internacionais que tratam do assunto. Ademais, foi destacado o papel no Estado do Pará nesse contexto de imigração internacional, uma vez que se chegou a um número significativo de imigrantes refugiados ao Estado nos últimos anos, em especial os Venezuelanos.

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que a legislação vigente sobre a proteção do menor desacompanhado, seja no contexto nacional ou internacional, segue os preceitos de proteção internacional que Francisco de Vitoria desenvolveu em vida, o que representa também um reflexo de antigas teorias no cenário de atual de globalização. Logo, a proteção da criança e do adolescente é observada desde o início da Humanização do direito internacional, com a teoria de Francisco de Vitória, vigendo até os dias atuais.

No contexto de proteção da criança e do adolescente, constatou-se que, no Ordenamento jurídico brasileiro, a criança e o adolescente possuem todas os direitos fundamentais relativos à pessoa humana, sejam os reconhecidos pela legislação brasileira, como os assegurados nos Tratados internacionais, os quais o Brasil é Estado-parte (PIOVESAN, 2016).

Mesmo havendo essa proteção, ainda existem alguns obstáculos a serem superados, como a xenofobia, a falta de acesso dos imigrantes ao mercado de trabalho, o convívio social, a língua, a cultura diferente e a falta de informação. Assim, se tem a conclusão de que no Estado Paraense, onde há uma maior incidência dos imigrantes venezuelanos da etnia Warao, não é suficiente que hajam políticas públicas, sem a sua devida aplicação.

Em decorrência disso, os imigrantes acabam tendo um acesso escasso a esse sistema, o que ocorre devido aos paradigmas supramencionados que devem ser superados. É necessário que haja um olhar mais humanizado direcionado a esse indivíduo, como bem tinha Francisco de Vitória com os indígenas.

Além disso, se faz necessário que as políticas públicas sejam efetivadas, por meio da atuação do poder público, para que este possa qualificar os servidores que lidam diretamente com os imigrantes. Ademais, que seja direcionado mais recursos para os Órgãos Municipais, Federais e Estaduais, para que esses possam efetivar os mecanismos já existentes e ter assim, uma maior rede de proteção desses indivíduos.

Assim, não se pode olvidar dos ensinamentos desenvolvidos por Francisco de Vitória, haja vista que se mostram necessários para a visão do ser humano como possuidor de direitos e da aplicação dessa proteção como normas dirigidas a todos os Estados. Desse modo, independente da contextualização de Vitória ter se dado em um momento em que o problema era a colonização do novo mundo, é possível aplicar sua teoria para os problemas contemporâneos.

Por fim, fica clara a proteção especial que a criança e o adolescente possui, seja no âmbito nacional quanto internacional. Cabe destacar que, mudanças sempre são necessárias, uma vez que a sociedade está em constante dinâmica, por isso, a adoção de políticas públicas

efetivas voltadas para o tema se fazem necessárias sempre, haja vista que o fluxo de imigrantes refugiados tem se tornado cada vez mais intenso. Dessa maneira, a proteção dos refugiados não pode deixar de ser preocupação do Estado uma vez que garantir a proteção desses indivíduos, trata-se de uma imposição internacional imperativa.

## REFERÊNCIAS

ACNUR (1950). **Estatuto da ACNUR**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Estatuto\\_ACNUR](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR). Acesso em: 28 nov. 2019.

ACNUR. Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, de 28 de julho de 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 18 nov. 2019.

ACNUR. **Dados sobre Refúgio**. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 9.373, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Imigração. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 197, de 6 de março de 2019**. Estabelece procedimentos para a tramitação de requerimentos de autorização de residência, registro e emissão da Carteira de Registro Nacional Migratório para a criança ou o adolescente nacional de outro país ou apátrida, desacompanhado ou separado, que se encontre em ponto de controle migratório nas

fronteiras brasileiras ou no território nacional. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65980921](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65980921). Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. **Resolução Conjunta nº 01 de 2017**. Estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para criança e adolescente desacompanhados ou separados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19245715/do1-2017-08-18-resolucao-conjunta-n-1-de-9-de-agosto-de-2017-19245542](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19245715/do1-2017-08-18-resolucao-conjunta-n-1-de-9-de-agosto-de-2017-19245542). Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. **Workshop A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000.

ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N. e ;CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMITÊ SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS (2005). **Convenção sobre o direito das Crianças: OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf> . Acesso em: 18 nov. 2019

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Recomendação nº 20, de 10 de outubro de 2019**. Recomenda a abstenção da adoção de procedimentos que gerem a perda do poder familiar, como o acolhimento institucional e o acolhimento familiar, no que tange a crianças venezuelanas em situação de rua, especialmente as de etnia Warao, sem antes serem observadas todas as medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/Recomendaon20CrianasWarao.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2017). **Cuadernillo de jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos humanos nº 2: personas situación de migración o refugio**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019

D'OCA, Fernando Rodrigues Montes. Política, Direito e Relações Internacionais em Francisco de Vitória. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre v.3, n.1 p. 172-190, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 10 ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 6. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU (1949). **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ONU (1959). **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ONU (1969). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 22 set. 2019.

ONU (1969). **Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

QUADROS, André Gonçalves Pereira Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. rev. e ampl. Lisboa: Almedina, 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

UNCHR. **Relatório de tendências globais**. 2019. Disponível em: [https://www.unhcr.org/globaltrends2018/#\\_ga=2.193036392.472121685.1575139772-157757709.1574842858](https://www.unhcr.org/globaltrends2018/#_ga=2.193036392.472121685.1575139772-157757709.1574842858). Acesso em: 22 nov. 2019.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro 1989**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 16 nov. 2019.

# DA PROTEÇÃO DE DADOS A VIOLAÇÃO DE DIREITOS BÁSICOS: COMO OS CONTRATOS ELETRÔNICOS SÃO UM MEIO PARA O AGRAVAMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

DATA PROTECTION VIOLATION OF BASIC RIGHTS: HOW ELECTRONIC CONTRACTS ARE A MEANS TO AGGRAVATE CONSUMER HYPERVULNERABILITY

Recebido em	29/11/2022
Aprovado em	30/11/2022

Beatriz Lheis Darwich<sup>1</sup>  
Leonardo Sa de Barros Souza<sup>2</sup>  
Thiago Alves Feio<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise a respeito de como o desenvolvimento das relações de consumo no âmbito digital afetam consumidores em situação de hipervulnerabilidade. Com esse propósito, será feita uma análise no viés consumerista de conceitos essenciais para entender como se compõe a relação de consumo e uma definição de o que seriam contratos eletrônicos. Também será mostrado que com a pandemia da COVID-19 houve um aumento do consumo por meio digital e como este fato afetou consumidores considerados hipervulneráveis. Por fim, será feita uma análise de quais os direitos assegurados aos consumidores hipervulneráveis e até que ponto tais direitos são de fato respeitados.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor; Código de Defesa do Consumidor; legislação; contratos eletrônicos; hipervulnerabilidade.

## ABSTRACT

---

This article aims to analyze how the development of consumer relations in the digital environment affects consumers in situations of hypervulnerability. For this purpose, an analysis will be made from a consumerist perspective of essential concepts to understand how

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Estagiária no Ministério Público do Estado do Pará.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Estagiário na Procuradoria da República no Pará.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito na UFPA. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo CESUPA (2018). MBA em Direito e Processo do Trabalho (FGV). MBA em Gestão Empresarial (FGV). Graduação em Direito e Engenharia da Computação. Professor em Direito no CESUPA.

the consumer relationship is composed and a definition of what electronic contracts are. It will also be shown that with the COVID-19 pandemic there was an increase in consumption through digital means and how this fact affected consumers considered to be hypervulnerable. Finally, an analysis will be made of which rights are assured to hypervulnerable consumers and to what extent these rights are in fact respected.

**Keywords:** Consumer Law; Consumer Defense Code; Law; electronic contracts; hypervulnerability.

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico está cada vez mais presente no cotidiano da sociedade, especialmente no tocante às novas modalidades de contratação de bens e serviços, que ultrapassam fronteiras nacionais. Hoje, assim, é possível a realização de compras de produtos oriundos de outros países, bem como firmar contratos no meio ambiente digital sem que haja a efetiva necessidade de locomoção às lojas e a estabelecimentos comerciais. Portanto, é necessário realizar uma análise desse fenômeno global de consumo, especialmente em relação às regras de proteção ao consumidor estabelecidas no âmbito nacional, se esse meio de contratação digital é compatível no que dispõe o cenário normativo brasileiro, bem como se é um vetor para o agravamento da vulnerabilidade do consumidor frente ao avanço via contratação por meio eletrônico.

Assim, soa pertinente a discussão se o meio-ambiente digital é uma plataforma adequada aos mais diversos consumidores que estão em uma linha de hipervulnerabilidade como os idosos, portadores de deficiência, analfabetos para concretização das relações de consumo por meio da obtenção de bens e serviços.

Assim, surge a problemática: em que medida os contratos eletrônicos são motivos para o agravamento da hipervulnerabilidade do consumidor no período pós- moderno?

O objetivo do presente trabalho, nesse sentido, é realizar uma análise acerca do fenômeno dos contratos digitais nas relações de consumo entre aqueles que são considerados hipervulneráveis em razão de condições objetivas, identificando na prática quais são os principais impactos causados a esse grupo, especificamente no que diz respeito à proteção das normas consumeristas, abordando, também, a obtenção de dados pessoais para formalização de obtenção de bens e serviços.

A metodologia utilizada no trabalho tem um caráter teórico, sendo verificado por uma revisão bibliográfica sobre os assuntos abordados durante o desenvolvimento, como livros, artigos e pesquisas, bem como a necessidade de verificação de como os tribunais estão

adotando pelas jurisprudências entendimentos a respeito do assunto abordado (MARCONI; LAKATOS, 2022).

## 2 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Anterior à premissa de desenvolvimento do que são contratos eletrônicos, sua modalidade e aplicabilidade, é necessário entender quem são aqueles que estão presentes na relação jurídica consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 2º<sup>4</sup> define que o consumidor será toda pessoa jurídica ou física que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990). Nota-se que a definição de destinatário final se apresenta como um conceito jurídico indeterminado, não indicando o que seria esta modalidade, prejudicando a interpretação de quem realmente são os consumidores.

Nesse sentido, a teoria maximalista — ou objetiva — busca definir e entender a respeito do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Cavalieri Filho (2022) estabelece que essa corrente indica que o consumidor é aquele que realiza um ato de consumo, bastando tão somente que ele seja o destinatário final do produto ou serviço adquirido, fazendo a retirada do mercado e encerrando a cadeia produtiva, seja do bem ou da prestação de serviço. Ainda para o autor, não é necessário analisar a finalidade que o consumidor irá destiná-los, mas tão somente verificar se estão no final da linha produtiva, isto é, sem repassar para outras pessoas o que foi adquirido.

Por outro lado, há a corrente finalista ou subjetiva, que assim define destinatário final: somente aquele que possui vulnerabilidade. Para esta doutrina, é fundamental que o bem ou serviço adquirido seja destinado a uma necessidade pessoal do consumidor, ou seja, é necessário que não seja atribuída uma outra atividade a não ser a satisfação da própria pessoa física ou jurídica.

Pois bem, como salienta Cavalieri Filho (2022) é possível definir que o consumidor nada mais é que aquele que põe fim ao processo econômico, retirando o bem ou o serviço de circulação do mercado para consumo próprio, atribuindo a destinação para uma necessidade ou satisfação própria. Assim, é necessário apenas que o consumidor encerre a cadeia com a utilização pessoal, sem que isso implique na reutilização ou que de alguma forma, coloque na cadeia econômica novamente estes produtos ou serviços adquiridos.

---

<sup>4</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Por outro giro, o conceito de fornecedor está previsto no artigo 3º do CDC, definindo-o como:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, p.1)

Superando esses pontos, é necessário definir, para o presente trabalho, o que são os contratos eletrônicos. Apesar de que, em tese, apresente uma nova nomenclatura contratual, essa modalidade não se difere de outras presentes nas relações consumeristas e civis, muda-se, tão somente, a forma a qual está sendo realizada, que é no meio ambiente digital, devendo respeitar o que estabelece o artigo 104 do Código Civil, porém isso por si só não exclui a possibilidade de aplicação do CDC quando estiver presente uma relação de consumo.

Nota-se que tais premissas também são confirmadas por Cavalieri Filho (2022), estabelecendo que não se trata de uma nova modalidade de contrato, mas, tão somente, um novo meio em que é celebrado. Assim, o objeto dos contratos eletrônicos permanece o que dispõem as modalidades tradicionais, diferindo-se apenas na modalidade que é contratada.

Nunes (2021) estabelece que essa modalidade contratual também é uma forma de contrato de adesão, que está previsto no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e que pode ser percebido como uma forma de ausência de possibilidade de discussão acerca das cláusulas ali embutidas, não dando margem ao consumidor para alterações, mas tão somente a aceitar o que está estabelecido. Todavia, isso não quer dizer que essa modalidade é totalmente válida e que não seja possível a discussão sobre cláusulas abusivas, bem como aquelas que de alguma forma violem o que dispõe o CDC, especificamente no tocante aos direitos básicos previstos em seu artigo 6º.

Ainda nesse ponto, como suscitado, não há uma nova modalidade contratual, apenas há uma mudança no meio da celebração, e, sendo assim, é necessário observar que, quando estamos diante de uma relação de consumo, devemos obviamente aplicar o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, bem como suas regras e carga principiológica em defesa dos vulneráveis nessa relação (BRASIL, 1990). Nota-se que o CDC e a Constituição Federal, por si só, não seriam suficientes para promover uma maior proteção aos consumidores em contratos digitais que porventura possam usufruir da contratação de bens e de serviços. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, surge no cenário normativo brasileiro o Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013 que regulamenta e dispõe acerca de algumas normas para a contratação no comércio eletrônico. Conforme explica Nunes (2021), o referido Decreto apenas regulamenta questões contratuais, entretanto no que refere às relações de consumo propriamente ditas, como exemplo o direito de arrependimento, é necessário utilizar o próprio CDC em razão da sua especificidade, eliminando eventuais dúvidas que possam surgir.

Portanto, é possível aferir que tal decreto é essencial para sanar dúvidas que existam a respeito dos contratos eletrônicos, concomitantemente com o Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo regras a serem cumpridas pelos fornecedores e direitos assegurados ao consumidor, não possibilitando que o consumidor de alguma forma fique à mercê da ausência de regulamentação diante de um novo cenário contratual.

Em seu art. 1º (BRASIL, 2013), é possível analisar quais são os direitos dos consumidores que realizam a contratação de serviços ou produtos através do comércio eletrônico, sendo estes: informações coesas e claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor; um atendimento fácil ao consumidor e respeito ao direito de arrependimento, informações que também estão previstas no Código de Defesa do Consumidor. Nota-se que tais premissas são elementos fundamentais e possuem uma carga principiológica essencial nas relações de consumo por meio dos princípios da confiança, da informação e da segurança.

Já no art. 2º, observa-se um conjunto de requisitos que sítios eletrônicos — que têm como objetivo a oferta — devem disponibilizar, sendo que tais exigências têm que estar em local de destaque de fácil acesso e visualização, quais são:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

**III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;**

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

**VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.** (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Desse modo, é dever do fornecedor prover de forma clara, e em local perceptível, quaisquer informações relevantes e necessárias a respeito do produto ou serviço objeto do contrato que ali será firmado. É previsto também no art. 4, I, que para assegurar o atendimento facilitado ao consumidor, o comércio eletrônico terá que apresentar um sumário de contrato de contratação com todas informações necessárias para o pleno direito de escolha do consumidor. (BRASIL, 2013)

Sendo possível aferir que o dispositivo legal supracitado preza pela proteção do consumidor, com intuito de respeitar o princípio da informação e transparência. Porém, apesar da ampla proteção do consumidor no que diz respeito a contratos digitais, é notório que pouco se respeita na prática, logo, observa-se que grande parte das informações exigidas na lei não são respeitadas pelos fornecedores.

Dessa feita, é evidente que, na prática, nem sempre tais premissas são respeitadas aos consumidores que visam realizar compras no meio ambiente digital, especialmente pela facilidade que esse meio dispõe. Conforme suscitado anteriormente, é notório que essas contratações ocorrem por contratos de adesão, o que impossibilita a discussão a respeito das cláusulas que estão dispostas, também conhecidas como condições gerais que caso não sejam aceitas, impossibilitam a utilização do serviço ou do bem adquirido.

Nesse sentido, essas cláusulas nem sempre respeitam o que estabelece o Decreto acima indicado, muito menos o Código de Defesa do Consumidor, já que em boa parte de *sites* que promovem esse tipo de contratação, apresentam textos com letras pequenas, com diversas informações técnicas, especificamente no tocante a questões jurídicas, o que prejudica o pleno exercício de direitos básicos dos consumidores.

Tais premissas são extraídas das lições de Verbicaro e Martins (2018), que salientam que a contratação eletrônica também irá se consolidar pelo modelo de condições gerais dos contratos, no momento em que as cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor são expostas a um ilimitado número de contratos, em que não há espaço para discussão. Portanto, para os referidos autores, quando não há concordância com os termos que são fornecidos, implica-se na inviabilidade da contratação do serviço ou do bem que se pretende consumir, acarretando a aceitação de cláusulas sem o conhecimento adequado sobre seus direitos e de como serão utilizados seus dados fornecidos.

Após a pandemia, esse fenômeno colocou ainda mais pessoas em risco e em situação de hipervulnerabilidade, como será demonstrado no capítulo posterior.

### 3 AUMENTO DE COMPRAS ONLINE E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

É notório que, durante a pandemia da COVID-19, o consumo de serviços *online* demonstrou um crescimento significativo em razão da situação em que a população se encontrava de permanecer em casa, sendo os serviços *online* uma forma de conseguir realizar atividades essenciais para o exercício de atividades cotidianas.

Foi realizada uma recente pesquisa denominada Consumo Online no Brasil desenvolvida pela Edelman a pedido da Paypal, com 1000 pessoas entre 18 a 55 anos, em todas as regiões do país e com todas as classes sociais para que se pudesse colher informações a respeito de como a população se comporta em relação ao hábito de comprar pela internet. (FERNANDES, 2021)

É possível extrair de tal pesquisa que 1 em cada 4 brasileiros pretendem continuar fazendo compras *online* após a pandemia. Ademais, no ano de 2020, antes da COVID-19, cerca de 35% da população realizava compras *online* diariamente ou semanalmente, quantidade essa que, durante a pandemia que percorria o país, até o ano 2021, aumentou para 57%. (FERNANDES, 2021)

Esse aumento, ainda de acordo com a referida pesquisa, evidencia uma busca do consumidor brasileiro a uma facilidade no momento de realizar compras, evitando procedimentos demorados e burocráticos. Cerca de 84,5% dos brasileiros entrevistados alegam que compram e pagam *online* sempre que têm condições e, aproximadamente, 98% dos entrevistados, além de gostarem da experiência, consideraram-na mais fácil e prática. (FERNANDES, 2021)

Ademais, de acordo com Neotrust (2021) - fonte de dados e inteligência a respeito do *e-commerce* no Brasil - o comércio eletrônico apresentou um faturamento recorde em 2021, totalizando mais de 161 bilhões, crescimento de 26,9% em relação a 2020. Ainda de acordo com tal levantamento, as categorias com o maior aumento de demanda foram as de moda, de perfumaria e de saúde, já a que teve o maior faturamento foram as de eletrodomésticos e de celulares. Sendo inclusive possível asseverar que a tendência em 2022 é um crescimento ainda maior na receita do *e-commerce*.

Porém, apesar de a necessidade ser um fator para esse demasiado crescimento do consumo no meio digital, também é notório que, com o avanço tecnológico, há uma maior velocidade na produção e na compra, de forma conjunta, fato que leva muitas vezes o consumidor a realizar compras por impulso, ou apenas por sentimento de obrigação de adequação social.

Com o avanço tecnológico, sítios de compras virtuais são planejados para mostrar certa facilidade ao comprador, com anúncios chamativos de forma a fazer com que o consumidor seja levado a consumir produtos por impulso.

Assevera-se que, com a evolução das redes sociais e informacionais, cada vez mais, o indivíduo busca uma felicidade atrelada a bens materiais, por achar que o consumo de tal bem irá colocá-lo em uma falsa realidade de plenitude que as redes tendem a propagar, ciclo que se tornará vicioso e não terá fim, visto que a tendência é apenas o avanço.

De acordo com Verbicaro e Motta (2017), tal felicidade seria de certo modo paradoxal, pois o indivíduo acredita que adquirindo certo bem ele alcançará uma necessidade, mas é transitória, pois, na verdade, isso tudo cria uma ansiedade para novos apelos e constantes frustrações por não conseguir tudo aquilo que acredita que trará prazer.

Além disso, sabe-se que, nos dias atuais, os indivíduos são facilmente influenciados pela vivacidade que o consumo produz, dessa forma, baseado no que diz Bauman (2007), a sociedade se baseia em algo efêmero, de evolução contínua, que rapidamente se renova, criando assim um consumo em massa, em que milhões de consumidores estão buscando satisfazer seus desejos em uma realidade inalcançável. Fato esse que afeta não somente pessoas adultas, mas também diversas crianças e adolescentes que desde cedo sentem a necessidade de buscar o sentimento de realização pelo consumo de produtos.

Ainda conforme Verbicaro e Motta (2017), por conta da demasiada similitude entre produtos, as empresas cada vez mais procuram desenvolver impactos sensacionalistas e emocionais com a criação de grandes espetáculos para a promoção dos seus produtos. Por consequência, o consumidor se encontra imerso em uma grande quantidade de ideais de que o consumo de tais produtos irá acarretar na esfera pessoal um sentimento de realização e de felicidade. Em consequência disso, é perceptível que o comprador estará ligado a uma ideia de consumo incessante, já que o surgimento de novos e melhores produtos acontece de forma contínua, trazendo inovações e desenvolvimento de novas tecnologias, fazendo com que o consumidor nunca esteja satisfeito com o que possui, criando, portanto, uma falsa percepção de que aquele produto ou serviço adquirido fará com o que o consumidor esteja em uma ideia de realização plena.

Portanto, é notório que o avanço do comércio eletrônico em uma sociedade de consumo estruturada a realizar práticas comerciais cada vez mais frequentes no ambiente digital, demonstra a efetiva necessidade de discussão se essa nova modalidade de compras pode trazer prejuízos na esfera consumerista.

Nesse sentido, os consumidores são facilmente suscetíveis a realização de compras sem que haja o efetivo conhecimento sobre aquilo que estão adquirindo, seja uma informação mais básica, como a composição de produtos ou realização de serviços, e até mesmo por questões técnicas voltadas à produção. Assim, o Código de Defesa do Consumidor reconheceu, por meio de sua legislação vide art. 4º, Inciso I, a vulnerabilidade dos consumidores para tentar estabelecer uma igualdade entre aqueles que estão presentes nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Assim, é possível extrair que a vulnerabilidade definida pelo CDC é um fundamento essencial na proteção dos consumidores expostos nas relações de consumo, já que, além de guiar o ordenamento jurídico voltado para a concretização deste princípio, também é presumida a desigualdade entre as partes.

Relacionado a isso, há diversas espécies de vulnerabilidade que são definidas na doutrina. Para Cavalieri Filho (2022), a vulnerabilidade fática corresponde a uma discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos. Por outro lado, a questão técnica também é abordada como um fator que gera a vulnerabilidade entre os consumidores, em razão de não possuírem condições de acesso a conhecimentos específicos a respeito da cadeia produtiva, já que são os fornecedores que detêm informações referentes aos instrumentos utilizados no processo de produção de bens e serviços. Por fim, a vulnerabilidade jurídica corresponde à falta de informações a respeito dos direitos que pertencem aos consumidores.

Por outro giro, com o advento de novas modalidades contratuais, bem como o respeito às particularidades de cada consumidor, especialmente daqueles que possuem limitações físicas entre outras, surge no cenário brasileiro a hipervulnerabilidade. A decisão do Ministro Herman Benjamin via RECURSO ESPECIAL Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5) indica a real necessidade de proteção daqueles que estão contidos nessa qualidade (BRASIL, 2007, p.23):

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.

Tal premissa extraída desse julgado remonta não somente à proteção ao consumidor vulnerável, mas ao indicativo do que dispõe o texto constitucional a respeito dessa proteção nas relações de consumo. Nota-se que o ordenamento pátrio demonstra a vulnerabilidade como uma condição de presunção absoluta, sem qualquer tipo de restrição, fomentando a assunção de competência para proteção do consumidor, já que no rol de garantias e direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, inciso XXXII, prevê a atuação ativa por parte do Estado em promover legislações nesse sentido. Por fim, ainda que o Estado Brasileiro possua uma premissa pouco intervencionista em determinadas situações, a ordem econômica, vide art. 170 da Constituição Federal, também estabelece um norte para que a sua atuação, além do respeito ao trabalho humano, livre iniciativa e a justiça social, deva ocorrer em respeito à defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Notoriamente, percebe-se a relevância da discussão a respeito do ambiente digital como meio de realização de contratação de bens e serviços. De um lado, uma sociedade em pleno desenvolvimento de práticas consumeristas ligadas à satisfação de realização pessoal com a obtenção de bens e serviços, e de outro um ambiente que ainda está em evolução e que precisa de regulamentação adequada, especialmente para aqueles que estão inseridos na linha da hipervulnerabilidade. Busca-se, portanto, a necessidade de idealizar um meio capaz de atender as finalidades básicas de proteção ao consumidor, especialmente do que dispõe os direitos básicos inerentes às relações de consumo, como o dever informacional, proteção à publicidade enganosa e abusiva, entre outros.

Tais premissas também são reforçadas por Miragem (2021), salientando que o desenvolvimento de novas tecnologias traz à tona o aumento de riscos inerentes a sua atividade, e que o ordenamento pátrio deve estar apto a aplicabilidade de normas já existentes por meio da subsunção, ou que essas sejam devidamente aperfeiçoadas. Por fim, é necessário, que os contratos digitais sejam analisados por uma perspectiva do ordenamento jurídico como um todo, verificando a ocorrência e compatibilidade com o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, bem como os possíveis impactos causados para aqueles que estão na linha da hipervulnerabilidade.

#### **4 HIPERVULNERABILIDADE E A RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Posto isso, quedou-se o poder legislativo na proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis no meio ambiente digital, especialmente no que se refere a uma regulamentação adequada e propícia a promover uma igualdade entre os consumidores e

fornecedores que estão inseridos nesse novo cenário mercadológico. Para tanto, é patente que determinadas normas previstas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor são relativizadas e até mesmo esquecidas nessa modalidade de contratação, sendo necessário verificar quem são aqueles que estão inseridos na linha da hipervulnerabilidade. Portanto, neste capítulo, será profundamente abordada essa temática.

Nesse primeiro quadro, é necessária a verificação a respeito dos idosos que realizam contratos na modalidade eletrônica. Por meio da Lei 10.741 (BRASIL, 2003), publicamente conhecida como Estatuto do Idoso, define-se que todos aqueles com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, serão considerados idosos para fins legislativos e de proteção a este grupo etário. E salienta-se que não se pode atestar a velhice como um sinônimo de enfermidade ou a diminuição de sua autonomia e capacidade de tomar decisões, mas tão somente a uma análise de eventuais prejuízos referente a sua inserção no contexto do meio-ambiente digital.

No mesmo sentido, o próprio estatuto dispõe e reconhece a vulnerabilidade que estão inseridos os idosos, não somente em questões de saúde, mas a uma proteção de forma integral em todas as oportunidades e facilidades que eles estão inseridos. Nas relações de consumo, é possível aferir que a vulnerabilidade, como salienta Miragem e Marques (2012), está relacionada à diminuição ou perda de aptidões físicas ou intelectuais que os tornam mais suscetíveis à redução de sua atuação diante de relações com fornecedores, bem como a práticas abusivas.

Não obstante a isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é consolidada sobre o objeto em questão (BRASIL, 2020, p. 1):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO POR ADESÃO. FALECIMENTO DO TITULAR. DEPENDENTE IDOSA. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO. SÚMULA NORMATIVA 13/ANS. NÃO INCIDÊNCIA. ARTS. 30 E 31 DA LEI 9.656/98. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS PRECEITOS LEGAIS. CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em 27/11/17, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 24/9/19 e atribuído ao gabinete em 17/4/20.
2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a manutenção de dependente em plano de saúde coletivo por adesão, após o falecimento do titular.
3. Há de ser considerado, à luz do disposto na Resolução ANS 195/09, que, diferentemente dos planos privados de assistência à saúde individual ou familiar, que são de 'livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar' (art. 3º), os planos de saúde coletivos são prestados à população delimitada, vinculada à pessoa jurídica, seja esse vínculo 'por relação empregatícia ou estatutária' (art. 5º), como nos contratos empresariais, seja por relação 'de caráter profissional, classista ou setorial' (art. 9º), como nos contratos por adesão.
4. É certo e relevante o fato de que a morte do titular do plano de saúde coletivo implica o rompimento do vínculo havido com a pessoa jurídica, vínculo esse cuja existência o ordenamento impõe como condição para a sua contratação, e essa

circunstância, que não se verifica nos contratos familiares, impede a interpretação extensiva da súmula normativa 13/ANS para aplicá-la aos contratos coletivos.

5. Em se tratando de contratos coletivos por adesão, não há qualquer norma - legal ou administrativa - que regule a situação dos dependentes na hipótese de falecimento do titular; no entanto, seguindo as regras de hermenêutica jurídica, aplicam-se-lhes as regras dos arts. 30 e 31 da lei 9.656/98, relativos aos contratos coletivos empresariais.

6. Na trilha dessa interpretação extensiva dos preceitos legais, conclui-se que, falecendo o titular do plano de saúde coletivo, seja este empresarial ou por adesão, nasce para os dependentes já inscritos o direito de pleitear a sucessão da titularidade, nos termos dos arts. 30 ou 31 da lei 9.656/98, a depender da hipótese, desde que assumam o seu pagamento integral.

**7. E, em se tratando de dependente idoso, a interpretação das referidas normas há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso (lei 10.741/03) e sempre considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável.**

8. Recurso especial conhecido e desprovido, com majoração de honorários. (REsp 1871326/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 1/9/20, DJe 9/9/20)

Outrossim, é possível analisar que a proteção do idoso é um direito constitucional, previsto no artigo 230, o qual determina que é dever da família, da sociedade e do Estado, ampará-los, para que possa ser assegurado a participação na comunidade e que haja a defesa de sua dignidade e bem-estar e a garantia do direito à vida. Nota-se que a participação do Estado na promoção de amparar pessoas idosas não pode ser uma premissa inerte e que deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade como um todo, portanto, há inércia nesse sentido de proteger aqueles que já estão imersos na tecnologia, e consequentemente a deriva de proteção adequada.

Ainda de acordo com a Lei 10.741, em seu Art. 2º, a pessoa idosa gozará de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de forma que lhes sejam asseguradas oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental. (BRASIL, 2003)

Dessarte, em se tratando da participação de pessoas idosas em contratos digitais, é perceptível que há a necessidade de uma maior proteção e fiscalização de como esses contratos são realizados e quais cláusulas estão sendo colocadas, haja vista que pela sua vulnerabilidade eles estão mais suscetíveis a tratamentos abusivos e ilícitos. Essas pessoas, por questões de idade, acabam possuindo maior dificuldade de entender com clareza as ferramentas da internet, motivo esse que leva, por parte dos fornecedores, uma brecha para colocar pessoas idosas em uma posição de inferioridade.

Um exemplo dessa fragilidade que pessoas longevas sofrem é a questão da saúde. Não é uma novidade que, na medida que há um avanço na idade, há também um aumento na quantidade de questões biológicas, tanto físicas, quanto mentais. Assim, surge a necessidade de consumo de medicamentos e a utilização de planos de saúde. Diante disso, existe uma grande quantidade de idosos que se veem na urgência de pagar tais coisas e acabam se

submetendo a contratos bancários abusivos, como empréstimos, sem saber quais são as verdadeiras cláusulas que estão ali contidas, apenas com o intuito de resolver um problema que demanda urgência.

Portanto, entende-se que se tais atos ilícitos acontecem com idosos numa situação presencial, a preocupação com esse grupo de pessoas na utilização de contratos eletrônicos deve ser ainda maior, devido à facilidade de ocultar informações no meio virtual e de induzir o erro, levando em conta que essas pessoas, em grande maioria, não possuem tanta facilidade e costume de lidar com internet e suas mazelas. Ademais, como foi aludido anteriormente, devido à pandemia, a população começou a priorizar o consumo por meios digitais, sendo necessário uma proteção de pessoas idosas para que essas possam usufruir de tal prerrogativa sem que isso ocasione a violação de seus direitos e garantias como consumidores e como seres humanos.

Outro ponto que merece atenção, especialmente no que se refere não à existência de dificuldades do pleno exercício de seus direitos em razão da idade, mas sim a barreiras de compreensão daquilo que lhe estão fornecendo, seja um produto e/ou serviço, bem como a realização de contratos, que são os analfabetos. Conforme o IBGE (2015), por meio de sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, define que pessoa alfabetizada é aquela que consegue escrever um simples bilhete no idioma que conhece.

Em nível comunicação, não há prejuízos para esse grupo, já que consegue entender o que está sendo discutido, reproduzido e conversado. Entretanto, em uma sociedade globalizada e tecnológica, a introdução de máquinas com instruções de uso é um verdadeiro empecilho para aqueles que estão imersos nessas condições. Em síntese, trata-se de uma clara presunção de que não serão capazes de entender o que estão lhe oferecendo, especialmente no que se refere à assinatura de contratos, ainda que, pessoalmente, remonta a ideia de inúmeros prejuízos acarretados por sua condição subjetiva.

Posto isso, é extremamente prejudicial a prática de contratação eletrônica com esse grupo em razão de que não há aparato para auxiliá-lo na promoção de uma igualdade com os fornecedores de produtos e serviços, já que, na maioria das vezes, as informações estão contidas nos anúncios sem qualquer instrumento capaz de respeitar direitos básicos que estão estabelecidos no código de defesa do consumidor, como: (i) Direito à informação e o dever de informar; (ii) proteção contra publicidade enganosa e/ou abusiva; (iii) Proteção contra práticas e cláusulas abusivas. (BRASIL, 1990)

Por fim, as pessoas com deficiência também merecem atenção especial sobre o assunto, possuindo inclusive legislação específica e garantias no tocante às relações de

consumo. Conforme o que dispõe o artigo 2º da Lei 13.146, a definição de pessoa com deficiência é: “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015, p.1). É importante salientar que o CDC estabelece premissas importantes sobre o assunto, a exemplo disso, por meio do art. 6º, Parágrafo Único, é estabelecido que toda e qualquer informação deve estar acessível às pessoas com deficiência.

Dessa forma, observa-se que, nesses grupos, o grau de vulnerabilidade, nos quais estão inseridos nessas plataformas de contratação, especialmente pela ausência de coleta de dados a respeito de suas condições, seja em razão da idade ou por prejuízos em razão da inviabilidade de leitura acerca do que estão fornecendo a eles, é maior. Portanto, com base nessas informações, é possível aferir que esses grupos estão inseridos e enquadrados na espécie de hipervulnerabilidade conforme a interpretação do que dispõe o artigo 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, faz-se necessário a identificação de como é possível a violação de direitos básicos do consumidor.

## **5 INAPLICABILIDADE DE DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES FRENTE À CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA**

Anterior à efetiva análise acerca dos principais pontos controvertidos e que são afastados na modalidade de contratação eletrônica, faz-se necessário o respeito primeiramente à função social do contrato que está prevista no art. 421 do Código Civil, o qual estabelece que: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002, p. 33)

Khouri (2021) explica que o contrato cumpre uma determinada função social. O autor entende que o contrato por si só já cumpre uma função social, promovendo uma possibilidade de atender as necessidades humanas para que se tenha acesso a bens e serviços fundamentais com o intuito de pleno desenvolvimento na sociedade. Essas premissas são confirmadas também por Gonçalves (2012), o qual estipula que a função social do contrato é um aparato para promover uma justiça comutativa, atraindo para os contraentes um plano que é capaz de nivelar as desigualdades substanciais.

Portanto, não basta que a contratação eletrônica seja um instrumento capaz de diminuir a tendência de deslocamento e diminuição de custos, mas também que seja capaz de atender à função social do contrato, nivelando a relação com os consumidores de acordo com suas especificidades, a fim de atender não somente à demanda consumeristas, mas ao pleno

respeito no que se refere a direitos fundamentais e necessários para a concretização de determinadas limitações.

Nesse viés, é oportuno a efetiva análise dos direitos básicos dos consumidores nessa nova modalidade de contratação. De primeira mão, é necessário verificar a respeito da prestação de produtos e serviços garantidos a pessoas com deficiência que está previsto como um direito básico do consumidor no art. 6º, Parágrafo Único<sup>5</sup>. É importante frisar que é essencial a atribuição de uma interpretação adequada do referido dispositivo, em função da possibilidade de limitar pessoas com deficiência ao sentido apenas da visão. (BRASIL, 1990)

Nessa senda, como salientado anteriormente, há um conceito amplo de pessoas com deficiência que não se delimita apenas a questões físicas ou mentais, mas também a um conjunto de empecilhos que sejam capazes de criar barreiras que obstruem a sua participação em pé de igualdade de condições com outras pessoas. Portanto, trata-se de um dispositivo fundamental para a proteção desse grupo. Sua efetiva violação ocorre quando em diversos *sites* de contratação na modalidade eletrônica possuem apenas o registro de informações essenciais para a realização da compra como endereço, nome, e-mail, etc.

Oportuno destacar, então, que não há qualquer sinalização do preenchimento dentro desses registros a respeito da necessidade de um atendimento especializado em função das limitações impostas em razão da deficiência dos consumidores. Isso possibilita, dentro do mercado de consumo, graves violações no que diz respeito ao acesso de informações fundamentais acerca do produto ou serviço que estão contratando, bem como o próprio contrato eletrônico que dispõe na modalidade de adesão, podendo existir cláusulas abusivas que sejam extremamente prejudiciais ao consumidor.

É oportuno destacar que, por meio da Lei 10.098 (BRASIL, 2000) assegura-se que pessoas com deficiência visual possuem o direito de receber cartões de crédito e de movimentação de contas bancárias com informações vertidas de identificação tátil em braille. É um avanço significativo no que se refere ao respeito do direito de informação para o grupo, porém, no campo eletrônico, está bem distante para um acesso adequado e que possibilite uma maior inclusão.

Nesse mesmo sentido, o raciocínio ligado às pessoas com deficiência também se aplica aos analfabetos e aos idosos. Ora, o dever informacional deve ser promovido de forma ampla, das mais diversas maneiras e que sejam adaptáveis aos consumidores que estão

---

<sup>5</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do **caput** deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

inseridos no cenário mercadológico. Isso posto, a contratação eletrônica para esse grupo deve ser clara e objetiva no tocante às regras contratuais, promovendo-as por meio de instrumentos capazes de atribuir a esse consumidor os seus direitos no que se refere ao bem ou serviço que está adquirindo, suas especificidades, modo de utilização e de proteção à saúde e a segurança.

Ainda nesse ponto, é indubitável a necessidade do cumprimento do que determina a Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015), estabelecendo por meio de seu artigo 9º o atendimento prioritário a pessoas com deficiência que possibilite uma finalidade adequada em diversos pontos. Um dos exemplos está previsto no inciso III a respeito da disponibilização de recursos humanos e tecnológicos capazes de garantir uma igualdade de condições com as demais pessoas. Ora, é óbvio que em boa parte dos sítios eletrônicos não disponibiliza qualquer tipo de acesso que seja adequado não somente para pessoas com deficiência, mas também para outros grupos que possuem limitações.

É importante também destacar a necessidade de informações claras e acessíveis, pelas quais seja possível que o consumidor entenda quais são todas as cláusulas e regulamentações previstas no contrato, que, em muitas vezes, acabam passando despercebidas no meio da grande quantidade de informações apresentadas. Uma dessas informações que muitas vezes é negligenciada pelo fornecedor é quanto à política de proteção de dados. Sabe-se que a utilização de dados fornecidos na hora da contratação eletrônica é fundamental ao esclarecimento no que se refere a utilização e o tratamento de dados pessoais.

## **6 POLÍTICA DE PROTEÇÃO DE DADOS E SEUS IMPACTOS NOS CONSUMIDORES**

Ao traçar caminhos para o entendimento acerca do tratamento e utilização de dados pessoais no Brasil, é importante destacar como a Lei Geral de Proteção de Dados define o que são dados pessoais. Seu conceito está previsto no art. 5º, I da respectiva lei, revelando-se como um vínculo objetivo relacionado a uma pessoa natural identificada ou identificável, como rg, cpf, carteira de habilitação entre outros.

Entretanto, há uma categoria específica de dados previstos na lei que é amplamente conhecida como dados sensíveis. Doneda (2019) revela a importância acerca dessa categoria, já que, diante de determinados dados, submetidos a tratamento, possui um viés com potencial utilização para fins discriminatórios ou até mesmo lesivos à pessoa humana, como informações a respeito da raça, credor político, orientação sexual, questões médicas, entre outros.

O referido autor, ainda salienta que mesmo os dados não considerados sensíveis estão sujeitos a utilização discriminatória, afirmando que não se trata do dado em si que é perigoso, mas a forma a qual ele é utilizado para o tratamento. Entretanto, a política de criação dessa subcategoria referente a dados sensíveis, é essencial justamente por possuir uma probabilidade maior de desvio para um caráter ilícito do tratamento de dados.

Por sinal, acertou o legislador sobre esse ponto. Uma recente reportagem publicada pelo Correio Braziliense (2022), revelou que uma rede de farmácia enviou para um consumidor torpedos com mensagens de cunho discriminatório, chamando-o de "Gaylileu" para promover ofertas de produtos. Assim, é evidente que a política de proteção de dados sensíveis é fundamental para a proteção da dignidade humana, assim uma garantia à privacidade de todo e qualquer cidadão.

Para que todo esse aglomerado de dados possuam uma determinada finalidade, é necessária a utilização de algoritmos e de um banco de dados. No primeiro ponto, a atuação de algoritmos é fundamental para determinar como serão organizados esses dados, para qual finalidade serão utilizados entre outras tarefas embutidas na sua programação. Assim, Mendes, Mattuzzo e Fujimoto (2021) definem que o algoritmo é um mecanismo o qual é destinado a produção de uma fórmula para atingir um determinado objetivo.

Entretanto, não basta a mera programação e destinação de uma determinada finalidade, é necessária a atuação ativa de um banco de dados que fará a reunião de todas essas informações. Logo, trata-se de um grande aglomerado de armazenamento de dados acerca de diversas pessoas, que podem ser manipulados para uma determinada finalidade, já que neles estão inseridas informações das mais simples e até as que envolvem uma questão íntima intrinsecamente ligada aos dados sensíveis.

Desse modo, é crucial que haja uma observância do Art 43, § 6º do CDC, o qual prevê que o consumidor terá acesso a informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas fontes de formato acessível, de maneira que qualquer dado fornecido pelo consumidor seja informado de modo claro e conciso em como serão utilizados, fazendo com que tais informações sejam acessíveis a todas as pessoas. (BRASIL, 1990).

Posto isso, é notório que a utilização em massa dessas informações contribui para a formação de determinados nichos voltados para consumidores. Isso pode ser facilmente notado quando há pesquisas dentro de *sites* de compras, em que a mera busca por um produto, fomenta a reprodução de publicidade e anúncios voltados sobre o que se estava buscando, alimentando a necessidade do consumidor em adquirir aquele produto.

Mendes (2014) reforça essa ideia, tratando o assunto como um modelo flexível de economia por meio de uma customização, estabelecendo a produção de bens e serviços de acordo com a variedade de diferentes segmentos de consumidores. Dessa forma, estabelece que isso reforça a criação de nichos distintos de consumidores, e que isso somente é possível pela coleta de informações dos consumidores, estabelecendo padrões por seus hábitos e comportamentos na realização de compras.

Nessa linha de raciocínio, Doneda (2019) estabelece uma modalidade de tratamento de dados pessoais conhecida como “profiling”. Trata-se de elaboração de perfis de comportamento com base em informações coletadas, sintetizando a vida de um determinado indivíduo com base nas suas escolhas e preferências variadas, traçando comportamentos futuros destinados a determinados grupos, especialmente no mercado de consumo. Ainda para o autor, isso reflete diretamente esfera de liberdade em função do potencial diminuição de escolha dos indivíduos que estão suscetíveis a esse comportamento.

Sobre essa coleta frequente de dados, um artigo publicado no New York Times (2012) revelou uma ampla ação promovida por uma grande empresa nos Estados Unidos, conhecida como Target. Um dos principais objetivos da empresa era reunir uma larga quantidade de dados pessoais de seus consumidores e promover, por meio de técnicas de aprendizado de máquinas e de big data, a criação de perfis para objetivar publicidade especificada para cada grupo.

Com base nisso, identificou-se que clientes gestantes realizavam inúmeras compras relacionadas a itens alimentares, como vitaminas, bem como a compra de sabonetes e de cremes sem nenhum tipo de fragrância, anteriores à realização do enxoval. Assim, possuindo tais informações, a empresa começou a direcionar cupons de descontos, folhetos entre outros itens relacionados à gravidez para inúmeras clientes que estavam se encaixando na classificação realizada pela empresa.

Além dessa grande violação de privacidade e o desrespeito a autonomia do consumidor, um fato merece atenção. Durante esse embalo de publicidade, um pai de uma adolescente ficou furioso com o fato de sua filha estar recebendo justamente produtos relacionados à gestação, considerando que isso seria um incentivo para que ela engravidasse. A empresa entrou em contato com ele, alegando que iria retirá-la do sistema de ações de marketing, entretanto, após entrar em contato, novamente para formalizar o pedido de desculpas, houve uma reviravolta no caso e que, segundo o pai, a filha realmente estava grávida. (DUHIGG, 2012)

Posto isso, como bem salienta Borges e Lunardi (2019) a utilização destas tecnologias apresentadas, por meio do fornecimento de dados pelos próprios consumidores, representam uma série de riscos informatizados, passíveis de serem alvos de publicidade direcionada e padrões de consumo, diminuindo a sua liberdade de escolha.

Outrossim, Verbicaro e Vieira (2021) estabelecem que os negócios jurídicos envolvendo dados pessoais, são, em tese, gratuitos, contraindo a ideia tradicional de uma contraprestação pecuniária direta. Todavia, recai sobre o consumidor justamente o peso da publicidade direcionada, já que, nessa modalidade de economia de dados, o consumidor vira mercadoria em razão do fornecimento de seus próprios dados aos fornecedores.

Ainda para os autores, surge no cenário em função da prática de captação de dados, uma nova modalidade de vulnerabilidade, amplamente conhecida como vulnerabilidade algorítmica, em função da captação e tratamento de dados dos consumidores por meio da utilização de inteligência artificial que violam diretamente a sua liberdade de escolha, privacidade e a intimidade dos consumidores, como ocorreu na empresa Target.

Sob esse prisma, nota-se que esse conjunto de tecnologias utilizadas pelos fornecedores em sítios *online*, remonta a uma série de problemáticas envolvendo o cerceamento e mitigação da escolha do consumidor. Um desses problemas é justamente a utilização de publicidade direcionada, estabelecida por Verbicaro e Vieira (2021) como a racionalidade algorítmica que objetiva a exploração irracional e a compulsão do consumidor. Assim, salientam os respectivos autores que os consumidores estão expostos a práticas predatórias de marketing que influenciam diretamente na escolha do consumidor.

Nesse cenário, o assédio de consumo se torna cada vez mais frequente, conceituado por Verbicaro e Vieira (2021) como uma modalidade que possui a finalidade de convencer o consumidor, por meio de uma sugestão, a adquirir um produto ou uma marca, e que, em uma eventual escolha diversa daquela que lhe está sendo oferecida, terá como consequência o seu isolamento social. Tais práticas refletem diretamente em uma compulsão de consumo como salienta Verbicaro e Motta (2017), refletindo que a compra de produtos e serviços não é para atingir uma determinada finalidade básica, como uma camiseta confortável, mas tão somente pela idealização de desejo que o consumidor reproduz naquele objeto.

Nesse viés, o fato de os consumidores estarem expostos ao marketing excessivamente remonta a ideia de um vínculo duradouro com o fornecedor. Isso porque, como bem estabelecem Verbicaro e Calandrini (2022), há dois institutos fundamentais para a reprodução de um verdadeiro assédio de consumo. O primeiro, é conhecido como marketing *online*, que ocorre justamente quando o consumidor realiza suas compras e associa um *e-mail* ao seu

cadastro, recebendo um direcionamento de conteúdos e promoções com base em suas compras.

Por outro lado, há também o marketing comportamental que funciona pela utilização de Inteligência Artificial, que reconhece os hábitos dos consumidores por meio dos *cookies* de navegadores, realizando a criação de perfis com base nas informações coletadas desses consumidores. Assim, com essas informações em mãos, há o direcionamento de publicidades em sítios *online* com base nas preferências ou pesquisas de produtos e serviços por parte dos consumidores.

Além disso, as polêmicas apresentadas giram em torno justamente da necessidade de um consentimento válido para o tratamento de dados pessoais. Doneda (2019) estabelece que se trata de um instituto jurídico que é atribuído à pessoa com a possibilidade de alterar a sua própria esfera jurídica, expressando a sua vontade no tratamento de seus dados. Esse consentimento é plenamente exposto de diversos modos, seja pela política de privacidade ou até mesmo pelo termo de licença de produto, como veremos em frente.

Ocorre que tais objetos estão expostos aos consumidores exaustivamente, com diversas páginas e documentos, que não esclarecem de forma clara, precisa e não destacam como serão utilizados e tratados os dados pessoais daqueles consumidores que porventura concordem com os termos apresentados, seja pela utilização de um determinado produto ou pela navegação de um *site*.

Por fim, é necessário salientar que não basta alocar a responsabilidade apenas para o legislativo e para o consumidor. A atuação por parte das instituições de fiscalização é fundamental para apreciação de determinadas condutas realizadas especialmente por grandes empresas.

O Ministério Público Federal, por exemplo, ingressou com uma Ação Civil Pública - 5009507-78.2018.4.03.6100<sup>6</sup> contra a Microsoft por realizar a coleta de dados de seus consumidores sem esclarecer de forma precisa e expressa como seriam utilizados e destinados a tratamento. Segundo a peça vestibular, a empresa somente se limitou à instalação mais simples de seus *softwares*, sem destinar ao consumidor um tempo hábil para leitura dos termos de política de proteção de dados.

Segundo o relatório produzido pelo órgão técnico do *parquet*, é possível a desativação de coleta de dados, mas se trata de uma tarefa complexa e trabalhosa, e que a maioria dos usuários não possui familiaridade em utilizar esses serviços, dificultando a inviabilidade do

---

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2018/2018-05-07-microsoft.pdf>

fornecimento de dados para a empresa. Por fim, nesse ponto, a perícia técnica apontou que, apesar de a Microsoft informar a respeito da existência de coleta de dados dos usuários, a referida informação tão somente constava em dois documentos que, normalmente, não são acessados pelos usuários.

Desse modo, observa-se que os consumidores mais adeptos e com facilidade de acesso à informação, à leitura e à compreensão dos termos que estão presentes nessas tecnologias estão suscetíveis a diversas modalidades de violação como: (i) publicidade direcionada; (ii) marketing comportamental; (iii) violação de privacidade e cerceamento da liberdade de escolha. Remonta-se então a ideia de que aqueles que estão na linha da hipervulnerabilidade estão cada vez mais passíveis dos perigos oriundos da utilização de inteligência artificial e de outros mecanismos capazes de torná-los alvos fáceis dos impactos causados no cenário eletrônico pela captação de seus dados pessoais.

Portanto, deve-se resguardar a aplicação do que dispõe o art. 6, inciso VI, da Lei 13.709/2015, as atividades de tratamento de dados pessoais devem respeitar o princípio da transparência, por meio do qual é garantido, aos titulares desses dados, informações claras e precisas, de forma que tenham um fácil acesso sobre como serão utilizados e quais os seus respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. (BRASIL, 2015)

Dessa forma, para que consumidores em situação de hipervulnerabilidade, como idosos, pessoas com deficiência e analfabetos, tenham acesso a tais informações é fundamental que se desenvolva uma política de proteção mais incisiva capaz de readequar o que dispõe as normas de regulamentação que já estão em vigor para a nova realidade de contratação.

Correlaciona-se, portanto, a necessidade da construção de sítios *online* de mecanismos que vão além de um mero *click* a respeito da política de proteção de dados, especificando e sendo claros no que diz respeito à utilização e ao tratamento de dados pessoais de consumidores, fortalecendo a interdisciplinaridade entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Tal medida é necessária para que o consentimento realizado pelo consumidor seja válido em relação à utilização de seus dados, especialmente aqueles que estão inseridos na linha da hipervulnerabilidade, já que, por conta de circunstâncias de cunho pessoal, sejam essas questões como a idade, dificuldade de leitura, entre outros, estão mais suscetíveis ao tratamento com desvio de finalidade do que dispõe a lei, seja por meio da publicidade direcionada ou até mesmo para fins discriminatórios em razão da coleta de dados sensíveis

## 5 CONCLUSÃO

Posto isso, é notório que o avanço mercadológico por meio da tecnologia está cada vez mais presente no cotidiano da sociedade, ocorrendo a efetiva transnacionalidade entre fornecedores e consumidores no Brasil. Todavia, como demonstrado, esse cenário se tornou cada vez mais crescente após a pandemia de COVID-19, fazendo com que boa parte da população se adequasse à nova realidade imposta pelas autoridades sanitárias, estabelecendo um aumento quantitativo no referente à contratação eletrônica.

Entretanto, essa anomalia social em compras *online* fomentou-se uma rapidez superior ao passo que o Direito não conseguiu acompanhar as mudanças de acordo com a legislação vigente, fazendo com que a modalidade de contratação eletrônica se tornasse um vetor para o agravamento da hipervulnerabilidade daqueles que estão inseridos nesta linha de proteção estabelecidas em diversas leis espalhadas pelo país, como o código de defesa do consumidor, estatuto da pessoa com deficiência entre outros.

Todavia, em função disso, é patente que a cenário legislativo atual está desatualizado em razão dos avanços tecnológico e mercadológicos que estão em vigência, fazendo com que haja a efetiva necessidade de produção de normas que sejam capazes de adequar a esta nova realidade, promovendo uma maior proteção e inclusão daqueles que porventura venham a se relacionar no mercado consumerista. Outro assim, é necessário a participação ativa das instituições de controle para investigação se as companhias que realizam o tratamento de dados pessoais estão respeitando o que dispõe o cenário normativo brasileiro sobre o assunto.

Portanto, é necessário a construção de caminhos legislativos que promovam a adaptação a essa nova modalidade de contratação, estabelecendo diretrizes que estejam compatíveis no que tange à legislação protetiva a pessoas com deficiência, a analfabetos e a outros que estejam em condições de desigualdade em razão de sua vulnerabilidade.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992132/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992132/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4). Acesso em: 03 set. 2022.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 set. 2022

Brasil. Decreto N° 7.962 de 15 de março de 2015. **Regulamenta a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm). Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. **Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.** Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10098.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm) Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados.**

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. Lei n° 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso: 07 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 17 de Abril de 2007. Diário da Justiça, Brasília-DF, 19 de Março de 2009. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200301612085&dt\\_publicacao=19/03/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009). Acesso em: 10 de setembro 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.871.326. Recorrente: Unimed Nordeste Rs Sociedade Coop De Serv Médicos LTDA. Recorrido: Nayr Marasca Coppi. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, de Abril de 2007. Diário da Justiça, Brasília-DF, 01 de Setembro de 2020. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202000035781&dt\\_publicacao=09/09/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000035781&dt_publicacao=09/09/2020). Acesso em: 10 de setembro 2018.

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 07 nov. 2022.

BOAS, Marco Antonio Vilas. **Estatuto do idoso comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6510-5/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/48/1:66\[.%20E2%80%93%2C%20Ri\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6510-5/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/48/1:66[.%20E2%80%93%2C%20Ri]). Acesso em: 08 nov. 2022.

BORGES, Gustavo Silveira; LUNARDI, Henrique Lapa. A relação de consumo e a inteligência artificial: reflexões acerca da vulnerabilidade do consumidor. In: CONPEDI, 28., 2019, Belém. **Direito, governança e novas tecnologias.** Belém: Conpedi, 2019. p. 125-144. Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/048p2018/z54tvw1x/761n252zHAI4A7CR.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital.

**Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 22, p. 179-209, maio 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/211758>. Acesso em: 21 set.2022

CORTEZ, Tereza Rebeca Pinto. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca do rol não taxativo do inciso iv, artigo 39, do código de defesa do consumidor. **Fides**, Natal, v. 11, n. 1, p. 148-168, jan. 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/458/472>. Acesso em: 27 out. 2022.

COSTA, Mariana. **Com pandemia, vendas pela internet crescem 27% e atingem R\$ 161 bi em 2021**. 2022. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2022/02/02/internas\\_economia,1342064/com-pandemia-vendas-pela-internet-crescem-27-e-atingem-r-161-bi-em-2021.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2022/02/02/internas_economia,1342064/com-pandemia-vendas-pela-internet-crescem-27-e-atingem-r-161-bi-em-2021.shtml). Acesso em: 22 set. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais**: fundamentos da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

DUHIGG, Charles. **How Companies Learn Your Secrets**. 2012. Disponível em: [https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=1&\\_r=1&hp](https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=1&_r=1&hp). Acesso em: 18 nov. 2022.

EFING, Antonio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, n. 27, p. 149-165, jan. 2018.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. O código de defesa do consumidor e a (hiper) vulnerabilidade da pessoa com deficiência. **Revista Jurisfib**, Bauru, v. 15, n. 15, p. 177-191, dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/474/419>. Acesso em: 27 out. 2022.

FERNANDES, Divalva. **1 em cada 4 brasileiros querem manter compras online diárias após a pandemia**. 2021. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/brasileiros-compras-online-coronavirus>. Acesso em: 22 set. 2022.

FILHO, Sergio C. **Programa de Direito do Consumidor**, São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. 9786559772766. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/>. Acesso em: 03 set. 2022.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais 9. Ed. Pg. 22— São Paulo: Saraiva, 2012.

KHOURI, Paulo R. Roque A.. **Direito do Consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026443/>. Acesso em: 07 nov. 2022.

KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade Patrimonial E Vulnerabilidade Existencial**: por um sistema diferenciador. 2015. Disponível em: [https://www.academia.edu/26776619/Vulnerabilidade\\_patrimonial\\_e\\_vulnerabilidade\\_existencial\\_por\\_um\\_sistema\\_diferenciador](https://www.academia.edu/26776619/Vulnerabilidade_patrimonial_e_vulnerabilidade_existencial_por_um_sistema_diferenciador). Acesso em: 04 set. 2022.

LUZ, Lucas Daniel Ribeiro da. **A Vulnerabilidade do Consumidor nos Contratos Eletrônicos e às Lacunas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2020. 42 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unifacvest, Lages, 2020. Disponível em <https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/12b3e-luz,-lucas-daniel-ribeiro.-a-vulnerabilidade-do-consumidor-nos-contratos-eletronicos-e-as-lacunas-do-ordenamento-juridico.-lages,-unifacvest,-2020..pdf> . Acesso em: 03 set. 2022.

MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga, v. 3, n. 2, p. 421-440, jul. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3745>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Thays. **'Gaylileu': publicitário recebe indenização de farmácia por homofobia**. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/05/5007593-gaylileu-publicitario-recebe-indenizacao-de-farmacia-por-homofobia.html>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MENDES, Laura Schertel; MATTUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Monica Temy. **Discriminação algorítmica à luz da lei geral de proteção de dados**. In: DONEDA, Danilo et al (Coords.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio Janeiro: Forense, 2021. p.421–446.

MENDES, Laura S. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

RIO DE JANEIRO, Instituto brasileiro de Geografia e Pesquisa - IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílio: síntese de indicadores 2015**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>. Acesso em: 03 set. 2022.

RODRIGUES, Patricia Mattos Amato. Direito à informação: garantia dos consumidores idosos contra as campanhas publicitárias abusivas e enganosas. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, Viços, v. 23, n. 2, p. 1-13, dez. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/oikos/article/view/3668>. Acesso em: 08 nov. 2022.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” como desafio do consumidor idoso no mercado de consumo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas**, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 94-111, jan. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11958/7573>. Acesso em: 27 out. 2022

SUZART, Ana Clara. **Os Direitos do Consumidor com Deficiência**. 2019. Disponível em: <https://anaclarasuzart.com.br/os-direitos-do-consumidor-com-deficiencia/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo :Editora Saraiva, 2022. E-book. 9788553607532. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532/>. Acesso em: 03 set. 2022.

VERBICARO, Dennis; CALANDRINI, Jorge. Nudges na proteção de dados pessoais no ciberespaço: um empurrão para incentivar decisões racionais dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 142, p. 185 - 214, jul. 2022. Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/362680745\\_NUDGES\\_NA\\_PROTECAO\\_DE\\_DADOS\\_PESSOAIS\\_NO\\_CIBERESPACO\\_UM\\_EMPURRAO\\_PARA\\_INCENTIVAR\\_DECISoes\\_RACIONAIS\\_DOS\\_CONSUMIDORES](https://www.researchgate.net/publication/362680745_NUDGES_NA_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_NO_CIBERESPACO_UM_EMPURRAO_PARA_INCENTIVAR_DECISoes_RACIONAIS_DOS_CONSUMIDORES). Acesso em: 22 nov. 2022.

VERBICARO, Dennis; MARTINS, Ana Paula Pereira. A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no Brasil e a nova dimensão da privacidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 116, n. 116, p. 369-391, mar. 2018. Disponível em  
[https://www.researchgate.net/publication/325022246\\_ARTIGO-RDC116-A\\_CONTRATACAO\\_ELETRONICA\\_DE\\_APLICATIVOS\\_VIRTUAIS\\_NO\\_BRASIL\\_E\\_A\\_NOVA\\_DIMENSAO\\_DA\\_PRIVACIDADE\\_DO\\_CONSUMIDOR](https://www.researchgate.net/publication/325022246_ARTIGO-RDC116-A_CONTRATACAO_ELETRONICA_DE_APLICATIVOS_VIRTUAIS_NO_BRASIL_E_A_NOVA_DIMENSAO_DA_PRIVACIDADE_DO_CONSUMIDOR) . Acesso em: 03 set. 2022.

VERBICARO, Dennis; MOTTA, Caio Gabriel da Silva. A compulsão de consumo transformada em vício: um dialogo necessário entre Bauman e Lipovestky **Direito Ufms**, Campo Grande, v. 3, n. 2, p. 281-297, jul. 2017. Disponível em  
<https://doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5148> . Acesso em: 03 set. 2022.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAIDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico psicológica do assédio de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 119, n. 27, p. 350-384, set. 2018 Disponível em  
[https://www.researchgate.net/publication/341990473\\_DESVENDANDO\\_A\\_VULNERABILIDADE\\_COMPORAMENTAL\\_DO\\_CONSUMIDOR\\_UMA\\_ANALISE\\_JURIDICO-PSICOLOGICA\\_DO\\_ASSEDIO\\_DE\\_CONSUMO](https://www.researchgate.net/publication/341990473_DESVENDANDO_A_VULNERABILIDADE_COMPORAMENTAL_DO_CONSUMIDOR_UMA_ANALISE_JURIDICO-PSICOLOGICA_DO_ASSEDIO_DE_CONSUMO) . Acesso em: 03 set. 2022.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 134, p. 195-226, mar. 2021. Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/351102783\\_A\\_NOVA\\_DIMENSAO\\_DA\\_PROTECAO\\_DO\\_CONSUMIDOR\\_DIGITAL\\_DIANTE\\_DO\\_ACESSO\\_A\\_DADOS\\_PESSOAIS\\_NO\\_CIBERESPACO](https://www.researchgate.net/publication/351102783_A_NOVA_DIMENSAO_DA_PROTECAO_DO_CONSUMIDOR_DIGITAL_DIANTE_DO_ACESSO_A_DADOS_PESSOAIS_NO_CIBERESPACO). Acesso em: 22 nov. 2022.

# DIREITO À DESCONEXÃO: UMA ANÁLISE DA INDÚSTRIA 4.0 E SUAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E OS IMPACTOS DO TELETRABALHO NAS HORAS DE LABOR

RIGHT TO DISCONNECT: AN ANALYSIS OF INDUSTRY 4.0 AND THE  
DISRUPTIVES TECHNOLOGIES AND THE IMPACTS OF TELECOMMUTING IN THE  
WORK HOURS

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	15/12/2022

Emília de Fátima da Silva Farinha Pereira<sup>1</sup>  
Rosa Benevides Gomes Aguiar<sup>2</sup>  
Emylle Medrado Coutinho<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo busca compreender o teletrabalho na sociedade pós Quarta Revolução Industrial e as influências que as novas tecnologias trazidas pela Indústria 4.0 provocam na jornada de trabalho, compreendendo no estudo a evolução desta modalidade de atividade laboral, dissolução do local de trabalho e a necessidade de um novo direito fundamental do trabalhador que o garanta qualidade de vida e propicie a dissociação entre o homem social e o homem trabalhador dentro do espaço virtual. Assim, o presente trabalho faz uma análise intrínseca das diversas lacunas da legislação brasileira, avaliando a incapacidade do atual regime de abrigar todas as modalidades de trabalho. Ademais, apresenta a necessidade de um novo direito fundamental laboral: o direito à desconexão, uma vez que as novas tecnologias apresentam novos deveres a serem cumpridos pelos trabalhadores modernos.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; indústria 4.0; teletrabalho; tecnologias disruptivas; direito à desconexão.

## ABSTRACT

---

The present article aims to comprehend telecommuting in the society post Fourth Industrial Revolution and the influences of the new technologies brought by the Industry 4.0 induces in the work hours, considering the evolution of this way of working, the dissolution of works physical place and the need of a new fundamental right of the worker, that assecures them

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (1989). Mestrado em Direito pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Atualmente é presidente da comissão do exame da ordem - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Pará, professora adjunta da FACULDADE ESTÁCIO DO PARÁ, FAP, professor do Centro Universitário do Estado do Pará e coord. adjunta núcleo de prática jurídica npj do Centro Universitário do Estado do Pará

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

quality of life and the dissociation to the social man from the worker man inside the virtual space. Thereby, the present article does an intrinsic analysis of the multiple loopholes in brazilian legislation, assessing the disability of the current system to support every work type. Furthermore, reports the needy of a new fundamental labor right: the right to disconnection, since the new technologies set forth new commitments to be fulfilled by the modern workers.

**Keywords:** Labor Law; industry 4.0; disruptives technologies; telecommuting; right to disconnection.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da Revolução Tecnológica e a instauração da Indústria 4.0, a sociedade ganhou novos arranjos de relações interpessoais, sendo a relação de trabalho uma das maiores beneficiadas pela automação e informatização da comunicação. Uma vez trazendo consigo novas modalidades de trabalho, é fático que as normas de antigos ordenamentos jurídicos se tornaram obsoletas e inaplicáveis a estes, sendo necessário uma reformulação da estrutura tradicional do modelo de trabalho, é neste cenário que surge a figura do Teletrabalho, resultado das novas tecnologias disruptivas da Indústria 4.0 e trazendo consigo um novo e necessário direito fundamental trabalhista: o Direito à Desconexão.

O teletrabalho apresentou uma forma dinâmica de empregadores e empregados se relacionarem, flexibilizando antigas convenções e conceitos no que diz respeito à local e jornada de trabalho. Nestes termos, de maneira inovadora, a Indústria 4.0, dentre todas as novas tecnologias como a Internet das Coisas, apresenta a possibilidade e a facilidade de e o exercer atividades laborais onde quer que o trabalhador se encontre, apresentando uma contraposição ao deslocamento casa-trabalho.

Entretanto, a migração do trabalhador do espaço físico para o espaço virtual proporcionou um estado de hiperconectividade deste, e se antes de tal feito, já haviam duras críticas quanto a dificuldade no que concerne aos direitos do homem físico e do homem digital, tão logo, o Direito do Trabalho se vê na missão de desvincular o homem digital social do homem digital trabalhador, um duro encargo, pode-se dizer, uma vez que apesar da Indústria 4.0 estar amplamente difundida no seio da sociedade contemporânea e seus avanços cada vez mais presentes no cotidiano, o direito no espaço digital ainda é uma imensa descoberta e uma experiência de erros e acertos ao redor do mundo inteiro.

Ademais, a Indústria 4.0 apresenta um novo ritmo de produção, um ritmo intenso, ininterrupto e marcado, principalmente, pela urgência, produtividade e competitividade, que reflete nas relações de trabalho, assim, o trabalhador passa a ser coagido a adequar-se a um modelo quase que robótico, uma vez que se não o fizer, corre o risco de ser eliminado e

substituído por aquele que o faça com agilidade e competência, seja o substituto homem ou máquina.

As tecnologias disruptivas, que romperam com antigos conceitos de trabalho e comunicação, surgiram no mercado para substituir velhos processos e serviços, buscando a otimização destes, dessa forma, é fático que tais tecnologias apresentaram um novo mundo ao indivíduo, que passou a ser uma extensão do mundo físico tal qual uma realidade espelhada. Assim o trabalhador contemporâneo encontra-se num estado de hiperconectividade, uma vez que substituiu sua realidade para o mundo virtual, ali passa a maior parte do seu dia, para realizar tanto atividades laborais, quanto atividades sociais. Nesse espectro, analisando a legislação trabalhista vigente em contrapartida com as novas tecnologias e novas modalidades de trabalho apresentadas por estas, é necessário que haja o questionamento: De que forma o teletrabalho pode coexistir de maneira harmônica com o direito à desconexão em face às novas tecnologias disruptivas que apresentam um cenário totalmente novo do Direito do Trabalho?

Dessa forma, para a elaboração da pesquisa em questão, utilizou-se o método dedutivo, a partir da realização de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, em livros, periódicos e artigos científicos que abordam o tema. (MARCONI; LAKATOS, 2022)

O presente estudo está estruturado em 5 itens, sendo o primeiro a introdução. O segundo item voltado para o debate da evolução do teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro item trata da fragilidade das relações de trabalho em face do advento das tecnologias disruptivas. O quarto item destaca a jornada excessiva de trabalho e o direito ao descanso e o direito ao pagamento de horas extras. O quinto e último item apresenta as considerações finais da presente pesquisa.

## **2 A EVOLUÇÃO DO TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A princípio, o teletrabalho configura-se pela flexibilidade da presença do colaborador no local físico do trabalho, podendo realizar as atividades em locais fora das dependências da empresa, e assim longe da supervisão do empregador, sendo a produtividade medida por metas e não jornada de trabalho, disposto no artigo 75-B da CLT. Sendo a doutrina pacífica quanto ao tópico (GARCIA, 2020, p. 239), *vide*:

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do

empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a internet.

Enquanto o trabalho em domicílio é mais comum em atividades manuais, o teletrabalho, normalmente, é desenvolvido em diversas atividades que exigem conhecimentos mais especializados, como auditoria, gestão de recursos, tradução, jornalismo e digitação.

Assim, o doutrinador nos apresenta um diferencial do teletrabalho, que em nada confunde-se com o trabalho em domicílio, uma vez que, o teletrabalho tem por finalidade a possibilidade de desenvolver a atividade laboral de qualquer lugar, excluindo-se todo e qualquer limite de barreira física, não podendo ser reduzido meramente a um *home office*.

Ao analisar o fenômeno do teletrabalho sobre esse espectro, é natural afirmar que trata-se de um experimento social, e natural, da qual a tendência é seu crescimento exponencial, à medida que o progresso do alcance da internet são cada vez mais animadores, da mesma forma que as tecnologias disruptivas apresentam novas e eficientes formas de trabalho que dispensam a estrutura física para sua realização.

Apesar das discussões acerca dessa modalidade da relação de trabalho serem consideravelmente exploradas, o teletrabalho no âmbito jurídico brasileiro tem duas grandes fases, as eras pré e pós pandêmica, dado que a crise sanitária de 2020 foi, sem dúvidas, um dos maiores catalisadores para propagação deste modelo de exercício da atividade laboral, assim, com a alta adesão de tal modelo em razão da pandemia da COVID-19, essa modalidade trabalho ganhou um capítulo inteiro apenas para sua regulação, dispostos nos artigos 75-A a 75-E da CLT, uma vez que o cenário de necessidades imperiosas forçou a flexibilização e o dinamismo das relações trabalhistas.

Contudo isso não significa que tal funcionário tenha menos trabalho, pois como podemos observar ao longo do tempo o que aconteceu na realidade é a grande disponibilidade que o funcionário tem a oferecer para seu empregador, realizando trabalhos fora de hora, sem se quer obter direitos a horas extras, tendo um excesso de jornada no trabalho, desrespeitando os direitos sociais, principalmente o direito ao lazer e à saúde, desses teletrabalhadores, infringido também o direito à desconexão do trabalho.

O teletrabalho, conforme mencionado anteriormente, é dividido em duas fases, antes do cenário pandêmico do COVID-19 e após, no qual obrigou a sociedade a adotar uma nova organização de trabalho, sendo necessário levar o trabalho para suas casas, ficando conhecido como *home office*. Nesse sentido, iremos caracterizar as duas fases do teletrabalho.

O contexto histórico do teletrabalho foi pensado a primeira vez no EUA, em 1957, sendo a princípio chamado de TELEgráfo no gerenciamento dos funcionários, Jack Nilles, só

queria solucionar a problemática do intenso tráfego, ocasionado mais horas no trânsito, submetendo o trabalhador a um estresse diário, diminuindo assim a produtividade do mesmo. Nilles é considerado o pai do teletrabalho, iniciando os primeiros passos dessa modalidade de labor. (MARTINS, 2020)

Nesse contexto, além da Revolução Tecnológica que trouxe grandes avanços para essa forma de trabalho, houve uma aceleração no caminhar desse percurso, com a grande crise da Pandemia da COVID-19 como citado anteriormente, no qual obrigou os empregadores adotar o teletrabalho de forma mais intensa, tendo que se adaptar a forma de trabalho.

Contudo, com a mudança brusca para alguns, observou-se que a Legislação não está preparada para amparar todos os direitos e deveres desse novo modelo de trabalho. Nesse sentido, nota-se uma série de lacunas na Consolidação das Leis do Trabalho, como a ausência de um direito à desconexão positivado, visto que o direito aos intervalos intra e interjornada, dispostos no art. 71 da CLT, não são de fato efetivos para assegurar tais empregados (BRASIL, 1943), *vide*:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

Assim, é necessário reconhecer que o teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro, ainda é apreciado de modo extremamente genérico, sendo percebido como um mero meio de execução de tarefas, quando na verdade, trata-se de uma nova modalidade de trabalho, marcada por inúmeras particularidades que devem ser apreciadas cautelosamente pelos aplicadores do direito.

É indubitável que poder efetuar seu trabalho de sua casa ou de outros lugares, onde você pode ter mais contato com seus familiares é um privilégio, entretanto limites devem ser colocados para respeitar a saúde mental de tal trabalhador, dando o direito à desconexão no trabalho, obtendo assim uma ruptura com o momento de lazer e o momento de trabalho, que no atual momento encontra-se intimamente entrelaçado, causando assim a impressão de que está tudo sob controle, enquanto a realidade é que este trabalhador está apenas sobrecarregado.

### 3 AS TECNOLOGIA DISRUPTIVAS NA RELAÇÃO DE TRABALHO

O conceito de Inovação Disruptiva surgiu em meados dos anos 90 pelo professor da *Harvard Business School*, Clayton Christensen, que nada mais é do que o processo em que dado serviço, tecnologia, procedimento, produto e etc. é substituído por uma solução inovadora, o termo disruptivo é atribuído a essas tecnologias em razão do seu poder de ruptura com antigos padrões já estabelecidos (SILVA, 2021).

Essas tecnologias já são de fato uma realidade, principalmente dentro da realidade trabalhista, e pode ser percebida pelo fenômeno das economias colaborativas, pelo trabalho integrado e especialmente pelo modelo de teletrabalho já apresentado no item anterior. No seio da Quarta Revolução Industrial e do grande *boom* que a internet recebeu no novo século, uma vez que a cada novo ano ganha novas funcionalidades jamais imaginadas, esta passa a ser uma tecnologia disruptiva em determinadas camadas da sociedade.

Comprovadamente, o Brasil é o segundo maior país online do mundo, uma pesquisa realizada por uma empresa de cibersegurança, garante que o brasileiro passa em média 12 horas e 8 minutos assistindo a vídeos na plataforma do Youtube e 11 horas e 19 minutos navegando em suas redes sociais, atualizando tais números para a realidade através de um cálculo médio, isso representa que um cidadão brasileiro, maior de 18 anos, passa cerca de 197 dias ininterruptos conectado a internet (RAMOS, 2022).

Uma vez que a expectativa de vida no Brasil é de 75 anos, esse cálculo apresenta a impressionante média de 41 anos de conexão, ou seja, mais da metade da vida de uma pessoa é absolutamente virtual. Diante do crescente número de adeptos à modalidade de teletrabalho, é fático que este número é meramente provisório, e tende a aumentar gradativamente, haja vista que o trabalhador saiu do local de trabalho físico e passou a ocupar o ambiente virtual (RAMOS, 2022).

A Indústria 4.0 apresentou um ritmo absurdamente intenso e acelerado de produção, consequentemente trazendo o mesmo ritmo para a relação de trabalho, estabelecendo postos de trabalho que exigem tarefas a serem cumpridas, decisões a serem tomadas e responsabilidades imediatas, de forma que não adequou a máquina ao passo do homem, mas o homem ao passo da máquina (VALENTINI, 2020).

A problemática do teletrabalho se encontra na ruptura dos limites que definem espaço de trabalho e espaço social dentro do mundo virtual. A tecnologia que prometia maior independência e liberdade, trouxe exatamente o contrário, visto que se aproveitou da dependência do trabalhador para com a internet para o manter ainda mais à disposição do empregador, afinal, o indivíduo estará online de qualquer forma.

Assim, tão logo que o teletrabalho foi de uma vez incluído na realidade de diversos trabalhadores brasileiros, a atividade laboral passou a ocupar espaços que anteriormente eram reservados às relações interpessoais sociais e ao entretenimento, como é o exemplo de redes sociais de mensagem instantâneas, que foram inseridas dentro da relação trabalhista a fim de otimizar a comunicação no ambiente profissional, nestes termos, as horas de labor e as horas de descanso do trabalhador passaram a estar intimamente atreladas, uma vez que ambas são desenvolvidas no mesmo espaço digital.

Nestes termos, a inserção do trabalho dentro do espaço virtual colocou o trabalhador numa espécie de eterno estado de sobreaviso, estando sujeito a receber (e coagido a atender) demandas trabalhistas, ainda que fora de seu horário de trabalho, sendo assim, sua jornada de trabalho passa a ser habitualmente extraordinária, ou seja, a incidência de horas extras passa a ser uma constante e não meramente ocasionais.

Apesar da doutrina entender que o sobreaviso compromete a locomoção dos empregados, e que dessa forma o teletrabalho não se configura em tal regime visto que não cerceia tal direito (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2017), a Indústria 4.0 e seus novos modelos de relação de trabalho, comprovou que determinadas normas se tornaram obsoletas, razão pela qual exigem novas interpretações. O maior exemplo da obsolescência de determinados dispositivos legais, é a antiga OJ nº 49, convertida na Súmula nº 428 do TST (BRASIL, 2012), *vide*:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Entretanto, é necessário enfatizar que tal conversão se deu em meados de 2012, período em que a Indústria 4.0 ainda dava passos tímidos em relação ao futuro, uma vez que seu momento inaugural ocorreu em 2010 de modo ainda experimental. Em dez anos, diversas mudanças foram perceptíveis na sociedade, meros celulares tornaram-se *smartphones* que trazem 100 vezes mais funcionalidades do que um simples *bip*, suprem necessidades além do que a mera comunicação (BRASIL, 2022).

Os novos paradigmas a serem enfrentados pela doutrina e legislação atual, em muito converge com os dilemas do Direito Digital, uma vez que o Direito do Trabalho, que ainda dá passos lentos em direção ao futuro e suas novas problemáticas, ainda é demasiadamente limitado e conservador no que se refere aos novos postos de trabalho inseridos pela Indústria 4.0, um grande exemplo disso é a definição de economia colaborativa aos motoristas de aplicativo dada pelo Supremo Tribunal de Justiça, e a competência dos litígios aplicadas à Justiça Comum decidida no Conflito de Competência nº 174798 (BRASIL, 2020).

Nestes termos, é evidente que fronteiras de espaço social e profissional foram dissolvidas com a anuência do empregado, fruto da mudança de mentalidade trazida pela Quarta Revolução Industrial, que apresenta uma pressão gigantesca ao trabalhador que se adapte aos novos sistemas de produção, sob o risco de cair no ostracismo do darwinismo digital.

O darwinismo digital é um termo que foi difundido pelo escritor Tom Goodwin, que nada mais é do que uma analogia à teoria evolucionista defendida por Charles Darwin e sua emblemática frase que “os mais fortes sobrevivem”, assim, o autor infracitado defende que a revolução digital coagiu os trabalhadores a se adaptar às novas tecnologias, sob o risco de serem substituídos por profissionais mais qualificados ou ainda por máquinas, utilizando-se da Inteligência Artificial.

Assim, é perceptível a vulnerabilidade do trabalhador digital, o modelo de empregado apresentado pela Indústria 4.0, uma vez que este carrega consigo características específicas que não cabem apenas nos critérios de pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade que rege a relação de emprego tradicional, sendo necessário ter em conta seus aspectos específicos, como o meio de trabalho, jornada e ferramentas utilizadas.

É evidente que a revolução vive entre a sociedade, e suas inovações são cada vez mais e mais inseridas na realidade da sociedade civil. Foi por meio de mudanças sutis que a Indústria 4.0 revolucionou as relações de trabalho, porém, o Direito não pode adotar a mesma sutileza, tampouco, morosidade para regulamentar tais tecnologias, dado que estas implicam na saúde e segurança do trabalhador.

É necessário considerar a singularidade de cada empregado, uma vez que o trabalhador digital pode adotar inúmeros perfis para o preenchimento dos postos de trabalho apresentados pela tecnologia, desfigurando a relação de emprego de tal maneira que esta passa ser irreconhecível, o que de nenhuma forma pode ser considerado como eventualidade,

uma vez que, Fonseca ressalta que a Indústria 4.0 é a válvula de escape que as empresas encontraram para se eximir de responsabilidades trabalhistas (FONSECA, 2020).

Portanto, é evidente que as novas tecnologias disruptivas apresentaram um novo horizonte absolutamente inexplorado do Direito do Trabalho, de modo que o Teletrabalho ao emergir na realidade do trabalho brasileiro, de modo que enfrentou um grande obstáculo diante das divergências conceituais de cada um. Assim, é dificultoso a relação da prática com o Direito Material, uma vez que os comportamentos e mentalidades mudaram e o ordenamento jurídico permanece estático.

Nestes termos, é indiscutível que as novas tecnologias trouxeram uma nova roupagem para antigas convenções no seio do Direito do Trabalho, e obviamente revolucionaram e otimizaram a relação de emprego, o maior exemplo de tal revolução, nada mais é do que a grande adesão do teletrabalho durante a crise sanitária da COVID-19, sendo uma política pública ativa que conteve a contaminação, visto que evitou a aglomeração desnecessária.

Portanto, tal como nas primeiras Revoluções Industriais, é necessário que haja um minucioso cuidado ao se aventurar pelo maravilhoso mundo do Direito do Trabalho Digital, uma vez que facilmente é confundido o tempo de descanso com tempo à disposição do empregador dentro deste meio, assim, vinculando o homem digital social ao homem digital trabalhador, que jamais devem ser considerados como uma coisa só.

#### **4 A JORNADA EXCESSIVA DE TRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO**

A nova modalidade de trabalho flexibilizou a dinâmica na relação empregatícia, apesar de o entendimento dos doutrinadores e aplicadores do direito já o terem feito após a Reforma Trabalhista, o teletrabalho apresentou uma nova realidade a ser encarada por empregados e empregadores tornando menos rígida no que se refere a local e jornada laboral.

Dessa forma, de maneira inovadora, a Indústria 4.0, dentre todas as novas tecnologias disruptivas, apresenta a possibilidade e a facilidade de se exercer atividades laborais onde quer que o trabalhador se encontre, sendo assim, um verdadeiro opositor da antiga logística do deslocamento casa-trabalho.

Assim como apresentado no decorrer do estudo, é evidente que a revolução tecnológica trouxe um novo arcabouço ao Direito do Trabalho, evidenciando as relações de trabalho pautadas no dinamismo e nos meios de informações automatizados, com a inauguração do teletrabalho, que é uma das expressões máximas da Indústria 4.0 no mundo do

trabalho no novo século, não só dispositivos legais se tornaram obsoletos, mas também antigas convenções.

Deste modo, não apenas o local de trabalho foi ressignificado, mas também a jornada de trabalho ganhou novas características, inicialmente, a proposta das novas tecnologias disruptivas era um maior aproveitamento do tempo em razão da diminuição do deslocamento, mas o que se obteve foi um maior aproveitamento do trabalhador em razão da dissolução dos limites de tempo e espaço dentro do ambiente virtual.

O direito à desconexão refere-se a um desligamento total da atividade laboral quando não estiver no seu horário de trabalho, obtendo assim um descanso de qualidade um importante mecanismo de defesa do corpo e da mente humana, dado que apesar da importância de manter o corpo ativo, é no descanso que indivíduo restabelece as energias e a vitalidade, inclusive aprimorando o raciocínio, nesse sentido também temos a saúde como direito fundamental, previsto no artigo quinto da constituição.

Com o avanço das tecnologias e a indústria 4.0 a todo vapor, o indivíduo cada vez mais conectado perde o limite entre realidade real e virtual, proporcionando uma comunicação e informação de modo mais rápido e preciso, um exemplo é um chefe que precisa de um documento fora do horário de trabalho e manda uma mensagem para o funcionário para enviar.

Dessa forma, observa-se o desrespeito do horário de trabalho e a falta de limites entre o espaço real e digital, não gerando ao empregado o direito à desconexão e nem direitos pelas horas extras trabalhadas, assim, numa análise intrínseca do teletrabalho, é factual o trabalhador tem seus direitos fundamentais duplamente mitigados em razão de uma nova percepção econômica doentia.

Assim, o trabalhador passa a investir ainda mais horas conectado, dividindo o espaço de seu lazer com tarefas laborais em tempo integral, de modo que este não pode gozar plenamente de seu descanso, pois estará sempre em alta disponibilidade para tratar de qualquer tarefa que lhe seja solicitada.

Deste modo, o trabalhador não consegue se desconectar do mundo virtual, uma vez que, o que começa sendo tão somente uma mensagem fora do horário, logo passa a ser atividades mais complexas que são solicitadas com o único argumento de que devem ser realizadas a qualquer momento tão somente porque será desenvolvida via virtual, assim.

Destarte, pode-se discutir a questão do teletrabalho e o direito à desconexão, pelo fato da modalidade de trabalho não ter controle de jornada, não delimitando as horas trabalhadas,

que mede sua produtividade por metas, não importando as horas trabalhadas por esse indivíduo, não sendo remunerado por horas extras e tendo seu direito à desconexão transgredido. Com isso, o empregado cumpre seu trabalho com receio de ser dispensado por não atingirem o solicitado.

Ademais, cabe ressaltar a importância do cuidado para com a saúde psicocognitiva do trabalhador em situação de teletrabalho, uma vez que, como já apresentado, vive em um constante estado de hiperconectividade, dessa forma, seu intelecto permanece em constante estado de estímulo, recebendo mais informações que seu cognitivo é capaz de processar.

Contudo, o uso exacerbado de telas, pode acarretar danos irreversíveis, considerando que o uso excessivo de smartphones e ferramentas como o whatsapp, o aplicativo mais usado por empregadores como um canal direto de comunicação para com os empregados, provoca a sensação de tensão e angústia, deixando o indivíduo em estado de alerta, sempre à espreita de que algo possa acontecer a qualquer momento.

É neste contexto que se inicia os sintomas da FOMO (*Fear Of Missing Out*), que nada mais é do que a síndrome de ser deixado de fora, numa tradução livre o medo de ser deixado de fora, é neste estado psico cognitivo que pode ocorrer alterações significativas nas funções dos neurotransmissores (GODOY, 2020).

A homeostase é a qualidade em que o organismo permanece em estabilidade apesar das adversidades ao qual está exposto, ou seja, um equilíbrio natural que promove a sensação de relaxamento. Entretanto, diante uma demasiada exposição aos meios tecnológicos, que causam uma ansiedade social, há evidentemente um desgaste emocional, que prejudica o sono e a alimentação, e que ainda podem evoluir a quadros de doenças ocupacionais, como *burnout* e FOMO.

O direito de desconexão é a expressão máxima da necessidade de uma reforma legislativa que propicie ao trabalhador o usufruto de um momento alheio ao trabalho e todos os assuntos que lhe dizem respeito, não podendo este ser incomodado ou ainda solicitado por seu empregador, visto que se trata de um direito social do indivíduo.

Entretanto, modelos de trabalho como teletrabalho ainda encontram resistências no alinhamento de suas atividades com o direito de não estar disponível, uma vez que, o teletrabalho, principalmente com o advento da Indústria 4.0 encontra-se num espaço pouco explorado do Direito Laboral.

Fonseca defende que além de uma desconexão técnica, é necessário que o trabalhador tenha direito à uma desconexão intelectual, que o afaste não somente dos meios de

comunicação para com a atividade laboral, mas também dos encargos emocionais que estes provocam no trabalhador (FONSECA, 2020).

Nesse contexto, o direito à desconexão é concretização de uma política pública em defesa da saúde do trabalhador, visto que diante da imersão quase que completa no mundo virtual, o direito de não estar online, ou de estar online em absoluto desvencilhamento de questões profissionais é a afirmação do direito ao intervalo interjornada, que devem ser dedicados à vida social, afetiva, familiar e ao lazer, dado que tais elementos são reconhecidamente essenciais para o desenvolvimento do ser humano.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos argumentos expostos, constata-se que a Indústria 4.0 e suas tecnologias disruptivas e os impactos do teletrabalho nas horas de labor, implicaram diretamente no modelo de relação entre empregado-empregador, dinamizando o modo de convívio e otimizando a comunicação.

Nestes termos, restou evidenciado a obsolescência dos dispositivos legislativos para a regulação do teletrabalho sob o prisma das novas tecnologias, de modo que os conceitos de descanso e intervalos devem ser analisados sob uma óptica com critérios diversos daqueles previstos ao modelo de trabalho tradicional.

Assim, o Direito à Desconexão que ainda não está previsto em nenhum ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser uma das expressões dos direitos humanos na realidade contemporânea, de modo que é necessário, que haja uma reforma significativa nos velhos e enraizados, uma vez que o direito à desconexão é um direito fundamental, pois está intimamente relacionado à direitos constitucionais como a saúde e lazer.

No âmbito do direito comparado, a Itália apresenta o modelo de *lavoro agile*, que não estabelece uma jornada de trabalho, mas sim o tempo de trabalho, ofertando ao trabalhador, a liberdade de conciliar sua vida profissional e familiar de acordo com suas necessidades, assim, aproveitando os melhores aspectos das novas tecnologias na relação trabalhista.

De modo que, a problemática da realidade brasileira está localizada no modo que o Direito analisa as novas relações, não se adaptando aos novos modelos, mas forçando os novos modelos a se adaptarem ao Direito arcaico, que não foram formados de modo inclusivo.

Contudo, o excesso de laboração dos teletrabalhadores de forma prejudicial a saúde mental, com o excesso de hiperconectividade laboral, promove um impacto no que diz respeito à falta de tempo para usufruir seus direitos fundamentais como lazer.

Ademais, o teletrabalho é um bom aproveitamento das novas tecnologias, é fático, porém é necessário que haja um reajuste de interpretação desta modalidade no seio da realidade trabalhista brasileira, admitindo que enfim, os modelos de jornadas apresentadas pela CLT não são capazes de abarcar as jornadas realizadas pelo teletrabalho.

Assim, para que haja um completo acolhimento das tecnologias disruptivas apresentados pela Indústria 4.0 dentro do Direito do Trabalho Brasileiro, é necessário que haja um rompimento para com antigas concepções, e o reconhecimento de que tal modelo defasado já não é suficiente para regular o mundo do trabalho, em especial o Direito do Trabalho Tecnológico.

O primeiro passo para tal evolução é primordialmente, o reconhecimento do direito à desconexão como um direito fundamental do trabalhador para manutenção da saúde e do lazer, que são direitos assegurados pelo texto constitucional, ademais, é necessário à interpretação deste direito ao meio digital, promovendo assim a “dignidade da pessoa digital”, uma vez que o corpo digital é uma extensão do corpo físico do ser humano, sendo assim, tão digno de direitos e proteção quanto ao segundo.

Diante do exposto conclui-se que, em nome do Princípio da Proteção, é necessário que haja uma normativa mais benéfica ao trabalhador, que assegurem o empregado a mesma segurança jurídica que teriam no mundo real dentro do mundo virtual, visto que seu corpo digital deve ser resguardado a fim de assegurar o desenvolvimento psicocognitivo do indivíduo.

Portanto, o direito à desconexão com o teletrabalho ainda encontra diversas óbices para que de fato encontrem um ponto de encontro harmonioso ao qual possam justificar-se um ao outro, de modo que as tecnologias disruptivas advindas da Indústria 4.0 conferiu ao teletrabalho um novo cenário, do qual o direito brasileiro em geral ainda encontra dificuldades para exercer sua jurisdição, assim conclui-se que a realidade atual dos teletrabalhadores urge pelo direito à desconexão no preenchimento da lacuna que a legislação trabalhista insiste em operar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Yasmin Lago de. SOUZA; Yasmin Moraes Saavedra de. FERREIRA; Vanessa Rocha. O Direito à Desconexão: Uma Análise dos Impactos do Teletrabalho na Saúde do Trabalhador. **Revista Jurídica do Cesupa**, Belém, v. 3, n.1, p. 79-97, 2022.

BENAVIDES, Fernando G.; AMABLE, Marcelo; CORNELIO, Cecilia; VIVES, Alejandra; MILIÁN, Lino Carmenate; BARRAZA, Douglas; BERNAL, Dinora; SILVA-PEÑAHERRERA, Michael; DELCLOS, Jordi. O futuro do trabalho após a COVID-19: o papel incerto do teletrabalho no domicílio. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, [S.L.], v. 46, p. 1-8, fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF Senado, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n° 428**. Disponível em:  
[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-428](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428). Acesso em: 25/09/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão n° 164544. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Informativo N° 655**. Belo Horizonte. Disponível em:  
<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=UBER&>  
Acesso em 25/09/2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho> Acesso em 25/09/2022

CONVENTION 177 - **Home Work Convention**. 1996. Disponível em:  
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322) Acesso em: 25/09/2022

SILVA, Douglas da. O que é inovação disruptiva?. 2021. Zendesk. Disponível em:  
<https://www.zendesk.com.br/blog/inovacao-disruptiva/> Acesso em: 25/09/2022

FONSECA, Maria João Serrão Henriques. **Impacto da Indústria 4.0 na Organização do Tempo de Trabalho**: conciliação entre a vida pessoal e profissional.. 2020. 55 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2020.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ROCHA, Cláudio Janotti da; FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. O Direito à Desconexão e o Dano Existencial: a importância da sustentabilidade emocional do ser humano. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 439-471, jul. 2020.

GODOY, Gilberto. **Se desconectar para desligar**: sair das telas faz parte do descanso mental. Entrevista concedida à Ailim Cabral. Correio Braziliense. 2022. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/revista-do-correio/2022/07/5024991-se-desconectar-para-desligar-sair-das-telas-faz-parte-do-descanso-mental.html> Acesso em 25/09/2022

GARCIA, Gustavo. **Curso de Direito do Trabalho**. 15º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

MARTINS, Sergio. **Direito do Trabalho**. 36º edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, Guilherme. **Brasileiros passam mais da metade de suas vidas na Internet**. TechTudo. 06/05/2022. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/05/brasileiros-passam-mais-da-metade-de-suas-vidas-na-internet-estima-pesquisa.ghtml> Acesso em: 23/09/2022

RENZETTI, Rogério. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559641079. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641079/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530989552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/>. Acesso em: 29 nov. 2022.

ROMAR, Carla. **Direito do Trabalho**; 5º edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCALZILLI, Roberta. O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. II, p. 643-664, jul. 2020.

SOEIRO, Laís de Castro; FERREIRA, Vanessa Rocha. **Infoxicação , Direito à Desconexão e Trabalho Decente**. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 3., 2021, Florianópolis. Anais. Florianópolis: Conpedi, 2021. p. 158-173.

VALENTINI, Rômulo Soares. A Indústria 4.0: impactos nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do Trabalho**: Efeitos da Revolução Digital na Sociedade. Brasília: ESMPU, 2020. p. 301-311.

## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA COMO INSTRUMENTO DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

INCIDENT RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS AS PRECEDENT TRAINING  
TOOL

Recebido em	29/11/2022
Aprovado em	30/11/2022

Jessyca Fonseca Souza<sup>1</sup>  
Marina Viggiano Silva<sup>2</sup>  
Alanna Vasconcelos Teixeira Rodrigues<sup>3</sup>

### RESUMO

---

A inclusão do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas trazido pelo Código de Processo Civil, sob pretexto de garantir segurança jurídica e primar pela isonomia na aplicação do direito, foi uma aposta no tratamento da coletivização de demandas, para as quais, até então, não havia um tratamento mais específico e/ou direcionado. Sob este fundamento, a importação deste modelo de origem alemã simbolizou uma considerável renovação frente ao Código anterior, dentre outros motivos, por representar também uma importante promoção do viés e conteúdo precedentalista que o Código de 2015 traz consigo. Neste sentido, a presente pesquisa buscou analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas na processualística civil brasileira compreendendo-o num panorama histórico, para investigar suas principais características e após acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro para enfim verificar, a partir de um caso concreto, a aptidão que possui para a formação de precedentes. Para esta pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, a partir da utilização de bibliografia específica sobre o tema. Concluiu-se que o incidente de resolução de demanda repetitiva, tal como acolhido pela sistemática jurídica brasileira, tem o potencial de formar precedentes.

**Palavras-chave:** Incidente de resolução de demanda repetitiva; aplicação; precedentes.

---

<sup>1</sup> Mestra pela Universidade Federal do Pará, na sub-linha Processo Civil e Direitos Fundamentais (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA (2016). Professora de Direito Processual Civil com ênfase em mecanismos adequados de resolução de conflitos na graduação e pós-graduação (lato sensu) no Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professora em cursos de pós-graduação. Advogada e mediadora extrajudicial.

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito do 10º semestre do Centro Universitário do Estado do Pará; ID Lattes7095265361463476; email: marinaviggianosilva@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduanda do Curso de Direito do 10º semestre do Centro Universitário do Estado do Pará ; e-mail: alannaavasconcelos@gmail.com.

## ABSTRACT

---

The inclusion of the incident of Resolution of Repetitive Claims brought by the Code of Civil Procedure, under the pretext of guaranteeing legal certainty and striving for isonomy in the application of the law, was a bet on the treatment of the collectivization of claims, for which, until then, there was no a more specific and/or targeted treatment. On this basis, the importation of this model of German origin symbolized a considerable renovation compared to the previous Code, among other reasons, as it also represents an important promotion of the bias and precedentist content that the “new” Code brings with it. In this sense, the present research sought to analyze the incident of resolution of repetitive demands in Brazilian civil procedure, understanding it in a historical panorama, to investigate its main characteristics and after being accepted by the Brazilian legal system to finally verify, from a concrete case, the aptitude it possesses for the formation of precedents. For this research, the deductive method was used, based on the use of specific bibliography on the subject. It was concluded that the repetitive demand resolution incident, as embraced by the Brazilian legal system, has the potential to form precedents.

**Keywords:** Incident of Resolution of Repetitive Claims; application; precedents.

## 1 INTRODUÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi uma das novidades trazidas pelo Código de Processo Civil (CPC) em 2015. A sistemática, na então nova legislação processualística, dentre outras tendências, trouxe consigo uma tentativa de resposta às chamadas demandas de massa. Este fenômeno da litigiosidade repetitiva (assim também chamado) tentava ser – pelo Código anterior – enfrentado por vias mais ordinárias: seja pela lógica do processo individual, seja pela lógica do processo coletivo os quais mostraram não dar resultados satisfatórios (TEMER, 2015, p. 13).

O desafio não é pequeno, ao contrário, é uma tentativa de fazer inserir legislativamente uma sistematização que rompe com noções basilares (ou quase dogmas) do processo civil brasileiro, em meio a uma frequente mudança muito tendente à conjuntura romano-germânica de *civil law* frente à uma realidade pragmática que, por vezes, vai de encontro com o esperado legislativamente. Logo, esta mudança diante deste sistema mais acato ao formalismo e à codificação por si só já representa considerável ruptura; e o desafio fica maior porque ela vem acompanhada de uma considerável inflexão nos rumos do Código Buzaid.

A construção e inclusão de uma ordenação específica para a litigiosidade repetitiva, como já antecipado, permite retomar os questionamentos de institutos processuais basilares. A então conhecida *lide* como de interesses pode e deve permanecer a mesma? E quanto à relação jurídico-processual? Os interesses das partes que podiam se confundir com o objeto da

própria ação não deve ser revisitado? Dentre tantos questionamentos, por fim, pergunta-se: nesta esteira, já é possível falar em um microsistema de litigiosidade repetitiva a partir do Código de Processo Civil de 2015?

A bem da verdade quando se fala em litigiosidade de massa a partir da lei 13 105/2015, dois são os institutos que compõem este sistema: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos (especiais e extraordinários) repetitivos. O IRDR, conforme trouxe o legislador, deve ser instaurado pelos tribunais ordinários (entendidos como os tribunais estaduais e os federais), podendo ser suscitados também pelo Juízo de piso. Já os “recursos repetitivos”, permitem o tratamento destas demandas de massa nos Tribunais Superiores.

Vale mencionar também que a ruptura dada pelo Código e seu posicionamento frente às necessidades sociais também não passou ileso aos olhares mais críticos que enxergaram uma possível inconstitucionalidade do instituto<sup>4</sup>. Posicionamentos que, ao fim e ao cabo, perderam força com a aceitação de pelos tribunais desta nova “lente” de interpretar os conflitos sociais repetitivos.

À medida que o incidente de resolução de demanda repetitiva justifica-se pelos pontos acima sinteticamente trazidos, o meio pelo qual ele alcança suas finalidades é pela construção de uma tese vinculante de aplicação imediata a todos os processos que foram reunidos sob fundamento de “semelhante questão de direito”. Esta tese formulada pelo tribunal deve ser aplicação no território de jurisdição deste órgão, independentemente do momento processo que se encontram os processos sobrestados.

Tal consideração permite então, ainda que de maneira incipiente, afirmar que o IRDR guarda relação próxima com outra forte característica trazida pelo CPC/15 que é utilização de precedentes – marca do modelo de *common law* – e por isso, mais uma reconhecida ruptura no cenário processual civil brasileiro até então. Diante desta relação próxima, a presente pesquisa buscou enfrentar o seguinte problema de pesquisa: em que medida o instituto de resolução de demanda repetitiva é um potencial formador de precedentes na aplicação da lei 13 105/2015?

Para isso, foi utilizada uma metodologia dedutiva, desenvolvida por meio de pesquisa histórico-bibliográfica acerca dos institutos objeto deste trabalho: IRDR e formação

---

<sup>4</sup> Dentre outras leituras também relevantes, destaca-se neste ponto a possível inconstitucionalidade do IRDR por conduzir o Judiciário ao uma função legislativa típica (TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andar porque o santo é de barro’). In NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 12. São Paulo: RT, 2011).

de precedentes. Além de bibliografia específica sobre o tema, buscou-se também analisar e conformar as conclusões por meio da utilização de um caso concreto trazido à título de exemplo ao final da pesquisa.

Para tanto, o trabalho iniciou enfrentando o enredo histórico do chamado pelo CPC/15 de incidente de resolução de demandas repetitivas. Após isso, passou a compreendê-lo dentro da sistemática brasileira a fim de trazer suas características, finalidades, requisitos, procedimento, legitimidade.

Em seguida, o trabalho se voltou a compreender a lógica precedentalista, isto é, o que deve ser entendido como um precedente, como se forma um precedente, quais seus requisitos, e ainda, se há alguma diferença de precedente para outros instrumentos já utilizados no sistema brasileiro. Por fim, o trabalho se voltou a responder o problema de pesquisa, tendo uma conclusão positiva para tal.

Concluiu-se afirmando que o incidente de resolução de demanda repetitiva tal como trazido pelo Código de processo civil brasileiro, forma precedentes que passam a ser parte condutora da interpretação e aplicação do direito, quer dizer, reconhecendo diretrizes para o ordenamento social, segurança jurídica para os jurisdicionados e também, aparente isonomia.

## **2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)**

Em primeira análise, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem seu início no direito alemão, mais precisamente no ano de 2005, atuando como um “procedimento modelo” em ações relacionadas ao mercado de capitais, porém a sua origem de fato foi no ano de 1979, sendo primeiramente intitulado como *Musterverfahren*. Segundo Mendes (2017, p. 27) a lei alemã surgiu com o propósito de sanar a avalanche de demandas administrativas e judiciais durante a década de 1960 até 1980, oriundas de numerosos questionamentos acerca de projetos públicos. Em virtude de tal circunstância, ainda no ano de 1975, a elevada quantidade de processos fez o governo alemão, com o apoio do professor *Hans-Werner Laubinger*, iniciar o planejamento de um futuro regramento acerca da judicialização em massa.

Ademais, em concomitância com o estudo do governo alemão em viabilizar uma lei a respeito das demandas repetitivas, ocorreu no ano de 1979, uma inovação do Tribunal Administrativo de Munique, que segundo Mendes (2017, p. 27), o juízo de primeiro grau, ao identificar diversas similaridades entre as demandas, iniciou-se uma “triagem” de processos idênticos, levando para a instrução e julgamento quarenta procedimentos, praticando-se uma

amostragem dos procedimentos modelos, enquanto as demais demandas permaneceriam sobrestadas por tempo indeterminado, até a finalização dos “processos modelos”.

Entretanto, em razão da ausência de legislação sobre a utilização de procedimentos modelos para o julgamento de demandas repetitivas na Alemanha, tal ato inovador foi alvo de incontáveis questionamentos perante a Corte Suprema Alemã, em consequência do abuso de autoridade gerado pelo Tribunal Administrativo de Munique. Porém a Corte Suprema obteve o entendimento no sentido de defender a atuação consumada em primeiro grau, pois a realização de amostragens propiciou a economia processual e econômica ao governo alemão.

À vista disso, por conta do grande sucesso do procedimento modelo aplicado em 1979, houve no ano de 1990 a incorporação no Estatuto da Justiça Administrativa a regulamentação sobre o procedimento modelo na esfera administrativa alemã.

Além disso, a partir do êxito do procedimento modelo na justiça administrativa alemã, no ano de 2005, implementou-se tal sistema no mercado mobiliário, nomeado como *KapMuG* (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*) e restrito aos litígios sobre o mercado de capitais de forma temporária, com prazo de cerca de cinco anos. Segundo o autor Oliveira (2016, p. 65), o modelo alemão nesse contexto exigia a propositura de, no mínimo dez causas similares, sendo tanto questões jurídicas quanto de fatos, e precedidas de três fases processuais, quais sejam: Admissibilidade em primeiro grau, processamento e julgamento em segundo grau dos casos selecionados e, por fim, a aplicação nos processos individuais da decisão proferida aos casos modelos. Nesse sentido, surgiu o sistema *Musterverfahren* como consequência de inovações jurídicas, com o fulcro de se viabilizar a economia processual e acesso à justiça.

O procedimento modelo incorporado no direito alemão serviu como inspiração para o nascimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na formulação do Código de Processo Civil, com origem na Comissão de Juristas nomeados pelo Senado Federal, pois os juristas buscavam estabelecer no sistema processual civil brasileiro um modelo eficiente para solucionar a volumosa quantidade de processos idênticos, como assim disserta Mendes (2017), em trecho:

A ideia, acolhida pela Comissão, buscava estabelecer um mecanismo que pudesse ser utilizado a partir da primeira instância, sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica. Pretendia-se o fortalecimento do precedente, sucedendo, mas diferenciando-se, contudo, do incidente de uniformização de jurisprudência, do Código de Processo Civil de 1973. (2017, p. 61)

Entretanto, apesar do sistema *Musterverfahren* atuar como inspiração ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, este em sua versão final obteve características próprias, se diferenciando de forma significativa ao procedimento modelo alemão, atuando como um complemento aos recursos extraordinários e especiais, trazendo praticidade ao judiciário para analisar e deliberar acerca de demandas similares e em massa.

## 2.1 UMA CONCEITUAÇÃO PARA O IRDR

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como objetivo principal garantir à risca os princípios processuais civis, quais sejam, a celeridade, eficiência, segurança jurídica e igualdade, conforme Mendes expõe (2017, p. 23).

É instaurado com o propósito de solucionar matérias de direito, tanto processuais quanto materiais, em demandas repetitivas com sentenças díspares entre si, para que seja fixada uma tese. Ademais, é possível que o IRDR seja suscitado em procedimentos originários ou em recursos, pois o incidente não está vinculado a um procedimento em específico,

Na visão de Didier (2016, p. 593), o Incidente de Demandas Repetitivas é classificado como causa-piloto, em razão de ser o sistema adotado pelo Código Civil Brasileiro, o qual o órgão jurisdicional seleciona um ou mais casos para julgar enquanto se fixa uma tese que deve ser seguida pelos demais Tribunais. À vista disso, no procedimento processual cível do Brasil é imprescindível que sempre se tenha causas pendentes nos Tribunais para que seja suscitado o incidente, como aduz Didier (2016)

Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo. Ainda que não houvesse o texto do parágrafo único do art. 978 do CPC, haveria aí uma causa-piloto, pois não é possível que o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. (DIDIER, 2016, p. 594).

## 2.2 REQUISITOS PARA A SUA ADMISSIBILIDADE

Para ocorrer a uniformização de jurisprudências enfrentadas em um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, deve ser observado o primeiro passo para o enfrentamento dessa divergência, tal sendo, preencher o que se chama de requisitos de admissibilidade.

Os requisitos necessários para a instauração do incidente estão regulados pelo artigo 976 do Código de Processo Civil e todos são cumulativos e a simples omissão de alguns

desses requisitos, retira completamente a possibilidade de admissão do IRDR. Esses requisitos são a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O inciso I do art. 976, CPC afirma que é necessária a existência de uma controvérsia quanto à questão de direito suscitada. Neste quesito, se observa a modulação do IRDR voltada apenas para a questão de direito, podendo ser de direito processual ou material, sendo excluída dos tribunais as questões de fato que deverão ser analisadas de maneira individual, respeitando a singularidade de cada caso, em momento posterior.

Ademais, para tal discussão é necessária uma repetição idêntica desta controvérsia em diversos processos, não precisando necessariamente de quantidades exacerbadas de processos, bastando uma efetiva repetição processual. Neste sentido, Aluísio Mendes (2017, p. 166) conclui:

Deve-se levar em conta não apenas o número existente de processos em um determinado órgão jurisdicional, mas também em outros e até mesmo quanto à potencial multiplicação de novos casos futuros, embora seja necessária, no momento da provocação, uma efetiva repetição de processos.

Quanto ao inciso II do mesmo artigo, é informado pelo legislador que deve existir de maneira clara e iminente o risco de violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, refletindo diretamente na característica intrínseca da formação de precedentes que o IRDR e os Tribunais devem ter em suas decisões. Um dos focos do incidente é a presença de disparidade nas decisões judiciais que refletem as questões de direito, caracterizando o seu caráter repressivo, além de garantir a estabilidade e uniformização dos acórdãos dos tribunais julgadores. Também neste sentido, o ilustríssimo autor Aluísio Mendes infere:

Não basta, portanto, que haja a controvérsia entre partes, mas que esta esteja efetivamente ensejando divergência no seio do Poder Judiciário, capaz de comprometer, de fato, o princípio da isonomia e da segurança jurídica. E este risco deve ser atual (MENDES, 2017, p.169)

Outrossim, é possível vislumbrar outro requisito, no qual o autor Fredie Didier considera como um requisito negativo e este está expresso no Código de Processo Civil, tal sendo o §4, do art. 976.

O autor aduz que não poderá existir a mesma questão jurídica sendo enfrentada em Recurso Especial e Recurso Extraordinário, ou seja, em Tribunais Superiores, uma vez que esta matéria enfrentada precisa estar pendente de resolução do Tribunal. A necessidade de estar pendente de resolução se dá pelo motivo de se foi julgada por um Tribunal Superior,

obviamente tem vinculação em âmbito nacional e terá um precedente firmado, encontrando assim obstáculo no requisito "risco à isonomia e à segurança jurídica".

Outro ponto relevante, é que a instauração e provocação de IRDR's sobre questões que já estão sendo afetadas em tribunais só serão possíveis se não estiver determinada a suspensão dos processos que se debruçam sobre a mesma questão jurídica que se deseja abordar no Incidente.

Nesse sentido, há também outro requisito necessário para suscitar o IRDR, em que o Aluísio Mendes explora de maneira minuciosa, qual seja a necessidade de uma causa pendente no tribunal, independentemente da causa se encontrar neste grau de jurisdição porque é causa originária ou porque nela chegou em sede de recurso.

Neste diapasão vale mencionar que há ainda um debate doutrinário sobre a competência ou incompetência dos tribunais regionais e estaduais, bem como o dos Tribunais Superiores, que ocorre em dois entendimentos. O primeiro deles defende que o IRDR deve ser instaurado exclusivamente nos tribunais ordinários, enquanto o segundo entendimento aduz que a aplicação do instituto deva ocorrer unicamente no âmbito do STJ e STF. Se encontra em consonância com a pesquisa em epígrafe o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 2481):

A regra é elogiável já que, segundo a melhor doutrina, não teria sentido se instaurar incidente com o objetivo de criar um precedente vinculante para determinado Estado (Justiça Estadual) ou Região (Justiça Federal), quando já há outro incidente instaurado em tribunal superior que criará um precedente vinculante com eficácia nacional. Além desta maior abrangência, a inadmissão do IRDR nesse caso evita possíveis decisões conflitantes ou contraditórias na fixação da mesma tese jurídica.

Por fim, através da análise dos requisitos de admissibilidade do incidente é possível perceber as características únicas do IRDR como: a) limitação às questões de direito; b) essencialidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente; c) caráter não preventivo, mas sim reparador do IRDR; d) uniformização da jurisprudência; e) celeridade processual e f) segurança jurídica.

### 2.3 FINALIDADE DO IRDR

A principal finalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é a formulação de uma tese jurídica que busque moldar os processos originários e recursais, individuais ou coletivos, existentes e futuros, que contenham controvérsias sobre a mesma questão de direito. Tal tese jurídica será aplicada em todo território de competência daquele

tribunal que o enfrente. Outra definição de finalidade do IRDR dada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves e Pedro Lenza:

A finalidade do instituto é assegurar um julgamento único da questão jurídica que seja objeto de demandas repetitivas, com eficácia vinculante sobre os processos em curso. (GONÇALVES; LENZA, 2020, p. 1353)

No mesmo sentido, o Manual do IRDR de iniciativa do Tribunal de Justiça do Paraná tem por finalidade solucionar divergência jurisprudencial desenvolvida em determinado tribunal que seja suficiente para, por si só. Fazer questionar a isonomia da prática jurisdicional e risco à segurança jurídica como norma fundamental com sede constitucional.

Por isso, evidencia-se que o Incidente é voltado para uniformização de jurisprudências – e que com àquele instituto assim nominado não se confunde por ser mais abrangente – referentes a questões de direito que contém disparidades quanto a sua aplicação. Corroborando com as definições acima, Sofia Temer e Aluísio Mendes conceituaram:

O incidente é uma das grandes apostas do novo diploma processual, cujo objetivo é firmar uma tese jurídica única aplicável a todos os casos repetitivos, a partir de um procedimento incidental em que se forme um modelo da controvérsia, conferindo prestação jurisdicional isonômica e previsível aos jurisdicionados e reduzindo o assoberbamento do Poder Judiciário com demandas seriadas (TEMER; MENDES, 2015, p. 283)

Outrossim, no que tange o sobrecarregamento do Judiciário brasileiro, segundo Temer (2015, p. 19), a estrutura judiciária do país não foi planejada e organizada para receber inúmeros processos de questões repetitivas e satisfazer a pretensão com adequado tratamento e desfecho e conforme reitera a autora, não há no Brasil recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais de todo o país. Desse modo, o IRDR surge como uma adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial, sendo a grande aposta do Código de Processo Civil de 2015.

Assim sendo, é devido fincar bases de análise para além da letra fria e, por vezes, vaga da lei que proporciona uma justificação mais contida e lacônica das finalidades do IRDR. De fato, não há como fugir da realidade de fluxo exponencial de processos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, e que, como traz a autora, não passa despercebida como um verdadeiro objetivo do instituto na seara brasileira.

### **3 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES**

Partindo da compreensão do incidente de resolução de demanda repetitivas no cenário brasileiro, reconhece-se que ele é realizado por meio da fixação de teses jurídicas, nesta linha se afigura a necessidade de compreender como se formam os chamados precedentes.

O precedente precisa ser constituído com boas fundamentações e de coerência com o entendimento predominante do tribunal. Mas, para se chegar nestes requisitos, é necessário elaborar o precedente de maneira adequada e, entender como tal precedente é construído, para então chegar a sua finalidade é primordial para este estudo. Um precedente é constituído por elementos estruturais como aduzem os autores Rennan Thamay, Vanderlei Junior e Clóvis Júnior:

Costuma-se apontar que a estrutura de um precedente engloba três elementos: (i) o quadro fático delineado na decisão paradigma; (ii) a tese ou princípio jurídico que embasou a decisão da controvérsia, e (iii) outros argumentos jurídicos apresentados na motivação da decisão. Desses elementos são extraídas duas noções essenciais à compreensão e à operacionalidade dos precedentes judiciais: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. (2021, p. 68)

Ato contínuo, é compreendido por *Ratio Decidendi* a parte da decisão judicial que será vinculada futuramente a outros processos semelhantes, mas Didier explana que este elemento se encontra na análise do caso concreto, conforme o trecho destacado abaixo:

A ideia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada. (2016, p. 463)

Desta forma, *ratio decidendi*, como elemento que compõe um precedente, seria a razão e o ponto primordial para o entendimento e aplicação do caso concreto, mas é de suma importância entender também que o magistrado não irá fazer a aplicação deste precedente apenas baseado na *ratio decidendi*. Deve o magistrado realizar uma comparação com a razão do direito que está sendo pleiteado com a razão do direito do precedente que se pretende utilizar no caso.

Outro elemento que compõe um precedente é o *obiter dictum*, que se depreende por ser a parte da decisão que não é tida como essencial para a vinculação do precedente com o caso concreto. Essa parte, não essencial, é compreendida por comentários ou convicções que são feitas durante a justificação da decisão e que não detém normatividade, considerados dispensáveis de ser usada futuramente em outra decisão.

Neste sentido, entendimento de Didier corrobora com o explicado acima:

Também se enquadram como *obiter dictum* aquelas manifestações sobre questão que não é objeto da causa, que é hipoteticamente ali considerada, ou, ainda, sobre questão irrelevante, bem como a menção a referenciais normativos impertinente e inaplicáveis à espécie e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada. (2016, p. 459)

Em síntese, Daniel Amorim Assumpção Neves, resume como a *Ratio Decidendi* e o *Obiter Dictum* são vistas para fins de vinculação deste precedente:

Conforme ensina a melhor doutrina, a *ratio decidendi* (chamada de *holding* no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obiter dictum*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento. São argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, como ocorre com manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente considerada. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente os fundamentos *obiter dictum* não vinculam. (2016, p. 2352)

Por fim, vale ressaltar, que o *obiter dictum* não é totalmente descartável em uma vinculação de precedente, haja vista que este elemento pode direcionar os futuros entendimentos do tribunal, indicando as preferências e tendências doutrinárias dos membros que proferem a decisão.

A sua formação pode ocorrer de cinco maneiras diferentes, sendo essas taxadas no rol do artigo 927, do CPC/15, sendo elas: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ; (ii) os enunciados de súmula vinculante ; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

As decisões do Supremo Tribunal Federal são consideradas decisões com força vinculante, uma vez que são proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, logo, são inerentes ao efeito *erga omnes*. Neste sentido, Fredie Didier corrobora com este entendimento no trecho a seguir:

Trata-se de dispositivo que confere força obrigatória aos precedentes do STF produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata de exigência de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, até por- que não faria sentido uma previsão como essa, afinal: a) todos têm de respeitar a coisa julgada, sobretudo quando *erga omnes*; b) o rol do artigo é de precedentes obrigatórios, não de hipóteses de formação de coisa julgada (DIDIER, 2016, p. 477)

A segunda hipótese de formação de precedente se dá com os enunciados de súmula vinculante, aqui se faz presente novamente a competência do STF, por provocação ou de ofício, o único que pode criar, editar ou superar uma súmula vinculante. Tais súmulas vinculantes têm a finalidade de alinhar o entendimento de normas que contém controvérsia judicial entre órgãos e/ou a administração pública, trazendo a segurança jurídica e a padronização dos entendimentos dos tribunais e essa validação ocorre através da sistemática da interpretação, eficácia e validade dessas normas.

O terceiro ponto para a construção dos precedentes os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, esses são formados a partir de uma série de decisões que reiteram o entendimento do tribunal em relação a um determinado assunto jurídicos, se tratando de casos repetitivos. Há doutrinadores que afirmam que esta maneira de formar um precedente pode ser considerada uma cadeia de formação concentrada de precedentes, pois esse método fica restringido a casos repetitivos, posteriormente formando precedentes obrigatórios.

A penúltima maneira de formação de precedentes se dá com os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, muito parecido com as maneiras anteriores, pois também são dotadas de vinculação geral. Por fim, a última maneira de se ter um precedente a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, neste ponto deve ser observado a jurisdição dos julgadores que emitiram os enunciados, podendo ser um tribunal local ou uma corte superior.

### **3.1 PRECEDENTES E OUTROS INSTITUTOS BRASILEIROS**

Uma análise mais abstrata do conceito de um precedente e, por conseguinte de seus requisitos, pode permitir uma possível confusão com institutos já conhecidos e reiteradamente utilizados no sistema brasileiro: os enunciados de súmula (vinculante) e jurisprudência produzida nos tribunais.

O termo “jurisprudência” deve ser entendido como reiteradas decisões que emanam o mesmo sentido e sobre a mesma matéria proferidas por um tribunal. Os autores Luís Henrique Barbante Franzé e Giovane Moraes Porto (2016, p. 67), destacam que há duas diferenças principais entre jurisprudência e o precedente, sendo a primeira se tratando de uma diferença

qualitativa e outra quantitativa, neste sentido: "A diferença qualitativa é quanto à racionalidade da decisão, a imposição do significado, a construção do saber."

Em continuidade com o raciocínio construído pelos autores:

Por sua vez, a diferença quantitativa é quanto ao número de julgamentos que cada instituto está ligado. A jurisprudência é mais quantitativa que o precedente. Pelo fato de a jurisprudência ser decisões reiteradas, necessita pelo menos de duas decisões para configurar o "reiteradas". Ao passo que, o precedente sempre estará ligado ao caso que lhe deu origem, ao caso concreto, sempre a este caso e nenhum outro (2016, p. 68)

Em suma, é possível perceber que não há uma hierarquia entre estes elementos, e sim uma continuidade entre eles e que, apesar de autônomos, ambos são cruciais para a segurança jurídica.

Quando enfrentamos o conceito de "súmula vinculante" pode-se perceber que há uma diferença clara com o precedente, uma vez que esta é um resumo objetivo do que é tratado em uma jurisprudência para um caso típico. Atualmente há 58 (cinquenta e oito) enunciados de súmulas vinculantes no Judiciário brasileiro, assim estas são utilizadas em casos específicos que são decididos pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando editadas, os enunciados de súmulas vinculantes servem para garantir a estabilidade jurídica em algum tema de grande controvérsia, neste sentido Didier afirma (s/a, p. 504) aduz "A súmula vinculante", cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de "determinadas situações típicas". Em consonância, Daniel Amorim Assumpção Neves (2021), constrói um conceito amplo de súmula, não sendo restrita apenas às vinculantes:

A súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência, ou seja, é a materialização objetiva da jurisprudência. O tribunal, reconhecendo já ter formado um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia de forma objetiva de qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria. (2021, p.2329)

Por fim, a súmula vinculante não tem a mesma aplicação sistemática que um precedente, mas não pode ser considerada inferior, tendo a sua devida importância. Assim, é notório que todos esses elementos utilizados para a padronização de decisões do CPC são interligados, dependentes e ao mesmo tempo distintos, com cada um exercendo o seu papel nessa grande.

Entendendo, pois, a diferença entre os institutos, passa-se à compreensão de como tais institutos, são aplicados na seara judicial brasileira, ou seja, é preciso expor quais são os precedentes judiciais existentes, como estão previstos na Lei e quem são os órgãos formadores.

Sobre isso, os precedentes judiciais brasileiros estão previstos no rol do art. 927 do Código de Processo Civil podem ser classificados em cinco tipos de decisões dotadas de efeito vinculante, haja vista que o caput do artigo supracitado deixa evidentemente explícito em quais tipos de decisões os juízes e os tribunais devem observar ao editar os enunciados de súmulas. Nessa senda, é imperioso destrinchar e identificar a natureza de cada precedente elencado no rol do art. 927 do CPC, em virtude da tênue omissão quanto à definição exata sobre de onde advém os “pronunciamentos vinculantes”.

Em relação ao inciso I do art. 927 do CPC, este aborda acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, os juízes e Tribunais devem necessariamente observar os entendimentos proeminentes das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e de Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Entretanto, à luz do entendimento dos autores Thamay, Junior e Frota (2021, p. 180), dentro das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, o precedente é “forjado” pois efeito vinculante dos entendimentos são naturais e não artificiais, isto é, será obrigatória a vinculação de todos os tribunais diante da decisão proferida pelo STF, haja vista que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo responsável pela criação de precedentes e uniformização da jurisprudência, a fim de proteger a Constituição Federal. Desse modo, a previsão presente no inciso I do art. 927 é apenas mera ratificação de tais entendimentos, em razão da imposição constitucional em se produzir a eficácia Erga Omnes e efeito vinculante, como dispõe o art. 102, §2º da CF.

Ademais, no que concerne ao inciso II do mesmo artigo, este abarca sobre os enunciados de súmulas vinculantes, prevista originariamente no art. 103-A da Constituição Federal, afirmando a eficácia vinculante erga omnes sobre os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, tudo dentro das esferas federal, estadual e municipal. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 103-A da CF explicita o verdadeiro objetivo que a súmula vinculante terá como precedente, isto é, primar sempre pela uniformização do entendimento acerca da matéria, alcançando o propósito de validar, interpretar e assegurar a eficácia e normas determinadas, em que haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou

entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Dessa forma, caberá sempre ao Supremo Tribunal Federal resguardar o estrito cumprimento da súmula vinculante ou a sua devida revisão ou cancelamento, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou Reclamação Constitucional. Além disso, mais uma vez se observa no inciso II a vinculação geral e obrigatória de todos os tribunais ao precedente formado, haja vista que o STF está no topo da hierarquia do Poder Judiciário, sendo este a “lei máxima do país”, pois é a corte interpretativa suprema do Brasil.

À vista disso, há o inciso III, classificado pelo autor Monnerat (2019, p. 127) como “precedentes qualificados”, sendo estes o julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos, os julgamentos proferidos em incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas. No que tange os julgamentos de recurso especial e extraordinário repetitivos, estes são precedentes formados por dois tribunais superiores, sendo tais o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, recaindo-se aqui novamente nas situações supracitadas anteriormente de vinculação geral, por todos os tribunais brasileiros de forma obrigatória, haja vista a hierarquia do Judiciário.

Ademais, no que se diz respeito sobre os incidentes de assunção de competência e o de resolução de demandas repetitivas, tais precedentes podem ser formados em todo e qualquer tribunal, desde que respeitados os procedimentos necessários para a construção do precedente. Vale ressaltar também, que o precedente criado pelo tribunal será de vinculação apenas do próprio tribunal e das varas que estão sob sua jurisdição como, por exemplo, o precedente formado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região a partir do acórdão de um dos incidentes citados, vinculará todos os juízes federais e varas que estão sob a jurisdição do TRF-1.

Nesse ínterim, se tem o inciso IV do art. 927 do CPC, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, os autores Thamay, Garcia Junior e Frota Junior (2021, p. 185) chamam os precedentes oriundos deste inciso de súmulas persuasivas, em virtude da prática costumeira em se utilizar as súmulas das Cortes Superiores, antes mesmo da previsão expressa do Código de Processo Civil. Nessa situação, os autores alegam que não há novidade neste inciso, haja vista a prática corriqueira do uso dos enunciados das súmulas em toda e qualquer peça forense, antes de se contemplar a doutrina.

Em conclusão da classificação dos precedentes previstos no rol do art. 927 do CPC, cabe versar sobre o último inciso, “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais

estiverem vinculados”, no qual aduz que todo e qualquer tribunal inferior possui um plenário, em que obrigatoriamente é hierarquicamente superior e suas decisões devem ser seguidas pelas varas e turmas recursais, em razão da vinculação local da orientação de plenário. Outrossim, é importante mencionar a crítica do autor Monnerat (2019), em que o inciso V do art. 927 do CPC indica um tipo aberto, mas sem explicitar a sua formação como precedente, como se observa em trecho:

Ademais, o inciso V do art. 927 estabelece uma espécie de tipo aberto, sem nenhuma preocupação com o procedimento de formação do precedente, dispondo apenas que também deverão ser observadas por juízes e tribunais “as orientações de plenário e do órgão especial”. Um bom exemplo de precedente qualificado que poderá vir a ser extraído desse inciso é o julgamento do incidente de constitucionalidade fruto da cláusula de reserva de plenário. (MONNERAT, 2019, p. 129)

Portanto, após breve análise sobre o rol de precedentes vinculantes do art. 927 do CPC, é necessário verificar se o rol é taxativo, no qual apenas o que está previsto no art. 927 do CPC poderá ser considerado como precedente, na verdade, se trata de um rol ou meramente exemplificativo, em que prevê algumas hipóteses de precedentes vinculantes e também considera como precedente tais situações em que não estejam obrigatoriamente previsto no art. 927 do CPC. Nessa senda, é importante destacar que não há unanimidade doutrinária acerca do tema, existindo dois entendimentos doutrinários no que concerne tal tema.

O primeiro posicionamento doutrinário é do autor Neves (2016, p. 1304), em que defende o rol taxativo do art. 927 do CPC, pois o artigo aduz de forma expressa o dever dos juízes e dos tribunais observarem de maneira obrigatória os precedentes previstos no referido artigo, haja vista que para o autor, o art. 927 do CPC é suficiente por si só para conferir eficácia vinculante, sem a necessidade de outra lei dispondo sobre. Ademais, cumpre ressaltar que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) detém enunciado com mesmo entendimento do autor Neves, conforme se vislumbra o enunciado 170 (2017, p. 28): “(art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

O segundo entendimento doutrinário é do autor Fredie Didier, o qual afirma que o art. 927 do CPC possui um rol de precedentes vinculantes, mas não é apenas este rol que poderá prever exhaustivamente os precedentes, pois é possível a existência de outros precedentes vinculantes dispostos em diversos outros artigos presentes no CPC. Nessa lógica, Didier (2019, p. 488) defende precedentes vinculantes não previstos no art. 927 do CPC, como por

exemplo as súmulas dos tribunais não superiores, previsto nos artigos 332, IV, 926 e 955 parágrafo único do CPC, os quais permitem o julgamento de plano em caso de não observância dos enunciados de súmulas nas hipóteses elencados pelos artigos supracitados. E, nesse mesmo sentido, se faz importante apresentar o enunciado 169 do FPPC, o qual expõe de forma um pouco obscura o entendimento do autor Didier, em que o art. 927 possui o rol exemplificativo.

À vista disso, diante da breve análise do rol do art. 927 do CPC, se é taxativo ou exemplificativo, é necessário afirmar que o rol é exemplificativo, pois ao se aprofundar em cima do tema central do presente estudo, ou seja, avaliar se o IRDR possui força para a construção de precedentes, verifica-se que não basta apenas o rol do art. 927 do CPC, mas também é preciso do art. 985 do CPC, conforme é o entendimento da autora Sofia Temer (2015, p. 192), como veremos a seguir.

#### **4 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS TEM CONDIÇÕES DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTE?**

Diante do exame do rol de precedentes previsto no art. 927 do CPC, é importante retornar ao ponto central do tema em estudo, que é se a decisão oriunda do IRDR possui força para a se originar um precedente, e se a partir desta premissa tal decisão possui eficácia vinculativa. Para isso, se observa que a força vinculativa do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não está presente somente no art. 927 do CPC, mas também no art. 985 do CPC, os quais devem ser verificados em conjunto.

Portanto, em primeira análise se entende que é possível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas motivar a formação de precedentes, entretanto, há diversas ressalvas, pois não será toda e qualquer decisão proveniente do IRDR que instantaneamente se tornará um precedente, pois para se obter a eficácia vinculativa prevista nos arts. 927 e 985 do CPC deve sempre se observar os procedimentos e prerrogativas utilizadas para consolidar a decisão como um precedente. Segundo o entendimento da autora Temer (2015, p. 192) apenas o fato de a decisão ser proferida no âmbito do IRDR, tal premissa não é suficiente para fundamentar a aplicação da eficácia vinculativa, pois na visão da autora, é indispensável que a força vinculativa aconteça somente se respeitadas as características essenciais do próprio instituto.

Nesse sentido, não será a decisão na íntegra do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que vinculará todos (dos juízes ao tribunal), mas sim, uma tese jurídica criada a partir da interpretação dos fundamentos do acórdão do IRDR, ou seja, será a *ratio decidendi*,

pois conforme já exposto anteriormente a *ratio decidendi* é o núcleo decisório, composta por fundamentos determinantes do julgado a partir da interpretação do tribunal acerca do tema.

Logo, ao se seguir esta linha de raciocínio, cabe ressaltar que a *obiter dictum* jamais poderá alcançar a eficácia vinculativa, haja vista que se trata apenas de argumentos de mero reforço, sem abordar a questão principal em discussão, valendo salientar um breve apontamento da autora Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 19), na qual o *obiter dictum* significa dito para morrer, ou seja, trata-se de assuntos ditos na decisão, mas que não têm efeito vinculante em relação às decisões posteriores, mas apenas em caráter persuasivo, nunca compondo o núcleo decisório.

Dessa forma, se faz necessário questionar o que é uma tese jurídica, ora *ratio decidendi*, e por qual motivo apenas essa característica detém a eficácia vinculativa do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, indagação esta que é perfeitamente respondida por Temer (2015):

Na decisão do IRDR, o que tem de eficácia vinculativa em relação ao julgamento dos casos repetitivos é a tese jurídica. A tese jurídica é a norma gerada pelo tribunal em relação a interpretação, alcance ou constitucionalidade de uma determinada questão de direito. A tese compreende o raciocínio empreendido pelo tribunal para, diante de uma categoria fática, apreciar e resolver uma questão jurídica problemática, apontando para a melhor conclusão, em termos de racionalidade e universalidade. (TEMER, 2015, p. 194).

À vista disso, resta-se evidenciada a importância da fundamentação na decisão, para a formação da tese jurídica na qual adquire força vinculativa, pois tal entendimento supracitado deve sempre se coadunar com o art. 984, §2º do CPC. É baseado nestes dois aspectos que se cria o padrão decisório aplicável às demandas de massa sobrestadas pelo instituto e para as futuras demandas que tratem do assunto firmado em tese.

Deste modo, a tese jurídica firmada através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas obtém status de precedente jurídico obrigatório, pois vinculará os juízes e os tribunais de forma geral ou local a depender do grau de hierarquia jurisdicional, contribuindo para a aplicação da tese em massa, reprimindo assim, a litigiosidade repetitiva. Neste ponto, frisa-se que, tal aplicação não é acompanhada de um automático desrespeito aos princípios norteadores do processo civil, em razão de impedir que as demandas repetitivas sejam interpretadas e sentenciadas em métodos desiguais, especialmente porque a tese jurídica do IRDR fortalece as decisões conscientes e racionais.

Isso ocorre porque o Poder Judiciário, uma vez tendo emitido a tese, fica vinculado ao padrão decisório diante de toda e qualquer causa que apresente semelhança de direito. Assim,

é possível afirmar que ocorre um ganho qualitativo na abordagem dos argumentos debatidos no incidente, conforme aduz Temer (2015, p. 201).

Isto posto, é inegável reconhecer a eficiência do IRDR para proporcionar a busca de maior segurança jurídica e cumprimento do tempo razoável do processo aos processos nos tribunais e, ao mesmo tempo garantir com a tese jurídica fixada um tratamento isonômico para ambas as partes da demanda jurisdicional, o que pode representar uma significativa melhora na análise dos processos judiciais.

Neste ponto, traz-se à baila, a título de exemplificar o que foi acima exposto, o julgamento ocorrido em sede de Recurso especial 1.846.649/MA – tema repetitivo 1.061. Tal caso se originou diante da admissibilidade do IRDR pelo Tribunal de Justiça do Maranhão sobre o tema geral dos empréstimos consignados referentes à jurisdição no Estado do Maranhão, no qual ficam sobrestado cerca de 38 000 (trinta e oito mil) processos em curso.

Após a afetação da causa piloto, o TJMA firmou quatro teses jurídicas. A primeira tese foi fixada no sentido de que diante de uma relação pautada pelo direito do consumidor, “independentemente da inversão do ônus da prova, deve ser decretada apenas nas hipóteses autorizadas pelo art. 6º VIII do CDC”, caberá também ao magistrado a possibilidade de inverter o ônus da prova a fim de melhor provar se a instituição ofereceu ou não empréstimo compulsório.

Já a segunda tese fixada reconhece que mesmo a pessoa analfabeta que tenha firmado o contrato, isso não o anula de pronto, mas ao contrário, ela é plenamente capaz para realizar atos da vida civil, podendo esta capacidade ser manifestada por qualquer meio admitido pelo direito, “não se fazendo necessário uma procuração ou escritura pública para realização de um contrato de empréstimo consignado”. A terceira tese fixada aduz que será cabível a repetição do indébito em dobro, ao ser constatado a inexistência ou invalidade do contrato que fora celebrado entre a parte autora e a instituição financeira, devendo ser comprovado que a instituição financeira agiu com má-fé. Por fim, como última tese, o Tribunal de Justiça do Maranhão reconheceu a legalidade de quaisquer contatos de mútuo financeiro, com exceção dos não admitidos pelo direito.

No que concerne a esta última tese fixada pelo TJMA, ela foi contestada pelo Banco do Brasil por meio de Recurso Especial Repetitivo ao Superior Tribunal de Justiça, questionando acerca do ônus ao pagamento das custas da perícia grafotécnica nos contratos bancários, ocasionando o surgimento do tema 1.061. Quer dizer, a partir do acórdão em IRDR proferido pelo TJMA, originou-se também um precedente qualificado na forma do art. 987, §2º do CPC.

Percebe-se que, a tese fixada em análise é um exemplo evidente de que o IRDR possui plenas condições para a formação de precedentes, nos quais os juízes e tribunais devem sempre observar, pois como ocorreu a interposição de Recurso Especial do julgamento do IRDR, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça terá aplicação geral, em todo o território nacional e para todos os processos que versem sobre a matéria de direito em questão.

## 5 CONCLUSÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas brasileiro teve sua inspiração no procedimento modelo originado em 1979, denominado primeiramente pelo direito alemão como *Musterverfahren*, que teve enorme importância no passado, justamente por dar início a uma ferramenta para resolução eficiente e célere de numerosos processos com a mesma controvérsia jurídica. Entretanto, apesar do sistema *Musterverfahren* servir como a principal fonte inspiradora do IRDR no Brasil, o instituto criado no país em sua versão final obteve características próprias e adequadas para o cenário jurídico brasileiro.

A conceituação do IRDR pode ser entendida como um instrumento processual que é utilizado para garantir celeridade processual, economia processual e a segurança jurídica quanto às decisões de um tribunal. Quanto à finalidade de um IRDR se dá por ser um procedimento que busca convergir os entendimentos de um tribunal, que acarreta vários processos originários e recursais, individuais ou coletivos, existentes e futuros com a mesma questão de direito, através de uma decisão suprema sobre este determinado tema. Mas para se chegar a tal entendimento, são necessários alguns requisitos que estão dispostos no artigo 975 do Código de Processo Civil.

Em conjunto, o uso deste IRDR para a construção de um precedente é permitido que possa ser formado através de uma tese jurídica criada a partir da interpretação dos fundamentos do acórdão do IRDR, resultando em um status de precedente obrigatório e, conseqüentemente, vinculando os juízes e os tribunais, contribuindo para exacerbada existência de causas cujo objeto de direito se repetem, ocorrendo no sistema judiciário, tanto uma padronização de um entendimento sobre uma questão no presente, quanto para vincular as futuras ações que venham versar sobre a mesma de direito.

À vista disso, é necessário frisar a importância do IRDR na formação de precedentes e a sua conseqüente solução das demandas em massa, em razão do instituto dedicar-se à ampla fixação de teses jurídicas com eficácia vinculativa, desde que a tese jurídica alcançada seja sempre oriunda da interpretação dos fundamentos provenientes do incidente, pois o

tribunal deverá a todo momento caminhar para a melhor conclusão para a resolução da litigiosidade em massa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; CEGARRA, Carolina Menck de Oliveira; MIZUSAKI, Bianca Thamiris. **Incidente de resolução das demandas repetitivas**: uma análise crítica à luz dos princípios constitucionais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 235-251, 2019. Semestral. Disponível em:

<https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/00006d/00006d83.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COSTA, Flávia Augusta Pedroni Biondo. **A eficácia vinculante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil**. 2017. . Artigo Científico (Especialização) - Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n6\\_2017/pdf/FlaviaAugustaPedroniBiondoCosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n6_2017/pdf/FlaviaAugustaPedroniBiondoCosta.pdf). Acesso em: 04 nov. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil: **teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. V.2. Salvador: JusPodivm, 2019.

\_\_\_\_\_ et al. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 8, 2017, Florianópolis.

**Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Disponível em:

<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 04 de nov. 2022.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante et al. **Elementos da teoria do precedente judicial**. São Paulo, Em Tempo, v. 15, p. 55-71, 29 ago. 2016. Disponível em:

<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/download/1638/473>. Acesso em: 06 nov. 2022

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios et al. **Direito processual civil: esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIPPMANN, Rafael Knorr. **Precedente judicial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em:

[https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao\\_2/precedente-judicial](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao_2/precedente-judicial). Acesso em 24 out.2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de C. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. 9788530976958. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976958/>. Acesso em: 06 set. 2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. Revista dos Tribunais Online: *The settlement of recurring claims in the new Code of Civil Procedure*, [s. l], v. 243/2015, p. 283-331, maio 2015. Mensal. Disponível em: [https://www.academia.edu/15300046/O\\_incidente\\_de\\_resolucao\\_de\\_demandas\\_repetitivas\\_do\\_novo\\_Codigo\\_de\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolucao_de_demandas_repetitivas_do_novo_Codigo_de_Processo_Civil). Acesso em: 05 nov. 2022.

MONNERAT, Fábio Victor Fonte. **Súmulas e Precedentes Qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2019. 479 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553615612/pageid/3>. Acesso em: 19 out. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processo Civil**. 8.ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 210, n. 53, p. 63-80, 2016. Trimestral. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril\\_v53\\_n210\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf). Acesso em: 06 set. 2022.

RODRIGO, Márcio. **ORIENTAÇÃO | Corregedoria recomenda julgamento dos processos de empréstimos consignados alcançados pelo IRDR N° 53.983/16**. 2019. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/midia/cgj/noticia/430139>. Acesso em: 25 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Instituição financeira é responsável por provar autenticidade de assinatura em contrato questionado pelo cliente**. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04022022-Instituicao-financeira-e-responsavel-por-provar-autenticidade-de-assinatura-em-contrato-questionado-pelo-cliente-.aspx>. Acesso em: 25 nov. 2022.

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2015. 264 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9491>. Acesso em: 08 set. 2022.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021. 319 p. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598469/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml%5D!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598469/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml%5D!/4). Acesso em: 19 out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (Estado). **Manual do Irdre**. p. 01-11. 1ª VICEPRESIDÊNCIA. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/irdre-informacoes>. Acesso em: 15 set. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. **JURISPRUDÊNCIA | TJMA decide pela admissibilidade de IRDR sobre empréstimos consignados**. 2017. Assessoria

de Comunicação do TJMA. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/midia/tj/noticia/417825>. Acesso em: 25 nov. 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito civil: *civil law e common law***, Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 34, v. 172, jun. 2009.

# A REGIONALIZAÇÃO DOS PRODUTOS: UM ESTUDO SOBRE O EMPODERAMENTO DO CONSUMIDOR HIPERMODERNO

THE REGIONALIZATION OF PRODUCTS: A STUDY ON THE EMPOWERMENT OF THE HYPERMODERN CONSUMER

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	06/12/2022

Dennis Verbicaro Soares<sup>1</sup>  
Eugênia Luiza Passos Pinheiro<sup>2</sup>  
Larissa Rodrigues Farias<sup>3</sup>

## RESUMO

---

O presente artigo visa discutir se o empoderamento do consumidor hipermoderno sofre influências frente a criação de necessidades artificiais a partir do fenômeno denominado *regionalwashing*. Para tanto, analisou-se os paradoxos da sociedade hipermoderna, o capitalismo artista e o uso da regionalização como estratégia de fidelização, bem como a conscientização dos consumidores. Assim, chegou-se ao entendimento de que o consumidor tem a sua liberdade de escolha mitigada, não sendo, portanto, imune aos efeitos do mercado, porquanto é vulnerável à prática do *regionalwashing*. Em termos metodológicos, a presente pesquisa utilizou o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Por fim, espera-se que a presente pesquisa contribua com a reflexão acerca da necessidade de conscientizar os consumidores a respeito dessa prática, de modo a promover a sua liberdade de escolha.

**Palavras-chave:** Consumidor; hipermodernidade; regionalização de produtos; necessidades artificiais; empoderamento.

## ABSTRACT

---

This article aims to discuss whether the empowerment of the hypermodern consumer is influenced by the creation of artificial needs from the phenomenon called *regionalwhasing*. Therefore, the paradoxes of hypermodern society, artistic capitalism and the use of regionalization as a loyalty strategy, as well as consumer awareness, were analyzed. Thereby,

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Editor-Chefe de Revista. Procurador do Estado do Pará. Advogado.

<sup>2</sup> Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA, eugenia18060443@aluno.cesupa.br.

<sup>3</sup> Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA, larissa18060472@aluno.cesupa.br.

the understanding was reached that the consumer has his freedom of choice mitigated, not being, therefore, immune to the effects of the market, since he is vulnerable to the practice of regionalwhasing. In methodological terms, this research used the deductive method and bibliographic research technique. Lastly, it is expected that this research will contribute to reflection on the need to make consumers aware of this practice, in order to promote their freedom of choice.

**Keywords:** Consumer; hypermodernity; regionalization of products; artificial needs; empowerment.

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto atual, vive-se a era do hiper, em que a hipermodernidade inaugura a figura do hiperconsumidor e do hipernarciso. Surge, portanto, o consumo emocional voltado para a satisfação do eu ao invés da exibição social. Nesse aspecto o consumidor hipermoderno busca por um consumo mais responsável e consciente. O hiperconsumidor está cada vez mais consciente de que o ato de comprar pode influenciar o ambiente ao seu redor, principalmente a sua região (LIPOVETSKY, 2004).

Em que pese os consumidores tenham se tornado mais exigentes, propondo-se a consumir com mais qualidade, não houve a desvinculação do consumo dos preceitos da sociedade moderna. Nessa perspectiva, o consumo ainda está vinculado, em sua maioria, às necessidades artificiais, em que o ideal de felicidade está pautado na aquisição de produtos e serviços.

Esse aspecto do mercado é fomentado, segundo Lipovetsky e Serroy (2014), pelo capitalismo artista, o qual se apropria das emoções e desejos de seu público-alvo e cria verdadeiras miragens, propiciando o consumo irrefletido, excessivo, transitório e supérfluo, gerando um círculo vicioso, o que impede o consumidor de alcançar a satisfação dos desejos e da felicidade.

O paradoxo do consumidor hipermoderno, acentuado pelo maior acesso à informação, levou os fornecedores a se adaptarem, de modo que passassem a oferecer bens que desde a sua concepção se moldam às preferências do consumidor. Os fornecedores, portanto, passaram a vincular a sua marca, produtos e serviços à "regionalização" e ao ideal de desenvolvimento sustentável, com a premissa de boa-fé, moralidade e ética, apropriando-se da bandeira do consumo responsável e de características regionais, para se destacarem no mercado e garantirem a fidelização do consumidor, haja vista que este passou a ser mais crítico, na medida em que o prazer gerado a ele excede o ato da compra.

Nesse sentido, os fornecedores apresentam os seus produtos com uma nova "roupagem", associando novas características a eles, e assim criando novas necessidades

artificiais. Partindo dessas premissas, a presente pesquisa objetiva responder ao seguinte problema: De que forma a utilização de elementos regionais para a criação de necessidades artificiais, influencia no empoderamento do consumidor hipermoderno?

No intuito de responder ao referido problema de pesquisa, será analisado, na primeira seção do trabalho, o contexto do desenvolvimento da relação de consumo através da construção da ideia de hipermodernidade, bem como a conceituação de capitalismo artista. Em seguida, na segunda seção, é abordada a regionalização como uma estratégia para fidelizar os consumidores e garantir destaque ao fornecedor no mercado de consumo. Por derradeiro, na terceira seção discute-se a mitigação do empoderamento do consumidor no mercado a partir das reflexões anteriormente expostas no presente artigo. No que se refere à metodologia, foi utilizado o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do estudo de artigos científicos, livros e documentos exclusivos em meio eletrônico.

## **2 CONTEXTO PRÁTICO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

No ambiente de constantes transformações sociais, se faz necessário a reflexão sobre o ato de consumir na sociedade contemporânea. A sociedade de consumo atual corresponde a hipermodernidade, caracterizada por um paradoxo, em que, ao mesmo tempo que exalta o bem-estar, harmonia e o equilíbrio; de outro, conduz a um consumo desnecessário e excessivo, a partir do estímulo das satisfações imediatas das necessidades e da urgência dos prazeres (VERBICARO; OLIVEIRA, 2022). Nesse contexto, o ato de consumir poderia contribuir para a melhora da qualidade de vida e do bem-estar da sociedade, impactando positivamente no desenvolvimento regional, quanto para a exploração dos recursos regionais, criando necessidades artificiais e aumentando as desigualdades sociais.

É preciso compreender que apenas com a pós-modernidade houve a emancipação com os valores da era clássica, em que o indivíduo passa a ser menos subserviente e mais hedonista. No entanto, embora não tenha ocorrido um rompimento com os ideais pós-modernos, o termo pós-moderno passou a ser insuficiente para se referir à sociedade atual (VERBICARO; RODRIGUES, 2017).

Assim, Lipovetsky incorporou a era hipermoderna, como uma era de uma civilização do desejo, no qual se estabeleceu como uma transformação inerente aos interesses do capitalismo. Essa nova modernidade fomenta o ambiente de inquietação e de permanente insatisfação do consumo, regida por princípios antagônicos e, principalmente, pelo antagonismo entre a lógica econômica, lógica política e lógica cultural (LIPOVETSKY;

SERROY, 2014). É nessa perspectiva que os paradoxos da hipermodernidade se constituem, conforme dispõe Lipovetsky (2004, p. 27):

Os indivíduos hipermodernos são ao mesmo tempo mais informados e mais desestruturados, mais adultos e mais instáveis, menos ideológicos e mais tributários das modas, mais abertos e mais influenciáveis, mais críticos e mais superficiais, mais céticos e menos profundos.

Com efeito, percebe-se que a hipermodernidade caracteriza-se por ser um momento em que as normas que constituem a modernidade cultural orientam os indivíduos a direções opostas, haja vista que passa-se a ter um pluralismo normativo feito de contradições interculturais. Os conflitos, passam a despertar novos tipos de enfermidades e sofrimentos para os indivíduos como a ansiedade, depressão, perda da confiança em si e a depreciação de si (LIPOVETSKY; SERROY, 2014).

Nesse contexto, Lipovetsky (2007) aponta que a sociedade hipermoderna de consumo apresenta três fases vinculadas a uma relação de continuação e de complementaridade entre si, sem um abandono de forma definitiva da fase anterior.

A primeira fase está compreendida entre os anos 80 e a Segunda Guerra Mundial e caracteriza-se pelo vínculo com o mercado de massa, marcado pelo sistema de produção industrial Fordista (LIPOVETSKY, 2007). É nessa fase que uma tríplice invenção se consolida (marca, publicidade e o acondicionamento), impulsiona as vendas e transforma o consumidor tradicional em um consumidor moderno.

O consumidor transfere a confiança depositada no vendedor para a marca como garantia de qualidade dos produtos e serviços. Essa transformação, promove um consumidor de marcas que necessita ser educado e seduzido, por meio da publicidade (LIPOVETSKY, 2007). O acondicionamento dos produtos pelas indústrias, gerando a produção em massa, impulsionou o surgimento dos grandes magazines e shopping, transformando a relação de consumo a partir de uma perspectiva de desculpabilização do ato de compra, transformando os locais de venda (VERBICARO; OLIVEIRA, 2022). A primeira fase, inventou e nos deixou como herança o consumo-sedução e o consumo-distração (LIPOVETSKY, 2007).

A segunda fase corresponde à denominada sociedade de abundância, compreendida no pós-Segunda Guerra Mundial. Essa fase, caracteriza-se pela democratização do consumo, dando origem a um poder de compra em camadas sociais cada vez mais alargadas, em que as massas passam a buscar um modelo de vida (bens duradouros, atividades de lazer, férias, moda, entre outros), através do culto hedonista e da busca material psicologizado e

individualizado, que até então era exclusivo das elites sociais (VERBICARO; OLIVEIRA, 2022).

A lógica desse ciclo, passa a pautar-se na vida presente e nas satisfações imediatas dos indivíduos, que está inserido em um contexto de individualização das expectativas e de seus comportamentos. Assim, a sociedade de consumo de massa é propriamente erguida no decurso desse ciclo, em que se passa a ter um ambiente de estimulação dos desejos. Nesse sentido, Verbicaro e Oliveira (2022, p. 318), dispõem:

Trata-se de um tipo de sociedade que substitui a coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pela despesa, a solenidade pelo humor, o recalcamento pela libertação, as promessas do futuro pelo presente e o crédito encorajado para que se possa comprar as maravilhas da terra da abundância, para que o indivíduo concretize os seus desejos sem ter de esperar.

Essa é a formatação da sociedade de consumo, em que consumir, enquanto cria uma ideia de distinção social, cria uma espécie de identidade comum entre os indivíduos, promovendo uma falsa ideia de pertencimento ao grupo social (VERBICARO; MASCARENHAS; RIBEIRO, 2020).

A terceira fase está vinculada a um consumo emocional e hedonista, com a capacidade de despertar experiências afetivas. Nesse contexto surge a era do hiper, a qual se caracteriza pelo hiperconsumo, hipermodernidade e hipernarciso (LIPOVETSKY, 2004).

No hiperconsumo, o consumo passa a absorver e integrar parcelas crescentes da vida social, que segue uma perspectiva emotiva e hedonista, fazendo com que os indivíduos consumam pela satisfação, em que se consolida o luxo emocional, psicologizado e experiencial (LIPOVETSKY, 2004). Assim, a felicidade do consumidor não está pautada na fruição do objeto e sim no desejo, substituídos de maneira recorrente e construídos pelo mercado a partir de modelos individuais de felicidade, ocasionando a busca constante desse consumidor pela felicidade.

A hipermodernidade caracteriza-se pela fluidez e pela flexibilidade. O hipernacisismo, o indivíduo torna-se mais responsável, flexível, organizado, maduro, rompendo com as características hedonistas. No entanto, não houve uma ruptura com os ideais pós-modernos, e sim uma coexistência dos novos valores e preocupações da sociedade com os anteriores (VERBICARO; RODRIGUES, 2017).

Nesse contexto, Lipovetsky (2004, p.56) afirma que "trata-se de modernizar a própria modernidade". Portanto, a nova realidade se estrutura sem abandonar completamente a

anterior, em que os espíritos libertário e hedonista dos tempos pós-modernos passam a ser latentes enquanto a responsabilidade torna-se evidente (VERBICARO; RODRIGUES, 2017).

A hipermodernidade traz uma mudança do panorama social e da relação dos indivíduos com o presente, em que esse deixa de ser vivenciado de forma plena e despreocupada, ao passo que o indivíduo passa a preocupar-se com o futuro (VERBICARO; RODRIGUES, 2017). Desse modo, o indivíduo passa a ter uma postura mais preventiva, com a intensificação de condutas voltadas para o futuro, para a subsistência das gerações futuras, em que as preocupações com questões ambientais assumem papel fundamental dos debates coletivos, com a afirmação do desenvolvimento sustentável (LIPOVETSKY, 2004).

Nessa perspectiva, vivemos a sociedade do hiperconsumo, com o surgimento de um novo tipo de consumo emocional, voltado para a satisfação do eu ao invés da exibição social, nesse aspecto surgiu a busca por um consumo "responsável" e "consciente". Assim, o hiperconsumidor, diferentemente do consumidor das fases anteriores, informa-se muito mais sobre os produtos, bem como toma sua decisão de forma mais individualizada desprendendo-se, eletivamente, das tradições anteriormente existentes, permitindo com que haja um consumo mais consciente, responsável e com mais qualidade (RIBEIRO, 2018). No entanto, ao mesmo tempo, há uma forte estima pessoal por marcas, hedonismo individualista, consumo emocional e consumo em excesso por parte dos indivíduos.

Nesse sentido, a hipermodernidade permite a coexistência de um consumo padronizado pela compra emocional e um consumo consciente e ético, seja pelo meio ambiente, aspectos regionais, saúde, entre outros. De todo modo, esse grupo que preza por um consumo mais consciente não deixa de fazer parte do universo do hiperconsumo.

Seu intuito não é sair do universo consumista: a prova disso é que gastam mais que a média dos consumidores em muitas das referências de produtos. O que lhes importa é consumir "melhor": escolher produtos de melhor qualidade, mais respeitadores do meio ambiente. Trata-se de comprar de maneira "inteligente": como um sujeito, não como um fantoche-consumidor. (LIPOVETSKY, 2007, p. 344).

O comportamento de tais consumidores propicia de forma temporal e transitória que o hiperconsumo se enquadre nos ideais de sustentabilidade.

### **3 O CAPITALISMO ARTISTA E SUAS NECESSIDADES ARTIFICIAIS**

Como exposto no item anterior, o consumidor hipermoderno é eivado de contradições, ao mesmo tempo que é mais informado e empoderado, também é influenciado pelo mercado. É deste comportamento que se sustenta o modelo capitalista atual, também denominado de

artista, o qual utiliza da arte/estética para seduzir a clientela. Diferentemente do modelo anterior, baseado na produção em massa, o capitalismo artista está antenado às emoções dos consumidores, procurando captá-los através de métodos performáticos (LIPOVETSKY; SERROY, 2014).

Assim explicam Lipovetsky e Serroy:

Nessa nova economia que repousa nas tecnologias de comunicação, no marketing, nas indústrias culturais e no turismo, a prioridade não se volta apenas para a fabricação material dos produtos, mas também para a criação de imagens, de espetáculos, de lazeres, de roteiros comerciais que possibilitam a distração e experiências excitantes (2014, p. 40).

A lógica de trabalhar para satisfazer as necessidades humanas básicas, excluindo-se tudo que seria supérfluo ou fantasioso, foi subvertida pelo sistema hipermoderno, a finalidade agora é instigar o consumo pelo simples prazer de consumir, de experienciar desejos e sonhos. Ou seja, o foco das empresas deixa de ser apenas a redução de custos e aumento da produtividade, e passa a ser também a fidelização desse consumidor hipermoderno em meio a um mercado altamente competitivo (LIPOVETSKY; SERROY, 2014).

Nesse sentido, o consumidor passa a atrelar seus sentimentos e até mesmo a sua própria *persona* àqueles bens e serviços oferecidos, tendo em vista que o assédio de consumo interfere diretamente na sua liberdade de escolha. Dividido entre consumir aquela experiência desejada e a sua realidade (financeira e emocional), o consumidor se encontra num estado ainda mais vulnerável (VERBICARO; RODRIGUES; ATAIDE, 2018).

É neste contexto que surgem as necessidades artificiais, estas são criadas e nutridas pelo hiperconsumo, formando um ciclo vicioso com a criação de um novo produto/serviço seguido pela sua vinculação com a felicidade pessoal do consumidor, perpassando pelo sentimento de frustração ao não possuí-lo e pelo, enfim, momento da compra e do usufruto, até o alcance da obsolescência programada, e assim há o lançamento de um produto/serviço ainda mais novo no mercado (CAMPELLO; VERBICARO; MARANHÃO, 2020) (VERBICARO; RODRIGUES; ATAIDE, 2018).

A manutenção desse sistema se dá através da utilização de métodos como o *storytelling*, que através de uma comunicação “mais próxima” do seu público, a marca cria uma ambientação que permite a projeção daquele indivíduo naquela narrativa, formando a ilusão de que o consumidor optou de forma natural por aquela marca (CARRILHO; MARKUS, 2014). Nesse sentido, poderíamos questionar se a utilização dessas estratégias de

fidelização dos consumidores, em especial a apropriação de características regionais ou mesmo de produtos regionais, interfere na liberdade de escolha destes?

#### **4 A REGIONALIZAÇÃO COMO ESTRATÉGIA PARA FIDELIZAR OS CONSUMIDORES**

Inicialmente, há a necessidade de entendermos o que significa “regionalismo” o qual, apesar do impulso de caracterizá-lo como um conceito geral das peculiaridades de uma determinada região, é um termo vago/nebuloso (RICHARD, 2014), por isso utilizou-se o conceito do dicionário: “Característica daquilo que é particular e próprio de determinada região; qualidade do que expressa costumes e tradições regionais.” (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2022)

É preciso também a compreensão do termo “identidade”, o qual perpassa por questões existenciais como “o que eu sou?” e “o que não sou?” (SILVA, 2017). Para o filósofo Stuart Hall, a identidade do sujeito pós-moderno é mutável, em constante transformação, adaptando-se ao contexto que está vivenciando (HALL, 2006). E para melhor entendimento, também utilizaremos o conceito do dicionário: “Conjunto das qualidades e das características particulares de uma pessoa que torna possível sua identificação ou reconhecimento” (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2022)

Nesse sentido, é interessante a ideia de que consumir para compreender ou externalizar aquilo com que nos identificamos. Woodward (2017) afirma ter uma ligação entre a identidade do indivíduo e aquilo que usa, e nesta mesma toada temos a obra de Barbara Kruger (1987) “*i shop therefore i am*”, em tradução livre “compro, logo eu sou”, ou seja, há uma linha tênue entre o “ser” e o “ter”.

Dessa maneira, podemos fazer um paralelo com as características do consumidor hipermoderno, principalmente o sentimento de extremo vazio presenciado por si e a necessidade de preenchê-lo. Contudo, nessa busca incessante, o consumidor acaba se satisfazendo com externalidades e objetos supérfluos, os quais logo a obsolescência programada alcançará, mas ainda assim deposita a sua confiança em determinada empresa, tentado pelas promessas associadas aquela marca.

Uma das estratégias utilizadas pelos fornecedores, como já mencionado, é a regionalização dos produtos/serviços como uma forma de assegurar a atenção daquele público e um ótimo exemplo é o Açaí. De certo este fruto é parte da dieta local dos estados nortistas, mas em seus primórdios era consumido apenas pela classe trabalhadora, este cenário veio a mudar em meados de 1990, onde o mercado passou a vender a ideia de que o açaí seria uma

espécie de superalimento, e assim passou a ser consumido também pela elite (BRONDIZIO, 2008, apud, FONSECA, 2020)

Essa transformação do açaí foi feita em vários âmbitos, mais recentemente podemos ver sua utilização por diferentes marcas de diversos setores, desde a indústria de cosméticos (ex: Natura) a alimentícia (ex: OakBerry). Brondizio afirma que o açaí passou por uma transformação drástica:

[...] dramaticamente além de qualquer semelhança com suas formas regionais de consumo para acomodar preferências de novos grupos; ao invés de gosto, nome do açaí, ícones e imagens, e sua cor característica passaram a cumprir seu valor simbólico. Nesse sentido, o gosto adquiriu novos significados para novos consumidores. (2008, p.166 *apud*, FONSECA, 2020, p. 60)

Outro exemplo é o Festival Folclórico de Parintins em Manaus, onde empresas imergem naquela festividade e transformam o seu modo publicitário para se adequar à rivalidade entre os bois Caprichoso e Garantido, como a Coca-Cola que deixa de ser apenas vermelha para produzir embalagens também na cor azul (SOUZA, 2012).

Observa-se no primeiro caso que o mercado agiu para mudar a percepção de um bem para benefício próprio, introduzindo novas características supostamente inatas àquele insumo. Essas novas “descobertas” direcionam o comportamento do consumidor, e este passa a desejar aquele produto não mais pela necessidade em si, mas sim pela simples cobiça. Nasce assim uma necessidade artificial criada por esse capitalismo artista.

Já no segundo exemplo, o mercado aparenta ter se moldado àquela situação, submetendo-se à vontade do consumidor. Mas a realidade é que, em ambos os casos, os fornecedores se apropriaram da identidade regional para auferir lucro e se manter no mercado. Ao passo que o consumidor se fideliza aquela empresa por acreditar que, supostamente, irá gerar visibilidade a sua região e, conseqüentemente, melhorar a economia local.

Em vista disso, podemos realizar um paralelo dessa regionalização com a prática de publicidade enganosa denominada de maquiagem publicitária (*greenwashing*, *bluwashing* e *pinkwashing*), tendo em vista que os fornecedores veiculam a ideia de que estão beneficiando aquela região, quando, na verdade, o foco é atrair aquele público. Aqui sugere-se a utilização da nomenclatura *regionalwashing* para identificar essa prática.

## **5 O MITO DA SOBERANIA DO CONSUMIDOR E FORMAS DE EMPODERAMENTO**

Como exposto, progressivamente, os consumidores hipermodernos estão expostos a uma dupla condição de soberania e vulnerabilidade, que fazem surgir concepções opostas que estão justapostas no mesmo ser. Assim, simultaneamente, são considerados agentes de transformações do mercado e são supervenientes às imposições desse (BIERWAGEN, 2011).

Nesse sentido, a crença na soberania do consumidor pauta-se na concepção liberal, em que o indivíduo é soberano para autogovernar-se e decidir sobre suas necessidades, desejos, identidade e vontade. O consumidor, então, nessa concepção, influencia diretamente nos fatores de produção, pois a partir da sua liberdade de escolha determina as demandas do mercado para satisfazê-lo (VERBICARO; OLIVEIRA, 2022).

Contudo, a massificação e a homogeneização dos bens de consumo, somados com a influência da publicidade, demonstram uma grande fragilidade do consumidor frente ao poderio dos fornecedores, principalmente, quando se observa que o fator determinante da produção não está pautado na liberdade de escolha do consumidor e sim, na manipulação dessa escolha pelo mercado (VERBICARO; OLIVEIRA, 2022).

A hipermodernidade, portanto, nos traz a ideia de que a soberania do consumidor pautada na sua liberdade de escolha passa a ser mitigada, em que diversos elementos, como o design, inovação e a venda, são utilizados para manipular o consumidor.

Ademais, Bauman (2005) examina a perspectiva de manipulação, segundo o qual a decisão de não escolher foi retirada do consumidor, existindo uma exigência para que o indivíduo integre a sociedade de consumo, realizando escolhas competentes e que, ao mesmo tempo, não se arrisque de modo a não se comprometer.

Verbicaro e Oliveira (2022, p. 321), ressaltam que:

Mas esse não é o único diagnóstico a descortinar o mito da soberania do consumidor, pois como este mesmo autor diagnostica, o elo ainda mais direto entre a produção e as necessidades é fornecido pelas empresas de publicidade e de técnicas de venda modernas. Essas não podem estar conciliadas à noção de desejos determinados independentemente, pois sua função é criá-los, dar vida às necessidades previamente não existentes. Assim, cabe ao produtor tanto a função de produzir os bens quanto a de elaborar o desejo por eles. Reconhece que a produção cria necessidades que busca satisfazer não apenas passivamente, por meio da emulação, mas ativamente, a partir da publicidade e de atividades relacionadas.

Nesse contexto, Lipovetsky (2007) expõe que a sociedade do hiperconsumo é marcada por uma lógica subjetiva e emocional, no qual o consumo é construído em detrimento das finalidades, gostos e critérios individuais. Portanto, as estratégias publicitárias passaram a ser empregadas como forma de criar vínculos emocionais com as marcas e conseqüentemente

fidelizar o consumidor, através do enaltecimento de bens considerados relevantes para aquele grupo de consumidores, tais como o uso de elementos regionais.

Entretanto, quando o mercado cria necessidades artificiais e vincula a sua imagem a ideias de responsabilidade social, sem que efetivamente aplique tal prática, estará diante da manipulação da liberdade de escolha do consumidor. Assim, é importante perceber que ansiedade por se destacar no mercado de consumo e fidelizar os clientes, comunicando resultados incipientes, e utilizando-se de ações pontuais sem ter uma preocupação constante com proteção e desenvolvimento regional, acabam por praticar o *regionalwashing*, depreciando a imagem do comércio e mitigando a soberania do consumidor, visto que a sua liberdade de escolha torna-se viciada.

Doravante, os fornecedores ao invés de aplicarem técnicas eficientes para o desenvolvimento da região quando da disponibilização de bens e serviços, agem em sentido contrário, posto que se apropriam da temática regional pautados na perspectiva de desenvolvimento, sem beneficiar a região, trazendo prejuízo material e imaterial aos consumidores (VERBICARO; SILVA, 2022).

A finalidade é cativar grupos sociais que defendam e se interessem pelo desenvolvimento regional, portanto, se interessem pelos produtos e serviços comercializados por empresas que se dizem engajadas com valores e com a cultura de determinada localidade.

Dessa forma, a manipulação do mercado, através da apropriação de elementos regionais com intuito de criação de necessidades artificiais e de fidelização, propicia interferências na capacidade dos indivíduos de fazer escolhas e atuar efetivamente sobre elas, influenciando as configurações sociais nas quais as escolhas são realizadas e buscadas, ou seja, interferem no empoderamento do consumidor.

Nesse sentido, a liberdade de atuação do consumidor no mercado é limitada severamente pelas falhas nas informações, apresentação e/ou publicidades dos produtos e serviços que desvirtuam o marketing, com a utilização constante de questões sociais de forma enganosa. Pode-se observar, portanto, que os fornecedores ao vincularem sua imagem a questões referentes à responsabilidade social, sem que efetivamente apliquem tais práticas, acabam ferindo o dever de informação do consumidor.

As abordagens cada vez mais ousadas do mercado e tangentes às emoções do indivíduo, ocorrem tanto nas lojas físicas como no meio digital, no qual ambas objetivam a fidelização do cliente por meio de seu branding e pela imagem que fazem circular no mercado de consumo (VERBICARO; SILVA, 2022).

Diante dessa perspectiva, e considerando que os consumidores hipermodernos são mais conscientes e informados, ao identificarem as violações ao dever de informação, a usurpação de conceitos importantes para si que lesionam a sua expectativa em relação ao produto ou serviço, pode influenciar negativamente outros consumidores na tomada de decisão de comprar ou contratar. (BARROS; BORBA, 2020).

Para tanto, o consumidor pode utilizar-se do empoderamento virtual, também denominado de boicote, a fim de produzir mudanças sensíveis, principalmente, no mercado digital, o qual decorre da mobilização espontânea e dinâmica da sociedade de consumidores, com respostas mais rápidas e efetivas, se comparadas com a atuação dos órgãos governamentais (VERBICARO; OHANA, 2020).

Nesse aspecto, o fornecedor que não entrega o que se propõe, buscando unicamente auferir lucro, pode ter sua marca associada a comentários negativos, influenciando os demais consumidores a não adquirirem tais produtos ou serviços, diminuindo o potencial de venda. Assim, tal prática pode ser considerada um ativismo identitário, vislumbrada como uma forma de sanção moral imposta aos fornecedores que não respeitam os direitos e as expectativas dos consumidores (BARROS; BORBA, 2020).

Portanto, é nítido que a soberania do consumidor diante do mercado de consumo está sendo reduzida diante da utilização indevida de conceitos importantes para esse grupo, a partir da sua utilização para a criação de necessidades artificiais, influenciando no seu empoderamento frente às vontades do fornecedor. Haja, vista que o empoderamento só é conquistado quando as pessoas alcançam a aptidão para controlar ou pelo menos influenciar de modo significativo as forças pessoais, políticas, econômicas e sociais (BAUMAN, 2011). No entanto, é inegável que a tecnologia da informação pode ser uma aliada na busca por informações, e como estratégia de estabelecer uma sanção moral àqueles que violem seus direitos e expectativas.

Por fim, menciona-se a indicação geográfica, o qual é um instrumento tipificado na Lei da Propriedade Industrial (nº 9.279/96) e seu registro é conferido a produtos/serviços em razão de sua origem geográfica. Tal registro “atribui reputação, valor intrínseco e identidade própria” àquele bem, e conseqüentemente geram uma notoriedade para aquela cultura, localidade e população (O QUE... 2017).

Atualmente o Brasil conta com mais de 70 IG's registradas (SAKKIS, 2021), e estas possuem diversos benefícios: impulsionam a reputação dos produtos registrados, estimulam a economia local e desenvolvem a confiança do consumidor (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 2022). Dessa forma, o selo da IG está atrelado à informação

de onde e como aquele bem foi produzido, proporcionando ao consumidor, além da certeza de estar usufruindo um produto de qualidade, a sensação de estar verdadeiramente contribuindo para a sua região.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que, atualmente, o capitalismo artista inverteu a lógica do consumo para suprir necessidades básicas, pelo consumo por prazer. Assim, a sociedade hipermoderna está permeada pelo consumismo, onde o “ter” ocupa o espaço do “ser”, e isto é reforçado pelo comportamento dos fornecedores, principalmente pelas práticas de fidelização do consumidor que se vale da sua vulnerabilidade e interfere diretamente no seu empoderamento.

A regionalização dos produtos ou simplesmente *regionalwashing* deixa o consumidor à mercê dessa estratégia mercadológica, uma vez que fomenta o consumo desenfreado e impensado. E isto estaria pautado na falsa ideia de que se teria um retorno (financeiro, visibilidade etc.) para aquela região. Mas é válido ressaltar que, com a atual informatização, os consumidores decerto têm uma maior capacidade de autotutela, como o compartilhar experiências e os boicotes, bem como a confiança nas indicações geográficas. Não esquecendo, contudo, de que ainda assim o consumidor é vulnerável dentro da relação de consumo.

Interessante comentar que, durante a pesquisa, nos deparamos com o intrigante fato de que para o campo Direito o consumidor é visto como ser dotado de vulnerabilidade, portanto, não teria capacidade de ditar a movimentação do mercado, ao passo que em outras do conhecimento como a publicidade e a economia prevalece a lógica do “cliente tem sempre a razão” e por isso as empresas se moldam para agradá-lo e se manter no mercado.

Assim, a importância deste trabalho para a comunidade acadêmica reside no fato de que traz à luz a problemática do consumidor, infelizmente, ser influenciado pelas artimanhas do mercado, criando-se a ilusão de que é verdadeiramente livre nas suas escolhas, de que comprou algo pelo simples desejo, sem notar que apenas está caminhando em direção a uma miragem, fazendo com que o seu empoderamento seja reduzido, ainda que tenhamos acesso a uma diferente gama de tecnologias e informações.

## REFERÊNCIAS

BARROS, João Pedro Leite; BORBA, Letícia de Oliveira. Consumidor Digital - Perspectivas. In: VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane; VIEIRA, Janaína (org.). **Direito do Consumidor Digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 295-314.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Tradução Alexandre Werneck.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. São Paulo: Diegoan, 2005. Traducción: Albino Santos Mosquera. Disponível em: <https://circulosemiotico.files.wordpress.com/2012/10/vida-liquida-zygmunt-bauman.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **A ideologização do consumo consciente: uma análise sobre soberania do consumidor e liberdade de escolha**. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental, Instituto de Eletrotécnica e Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-23112011-093814/publico/monicabierwagen1.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CARRILHO, Kleber; MARKUS, Kleber. Narrativas na construção de marcas: storytelling e a comunicação de marketing. **Organicom**, São Paulo, n. 20, p. 128-136, jun. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/139224/134566>. Acesso em: 25 nov. 2022

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Identidade**. Disponível em: Dicionário Online de Português. Acesso em: 26 nov. 2022.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Regionalismo**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/regionalismo/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

FONSECA, Rafael Neves. **O REGIME AGROALIMENTAR CORPORATIVO: questionamentos sobre a materialização do açaí ultraprocessado no século xxi**. 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública e Cooperação Internacional, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/18566/1/RafaelNevesFonseca\\_Dissert.pdf](https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/18566/1/RafaelNevesFonseca_Dissert.pdf). Acesso em: 25 nov. 2022.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: Dp&A, 2006. Tradução Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. Disponível em: [https://leiaarqueologia.files.wordpress.com/2018/02/kupdf-com\\_identidade-cultural-na-pos-modernidade-stuart-hallpdf.pdf](https://leiaarqueologia.files.wordpress.com/2018/02/kupdf-com_identidade-cultural-na-pos-modernidade-stuart-hallpdf.pdf). Acesso em: 25 nov. 2022.

KRUGER, Barbara. **Sem título (I shop therefore I am)**. 1987. Serigrafia.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Tradução Maria Lucia Machado.

\_\_\_\_\_. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004. Tradução Mário Vilela.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo: viver na era do capitalismo artista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. Tradução Eduardo Brandão. **O QUE é Indicação Geográfica? Como obter o registro?** 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/indicacao-geografica/o-que-e-indicacao-geografica->



VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays Soares dos Santos. REFLEXÕES SOBRE O CONSUMO NA HIPERMODERNIDADE: o diagnóstico de uma sociedade confessional. **Revista Direito em Debate**, [S.L.], v. 26, n. 48, p. 342, 28 dez. 2017. Editora Unijui. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.342-363>.

VERBICARO, Dennis; SILVA, Luiza Tuma da Ponte. Consumismo, maquiagem publicitária e o dever de informação dos fornecedores. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 225-253, 29 jun. 2022. Supremo Tribunal Federal. <http://dx.doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a153>.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 119. ano 27. p. 349-384. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2018.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da; HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. 15. ed. Petrópoles: Vozes, 2017. p. 7-72. Disponível em: [https://tonaniblog.files.wordpress.com/2019/03/tomaz-tadeu\\_identidade-e-diferenc3a7a.pdf](https://tonaniblog.files.wordpress.com/2019/03/tomaz-tadeu_identidade-e-diferenc3a7a.pdf). Acesso em: 25 nov. 2022.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **A proteção de produtos locais com Indicação Geográfica**. Disponível em: [https://www.wipo.int/ip-outreach/pt/ipday/2022/toptips/geo\\_indications.html](https://www.wipo.int/ip-outreach/pt/ipday/2022/toptips/geo_indications.html). Acesso em: 29 nov. 2022.

# CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E SISTEMA TRIBUTÁRIO: O DIREITO LOCAL EM BUSCA DE RELEVÂNCIA NORMATIVA EM FACE DA CRISE DO FEDERALISMO

STATE CONSTITUTIONS AND THE TAX SYSTEM: THE LOCAL LAW IN SEARCH  
OF A RELEVANT RULE IN SIGHT OF THE FEDERALIST CRISIS

Recebido em	30/11/2022
Aprovado em	15/12/2022

João Paulo Mendes Neto<sup>1</sup>  
Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho<sup>2</sup>

## RESUMO

---

No contexto da dogmática das fontes do direito tributário, o artigo visa a apresentar o estado do debate sobre o papel das Constituições Estaduais, para em seguida tratar de dois passos necessários ao aumento da relevância normativa do direito local. Primeiro, promover o debate hoje ausente entre doutrina tributária e as obras clássicas do constitucionalismo federativo brasileiro. Segundo, fazer o mapeamento analítico das normas tributárias das Constituições Estaduais, de forma a traçar os seus tipos e funções. Conclui-se com a exposição dos problemas em aberto e a proposição de uma agenda de pesquisa para incrementar a eficácia e a importância do direito constitucional local.

**Palavras-chave:** Sistema tributário; federalismo; Constituição; norma tributária.

## ABSTRACT

---

In the context of tax legal scholarship, this paper presents the state of affairs about the functions undertaken by Subnational Constitutions and after considers two necessary steps for increasing the normative relevance of local law. First, promoting the missing discussion between tax legal doctrine and the classical works in Brazilian federative constitutionalism. Second, drawing an analytical map of tax norms put in Subnational Constitutions, in order to identify their classes and functions. In conclusion the paper shows open problems and

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Processual Tributário Constitucional na PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional na linha Efetividade do Direito na PUC-SP. Especialista em Direito Tributário Constitucional e Processual Tributário na PUC-SP. Professor titular de Direito Tributário do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenador de pós-graduação lato sensu em Direito do CESUPA. Coordenador da especialização em Direito Tributário e Processual Tributário da CESUPA. Sócio na Mendes Advocacia e Consultoria. Ex Conselheiro titular do CARF. Foi Presidente da Associação dos Advogados Tributaristas do Pará (AATP) (2018-2019). Foi Presidente da Comissão Especial de Direito Empresarial do Conselho Federal da OAB (2019). E-mail: jpauloneto@cesupa.br.

<sup>2</sup> Professor do CESUPA. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP). Advogado Associado no Silveira, Athias Soriano de Mello Guimaraes Pinheiro & Scaff- Advogados.

proposes a research agenda in view of elevating the efficacy and the importance of local constitutional law.

**Keywords:** Tax system; federalismo; constitution; tax rule.

## 1 INTRODUÇÃO

Há uma curiosa constatação que deveria ser o ponto de partida para qualquer reflexão sobre os trinta anos da Constituição do Estado do Pará. Trata-se da ostensiva e perturbadora indiferença que as normas constitucionais estaduais recebem entre estudantes e práticos do direito. E não se trata, de modo algum, de idiosincrasia de cidadãos e juristas do Norte do país.

O cenário incômodo é discretamente quebrado por um ou outro doutrinador que se depara com temas que não ocupam nada (ou quase nada) dos principais manuais e teses acadêmicas em direito constitucional. Acaba por se constituir um grupo restrito, no qual os poucos escolhidos pelo acaso da afeição temática (ou pela pura necessidade prático-profissional) passam a assumir a identidade de quem vai se dedicar, em um misto de destemor e generosidade, ao direito constitucional estadual, esta coisa tão fora de moda a ponto de uma dedicada e capaz estudante de direito graduar-se com louvor sem precisar ler sequer alguns poucos trechos da Carta Política paraense, ratificada em 05 de outubro de 1989.

Se pensarmos no direito tributário depositado nas Constituições Estaduais, vemos que a preterição é ainda mais evidente, na medida em que a já balzaquiana Constituição Federal de 1988 e o Código Tributário Nacional, com mais de meio século de vigência, concentram as análises doutrinárias e dominam as questões de direito apreciadas nos tribunais.

Coloca-se, aqui, o paradoxo: se há um truísmo sedimentado sobre as Constituições Estaduais, este diz respeito ao reconhecimento de que o exercício do chamado “poder constituinte decorrente” expressa, maximamente, a autonomia política e organizativa dos entes parciais de uma federação fundada no ideal de descentralizar poderes e responsabilidades, bem como os meios (inclusive, financeiros) para realizar os objetivos compartilhados.

Cientes do espectro pouco convidativo e incerto, nossa pretensão é tatear indícios normativos e doutrinários para oferecer uma leitura sensata das funções que as normas constitucionais estaduais cumprem no direito tributário brasileiro, bem como esboçar um quadro de problemas relevantes que tais normas trazem para a ordem jurídica desenhada a partir da Constituição de 1988 para mediar a relação entre Estado Fiscal e contribuintes.

## 2 CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS SÃO FONTES DO DIREITO TRIBUTÁRIO?

A pergunta que abre este tópico, por mais estranha que pareça, não é sem sentido.

Se formos perquirir os textos das vinte e seis Constituições Estaduais vigentes (a lembrar que o Distrito Federal é regido por Lei Orgânica), é seguro que encontraremos normas que tratam das competências tributárias, das limitações ao poder de tributar (princípios, imunidades), do regime das isenções e demais incentivos fiscais, sem contar aquelas que apontam para leis complementares estaduais sobre matéria tributária. Não cabe, pois, questionar a existência de enunciados normativos que veiculam conteúdos ligados às obrigações tributárias.

O que cabe questionar, efetivamente, é a função (ou o conjunto de funções) que as normas constitucionais estaduais cumprem na estrutura do sistema tributário brasileiro, tal como desenhado pela Constituição de 1988 e pelas normas gerais do Código Tributário Nacional, absorvidas pela ordem constitucional vigente para assegurar a unidade mínima que a tributação deve guardar em uma federação.

O problema levantado ganha conotação mais clara quando se consideram três aspectos que insinuam a irrelevância das Constituições Estaduais para a composição do sistema jurídico-tributário brasileiro.

Em primeiro lugar, coloca-se o aspecto normativo. A despeito das regras constantes do art. 25, *caput* e do art. 75, p. único, da Constituição Federal, acompanhadas do preceito do art. 11 do ADCT, não se encontra qualquer menção especial ao papel que as normas constitucionais estaduais devem exercer no sistema tributário nacional. Não há, de modo explícito, qualquer fragmento textual que permita extrair uma norma de competência que esclareça a função específica dos constituintes estaduais em matéria tributária. O que se encontra, no art. 34, § 3º do ADCT, é a indicação de que, promulgada a Constituição Federal, todos os entes federativos -- União, Estados, Distrito Federal e Municípios -- “poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto”.

Embora editado sob a vigência da Constituição de 1946 (que previa, em seu art. 18, a auto-organização dos Estados por meio de Constituição própria), o Código Tributário Nacional (CTN) não aponta nominalmente as Constituições Estaduais entre as fontes normativas abrangidas pela expressão “legislação tributária”, que, segundo o art. 96, “compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares”, estas arroladas no art. 100.

O lapso do Código não deve ser levado tão longe. O art. 2º é claro ao incluir, entre as normas do sistema tributário nacional, as Constituições e leis estaduais, “nos limites das

respectivas competências”. Este trecho destacado não gerou, desde a promulgação do CTN, qualquer preocupação especial da doutrina tributária com o delineamento da competência específica das Constituições Estaduais; prevaleceu sempre o foco na própria repartição de competências para tributar entre os entes da federação e a consequente busca por evitar ou ajustar os eventuais “conflitos de competência” surgidos.

Uma pista mais segura vem do art. 6º do Código. Após enunciar que a “atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena”, aponta que o contrapeso às competências atribuídas -- as chamadas “limitações” -- podem estar contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Outros dois fragmentos do CTN sugerem que as Constituições Estaduais podem ter alguma função especial a cumprir no sistema tributário. O art. 80, ao regular a competência para a instituição e cobrança de taxas, estabelece que as atribuições correlatas (para exercício do poder de polícia ou para oferta de serviços específicos e divisíveis) são aquelas definidas pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados e pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Por último, encontra-se a disposição do art. 110, tantas vezes examinada nos mais de cinquenta anos de vigência do CTN. Embora tratado sob a perspectiva da oposição entre “autonomistas” do direito tributário e aqueles curvados ao “império do direito privado”, o enunciado nos interessa sob outra medida: as Constituições dos Estados participam, de alguma maneira (que remanesce não diferenciada), da definição das competências tributárias e das limitações colocadas a elas. Por conta disso, a lei tributária -- a lei que institui tributos específicos -- deve “prestar contas” também às normas constitucionais estaduais e aos conceitos que ela emprega, sob pena de carecer de validade.

Deste primeiro aspecto -- normativo, por assim dizer --, é possível extrair que as Constituições Estaduais colocam-se em uma zona cinzenta, operam à semelhança do lusco-fusco: sabe-se que carregam alguma luz -- a função possível na normatividade tributária --, mas se trata, a partir dos textos da Constituição de 1988 e do CTN, de uma luminosidade que oscila entre a baixa intensidade (em potencial, são normas prescindíveis e sem relevância prática para o Fisco e para os contribuintes) e as sombras da incompreensão (problema da doutrina) e da deficiência de uso (problema da política).

O segundo aspecto que serve de indício da hesitação com que se costumam tratar as Constituições Estaduais no campo tributário concerne à lacuna intelectual que o assunto experimenta em um dos mais produtivos setores da dogmática jurídica brasileira.

A doutrina do direito tributário -- e o mesmo se pode dizer, considerados os recortes didáticos em uso, da doutrina do direito financeiro -- não revela, até onde se conseguiu perquirir<sup>3</sup>, qualquer esforço sistemático para captar os problemas de hierarquia, função e relacionamento estrutural das normas constitucionais estaduais sobre tributação.

A parcela pequena da doutrina que escapa à omissão total do tema costuma tratá-lo de forma breve e pouco crítica, limitando-se a elencar as Constituições Estaduais entre as fontes do direito tributário e, no máximo, indicando a compatibilidade que devem guardar com a Constituição Federal. (KFOURI JR., 2018, cap. 1, subitem 1.14; MARTINS, 2009).

De modo pontual, também se encontram soluções tão arrojadas quanto desprovidas de justificção sobre o que cabe às Constituições Estaduais na esfera da tributação: “A Constituição Estadual não cria tributos, mas promove um detalhamento da disciplina normativa aplicável à tributação estadual podendo aumentar o rol de garantias estabelecidas em favor do contribuinte. Infelizmente, o que se observa na maioria das Constituições Estaduais é uma simples repetição das regras tributárias previstas na Constituição Federal. As CEs não podem conceder isenções fiscais. [...] É vedado às Constituições Estaduais suprimir ou reduzir o alcance de qualquer princípio tributário, imunidade ou garantia assegurada ao contribuinte na Constituição Federal”. (MAZZA, 2018, cap. 1, subitem 1.15.3.9).

No tom inverso, aparece a análise mais paciente de Roque Carrazza (2017, p. 181-188). Em diálogo com as obras dos constitucionalistas brasileiros<sup>4</sup> que cuidam de decifrar a tensão entre autonomia e restrição que distingue o “poder constituinte decorrente” dos estados em uma federação, o autor conduz sua formulação a partir do conceito de “princípios constitucionais sensíveis” e recorre a soluções metafóricas como “unidade dentro da diversidade” para atender ao “espírito da Federação”.

A dificuldade da análise oferecida consiste na extrema abstração dos conceitos utilizados e das proposições formuladas. Salvo a consideração expressa da possibilidade de não se instituir o controle concentrado de constitucionalidade nos estados-membros e da necessidade de seguir os princípios do processo legislativo colocados na Constituição Federal, nenhum problema concreto dos textos constitucionais estaduais é abordado, mesmo havendo crescente jurisprudência do STF sobre possibilidades e limites à auto-organização política dos estados por meio de suas Constituições. A mesma distância dos problemas concretos e

---

<sup>3</sup> Foram consultadas quase duas dezenas de manuais e cursos de direito tributário e direito constitucional tributário, bem como pesquisadas as principais bases acadêmicas digitais para a identificação de artigos em periódicos.

<sup>4</sup> São citados Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Oswaldo Trigueiro, Michel Temer, Anna Cândida Ferraz.

comportamentos institucionais é mantida quando o autor aborda a autonomia municipal, especialmente quando confrontada às regulações constantes das Cartas Estaduais; limita-se, portanto, a reforçar o valor dos Municípios, sem dar precisão a possíveis ameaças em suas prerrogativas que União ou Estados de fato lhes impõem.

Há um terceiro aspecto -- que podemos tratar como empírico -- que, como os anteriores, reforça a suspeita de que as Constituições Estaduais são candidatas a ocupar o papel de artefato jurídico necessariamente simbólico quando colocada no cenário das normas de tributação.

Os cientistas políticos que observam em detalhe as idas e vindas das relações federativas efetivamente travadas no Brasil já constataram que “As constituições estaduais brasileiras emulam a Carta Federal, mimetizando sua estrutura e reproduzindo literalmente suas normas” (COUTO e ABSHER-BELLON, 2018, p. 321), seja por imitação ou por coerção promovida, especialmente, pela tendência “centralista” do STF -- notadamente, na construção que faz do chamado “princípio da simetria”, tema que será tratado adiante -- no controle de constitucionalidade das normas estaduais (e, ainda, pelos tribunais estaduais, que reforçam os traços da Constituição Federal reproduzidos nas Cartas Estaduais quando aferem a validade das leis estaduais).

Os estudos empíricos sobre a experiência constitucional da federação moldada em 1988 mostra que “(...) as regras sobre as competências, recursos e políticas públicas das entidades subnacionais são capítulos detalhados da Constituição, deixando pouca margem de manobra para iniciativas específicas. (...) o Supremo Tribunal Federal (STF) vem decidindo sistematicamente que as constituições e as leis estaduais reflitam os dispositivos federais ou são monopólios federais, o que impõe uma hierarquia das normas constitucionais e legais, apesar da Constituição não explicitar tal princípio” (SOUZA, 2005, p. 105).

Em outra chave de leitura, menos institucional e mais centrada na cidadania política, é certo que não se constitui no povo de cada estado-membro um autêntico “sentimento constitucional” em direção às Constituições Estaduais. Não há um engajamento cívico mínimo a ponto de se formular a identidade política do povo de cada estado-membro a partir de escolhas deliberadas que foram vertidas em normas das Constituições subnacionais.

Além das dificuldades acumuladas pelo modelo de federação vertical que distingue a história constitucional brasileira, nota-se que a própria determinação para que as Constituições Estaduais fossem gestadas em um ano, a partir da promulgação da Carta de 1988 (art. 11 do ADCT), contribuiu para que se instalasse entre os constituintes estaduais um temperamento pragmático e resolutivo, em iniludível economia de meios (do que vai derivar a

já aludida reprodução ampla do modelo organizativo que a Constituição de 1988 estabeleceu para a União).

### **3 TORNANDO AS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS INTERESSANTES, PRIMEIRO PASSO: O DEBATE ENTRE OS CONSTITUCIONALISTAS**

É possível, com algum esforço analítico e disposição a explorar detalhes, construir um mapa útil para a dogmática do direito tributário orientar-se e, mais adiante, embarcar em explorações mais profundas sobre as normas constitucionais estaduais.

A porta de entrada para alcançar tal objetivo não pode ser, como já exposto, a consideração direta dos dispositivos da Constituição de 1988 e do CTN que versam sobre as Cartas Estaduais. Afinal, a carência de reflexão doutrinária (no campo do direito tributário, diga-se) e, também, de desenvolvimento jurisprudencial de tais disposições normativas prenuncia que fazer exercícios hipotéticos de possíveis sentidos relevantes para o constitucionalismo estadual tende a recair naquilo que já criticamos: a ideação incapaz de fugir de abstrações que se autoalimentam e seguem incólumes na tarefa deixar os conceitos e princípios tão vagos a ponto de não gerarem diferença prática (ou, pelo menos, de deixar escondidas que consequências são produzidas, tudo pelo conforto de não precisar enfrentar problemas concretos).

A maneira que se afigura mais prudente de começar é olhar para o debate mais vasto e mais antigo que diz respeito aos limites que a Constituição Federal estabeleceu para que os constituintes estaduais, investidos do dito “poder constituinte decorrente”, realizassem a autonomia política federativa e lhe dessem configuração normativa. Embora essa direção não nos ofereça extensão considerável de trabalhos doutrinários, é certo que os constitucionalistas têm despendido energia e encaminhado as questões relevantes com uma atenção cada vez maior ao papel do Supremo Tribunal Federal na definição das bases do federalismo brasileiro.

Na sala de espera da elaboração das Constituições Estaduais (a lembrar, novamente, do intervalo de um ano dado para a confecção das Cartas), o debate sobre “limites x autonomia” se desenrolava a partir de uma específica chave teórica: diante da economia do texto da Constituição de 1988, buscava-se responder quais eram as normas que deveriam ser duplicadas, reproduzidas pelos constituintes estaduais, sob pena de invalidade das soluções locais alternativas.

Esse momento inicial de consideração das vinculações jurídicas do federalismo -- e, em contraface, das zonas de autonomia e liberdade de conformação dos estados-membros --

foi fortemente pautado pelo debate herdado da Constituição de 1967, cujo artigo 13<sup>5</sup> (repetido, com pequenos detalhes adicionais, na Emenda de 1969) arrolou diversas matérias e regras que os estados deveriam, sem desvios, incutir em suas Constituições.

Para nossa tradição constitucional, a solução “verticalizada” de 1967 representava um novo padrão, na medida em que o texto de 1946 nada explícita (limita-se, em seu artigo 112, a indicar que, enquanto não promulgadas as Constituições estaduais, os estados “serão administrados de conformidade com a legislação vigente na data da promulgação deste Ato”).

A Constituição de 1967, além do mencionado artigo 13, proibiu a adoção de decretos-leis pelos estados, permitindo a introdução de leis delegadas.<sup>6</sup> A relevância do dever de adaptação das Constituições Estaduais era tão intensa -- o que ratifica a tendência centralista, desconfiada da autonomia local, dos governos militares -- que o artigo 188 deu prazo de sessenta dias para que os ajustes à Constituição Federal fossem promovidos, “findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às cartas estaduais”. Cuidou-se, ainda, de fazer um regulamento (Decreto-lei n. 216/1967) para orientar, especificamente, o processo de adaptação, “considerando que a adaptação das Constituições dos Estados às normas da Constituição Federal promulgada a 24 de janeiro de 1967 é matéria de segurança nacional”.<sup>7</sup>

Vê-se, portanto, que a solução aberta do texto constitucional de 1988 colocou o desafio aos nossos publicistas: a expansão do ideal de autonomia federativa não se acomoda bem à herança vertical dos textos de 1967 e 1969, mas o modelo de “lista mínima” (que não era curta, vale dizer) do que deve ser reproduzido nas Constituições Estaduais é o que se tinha como referência imediata, uma vez que 1946 já se colocava distante. Submeter tal modelo a uma “terapia autonomista” era o primeiro passo, para depois captar a Constituição de 1988 por ela mesma.

---

<sup>5</sup> Art 13 - Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

I - os mencionados no art. 10, n.º VII;

II - a forma de investidura nos cargos eletivos;

III - o processo legislativo;

IV - a elaboração orçamentária e a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios;

V - as normas relativas aos funcionários públicos;

VI - proibição de pagar a Deputados estaduais mais de dois terços dos subsídios atribuídos aos Deputados federais;

VII - a emissão de títulos da dívida pública fora dos limites estabelecidos por lei federal.

VIII - a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, de limites máximos de retribuição estabelecidos, em lei federal.

<sup>6</sup> Art. 188, parágrafo único - As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis.

<sup>7</sup> Para um panorama da época, ver o artigo de Caio Tácito (2013), em que se analisam as características da Constituição de 1967 quanto às competências legislativas dos estados-membros e os caminhos a serem percorridos para adaptação das Cartas locais.

O exemplar de reflexão doutrinária desta fase inicial é Raul Machado Horta, catedrático de direito constitucional da UFMG.<sup>8</sup> A partir do conceito de “normas centrais” da Constituição (subdivididas em “princípios desta Constituição”, que coincidem com os chamados “princípios constitucionais sensíveis”; princípios constitucionais estabelecidos, que são as normas fundamentais de diferentes “setores” do texto constitucional; normas de competência dos estados e normas de preordenação)<sup>9</sup>, vai diagramar o quê e com que intensidade deve ser replicado pelos estados em seus textos constitucionais.

Apesar de indisponível àquela altura um trabalho conformador do Supremo Tribunal Federal -- afinal, o texto de 1988 ainda estava “em aquecimento --, Horta não descarta do que a Corte decidiu desde a introdução da “representação de inconstitucionalidade” na Constituição de 1946 e, assim, faz breve histórico de casos levados ao STF sobre normas constitucionais estaduais.<sup>10</sup>

A inspeção aguda que Machado Horta realiza lhe permite, em tom que hoje nos soa quase como profecia, reconhecer que ao Supremo Tribunal Federal será a peça-chave da identificação do que contará como “norma central” e, por consequência, qual a margem de autonomia que os estados-membros terão para moldar, criativamente, as suas instituições.

O trecho permite captar a fineza -- e, mais relevante, a atualidade -- da leitura oferecida pelo autor: “A atividade censória do Supremo, quando exerce o controle da constitucionalidade das Constituições dos Estados, reflete na sua intensidade, maior ou menor, o volume das normas centrais e o próprio estilo da Constituição Federal. [...] A intensidade ou o abrandamento do controle da constitucionalidade das Constituições dos Estados e de seu poder de organização, pelo Supremo Tribunal Federal, dependerá da prevalência de uma destas tendências: a tendência no rumo da maior liberdade organizatória no âmbito das competências exclusivas dos Estados, que atenuará o controle, ou a tendência ao controle mais intenso da competência organizatória, seja em decorrência do maior volume

---

<sup>8</sup> A despeito do caráter precursor da obra de Horta, há outros(as) que escrevem no “calor da hora” em que chega a nova Constituição: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Carlos Alcântara Machado, Anna Cândida Ferraz, José Afonso da Silva, Adilson Dallari, Regis de Oliveira.

<sup>9</sup> A classificação das normas é reiterada em vários escritos. Por todos, ver Horta (1988). O conceito de “normas centrais” será vinculado ao conceito de “normas de reprodução”, para apartar aqueles preceitos federais que são meramente opcionais para o constituinte estadual (a estes, se reserva o rótulo “normas de imitação”).

<sup>10</sup> Nessa linha, o autor alerta que “O controle das Constituições Estaduais não se limita ao conteúdo material de suas normas, para verificar a correspondência entre as normas estaduais e as normas constitucionais federais. Ampliando a técnica do controle e acentuando o seu rigor, a Representação de Inconstitucionalidade tem levado o Supremo a declarar a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição de Estados, por inconstitucionalidade formal ou vício formal, quando a Emenda transporta para o domínio da Constituição matéria de lei ordinária, de modo a contornar o impedimento de sua iniciativa pelo legislador ordinário, em face da iniciativa constitucionalmente reservada ao governador do Estado, no quadro de sua competência de natureza financeira” (HORTA, 1989, p. 27).

dos temas que se espraiam na Constituição Federal expansiva, seja pela amplitude conceitual das normas centrais” (HORTA, 1989, 9. 27-29).

À altura dos preparativos para o plebiscito convocado para abril de 1993, quando se recolocou sob consulta popular a decisão política fundamental sobre forma e sistema de governo (monarquia ou república; presidencialismo ou parlamentarismo), Machado Horta apontava que, se o sistema parlamentar fosse vencedor, o Em face desses pressupostos, o futuro constituinte estadual, se o parlamentarismo obtivesse a preferência popular no plebiscito, os constituintes estaduais precisariam extrair da Constituição Federal remodelada as regras de organização e funcionamento do regime parlamentar, em um verdadeiro “trabalho de transplantação e de reprodução de normas constitucionais federais em que a predominante simetria constitucional poderá [poderia], em regras não essenciais, receber abrandamentos em função de peculiaridades estaduais” (HORTA, 1993, p. 22).

Sem dar-se conta e mesmo sem dar-lhe maior feição técnica, o professor mineiro utilizou o conceito que, a partir de meados da década de noventa, tornou-se a pedra de toque das discussões sobre o enquadramento normativo do poder constituinte dos estados-membros: simetria, com frequência rotulado “princípio da simetria”.

Vejamos o que fizeram os constitucionalistas brasileiros nesta nova fase, na qual o Supremo Tribunal Federal dará, cada vez mais, o rumo -- para alguns intérpretes da Corte, a falta de rumo -- daquilo que é inescapável, vinculante às Constituições Estaduais.

A prenunciada incerteza sobre qual tendência o STF assumiria na identificação, interpretação e aplicação das “normas centrais” em direção aos estados-membros encontrou no “princípio da simetria” -- o candidato mais recorrente para cumprir o papel de fundamento das imposições e vedações dirigidas às escolhas constitucionais estaduais. O Tribunal passou a atribuir ao princípio o papel de delimitar as situações -- cada vez em maior número e variedade -- que, necessariamente, demandam a observância estrita do “modelo federal”.

Com a intensificação do controle de constitucionalidade das Constituições Estaduais pelo STF, instala-se no fim da década de 1990 um claro descompasso entre jurisdição e reflexão doutrinária: a expansão do poder da Corte Suprema na definição das bases normativas do federalismo não será acompanhada em ritmo pelo trabalho da dogmática constitucional, sem dúvida intimidada com a constante -- e, não raro, incoerente -- invocação do “princípio da simetria” e, ao mesmo tempo, sem instrumentos conceituais e metódicos capazes de preencher de conteúdo e emprestar consistência à “fórmula mágica” -- sem densidade semântica e útil apenas como recurso discursivo -- em que se converteu a simetria.

Isto tudo sem contar o que tem sido, mais recentemente, a objeção mais forte dirigida ao STF pela doutrina constitucional (não mais desconcertada e já ativa em sua tarefa de controle e crítica<sup>11</sup>): a simetria assumiu a função retórica de legitimar uma tendência fortemente centralizadora, adversa à autonomia dos estados-membros, que o STF encampou no controle concentrado das normas constitucionais estaduais. A despeito da promessa de desconcentração do poder trazida pela Constituição de 1988, testemunha-se uma espécie de *revival* jurisprudencial da lista extensa de normas explícitas que as Cartas de 1967 e 1969 ordenavam observância estrita pelos entes subnacionais.

A construção judicial da simetria pós-1988 e, logo, da inclinação centralista do STF parece ter sido gestada num debate havido na própria Corte durante o julgamento da medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade n. 216<sup>12</sup>, relativa a normas constitucionais estaduais do Estado da Paraíba, as quais geravam aumento de despesa<sup>13</sup> e, por isso, deveriam ser de iniciativa reservada do chefe do Executivo, tal como firmado no “acervo expressivo de limitações dessa autonomia local” constante dos “padrões jurídicos federais” (expressões empregadas pelo Ministro Celso de Mello, que foi relator para o acórdão).

É curioso ver que, no caso, a questão da simetria tratada na petição inicial não dizia respeito ao processo legislativo, mas aos efeitos conferidos ao tempo de serviço no setor privado cumprido por servidor público. Não fosse a intervenção pontual do Ministro Moreira Alves, a questão sequer teria sido debatida. A notar, ainda, que o relator original, Ministro Célio Borja, considerou inexistente o dever de “simetria compulsória” quanto à iniciativa para legislar sob o argumento de que a reprodução local das normas de processo legislativo era expressa nos textos constitucionais de 1967 e 1969 e, por não ter sido repetida no texto de 1988, deveria ser tida como não cogente para os estados-membros.

Não se pode olvidar o fato de que, nos últimos quinze anos, a doutrina constitucional ocupou-se de modo crescente com a estrutura normativa da federação brasileira e, com espírito escrutinador, rastreou o comportamento do Supremo Tribunal Federal nos vários

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, Rodriguez (2012).

<sup>12</sup> A ação direta de inconstitucionalidade n. 89, embora trate de matéria semelhante, somente foi julgada em 1993.

<sup>13</sup> Passa despercebido em todas as sessões de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 216 o fato de que o aumento de despesa estava sendo introduzido pelo próprio constituinte estadual, e não pelo Poder Legislativo local por meio de lei ordinária. Nenhuma distinção especial se fez quanto a isso, mesmo que fosse para ratificar a conclusão de que o constituinte estadual sujeita-se a idênticos bloqueios para legislar quando comparado ao Legislativo Federal. Veja-se que a inconstitucionalidade reclamada não era de regra da Constituição Estadual que retira iniciativa privativa do chefe do Executivo para leis que aumentem despesa, mas, sim, de regra da própria Constituição da Paraíba que implicava em incremento da despesa orçamentária.

casos de controle concentrado das normas constitucionais estaduais.<sup>14</sup> Mesmo assim, a captação dos detalhes das normas tributárias locais ainda não floresceu.

#### **4 TORNANDO AS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS INTERESSANTES, SEGUNDO PASSO: EM BUSCA DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS**

O que se revela sintomático para os interessados no sistema tributário brasileiro é constatar que, mesmo com o entusiasmo da dogmática jurídico-constitucional, a análise das normas tributárias das Constituições Estaduais passou ao largo das construções dos juristas. Além das propostas de reformulação da classificação doutrinária tradicional (leia-se, aquela lançada por Machado Horta nos anos 1960) das normas da Constituição Federal em face do vínculo que estabelecem com o poder constituinte decorrente, o acompanhamento detalhado da jurisprudência do STF tem seus temas prediletos: prerrogativa de foro, perda de mandato parlamentar, poderes das comissões parlamentares de inquérito, reeleição para membro de mesa da Assembleia Legislativa, nomeação do chefe do Ministério Público Estadual, licença para viajar ao governador, pensão vitalícia a ex-governador.

Tomada as repartições do bazar de ideias dos juristas, vê-se, como antes se mostrou, que os tributaristas não são absorvidos pelos debates sobre simetria e afins. No máximo, aceitam indicar que as normas de discriminação das competências tributárias e as normas que definem limitações ao poder de tributar (princípios, imunidades) são preceitos de reprodução obrigatória, que não podem ser reformulados ou tangenciados pelos seus destinatários -- os entes federativos -- quando forem instituir tributos por meio de lei. E mais não se diz.

Em vista de preencher essa lacuna compartilhada entre o debate sobre o constitucionalismo estadual e a discussão sobre a estrutura jurídica do sistema tributário, a estratégia adotada envolve três linhas de ação: a) verificar empiricamente o texto de cada Constituição Estadual, em busca de normas significativas para o direito tributário e financeiro e, após a identificação das normas, categorizá-las em agregados significativos (por exemplo, normas sobre iniciativa para legislar, normas sobre princípios etc.); b) encontrar ações do controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal, nas quais o objeto do questionamento seja ao menos uma das normas tributárias das Constituições Estaduais; c) encontrar ações do controle concentrado de constitucionalidade em face das Constituições Estaduais (feito perante os Tribunais de Justiça dos Estados), nas quais ao

---

<sup>14</sup> Ver, entre muitos, Araújo (2008); Leoncy (2011); e Pires (2018).

menos uma das normas tributárias das Constituições Estaduais seja o parâmetro em face do qual se afere a validade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais.

A pesquisa empreendida ainda se encontra em estágio inicial e revela uma experimentação metodológica a ser ainda refinada. Aqui, embora as três estratégias tenham sido adotadas, somente a primeira delas foi empreendida de modo sistemático (em vista, também, das dimensões deste artigo), ao passo que a última foi minimamente empregada. Adiante, apresentam-se os resultados do que se obteve até o momento.

#### 4.1 MAPEANDO NORMAS

Um grupo de enunciados normativos<sup>15</sup> encontrado nas Constituições Estaduais trata das competências tributárias e das limitações ao poder de tributar. Podemos subdividi-lo em três categorias: a) normas que instituem princípios e vedações; b) normas que instituem imunidades; c) normas interpretativas sobre as normas da Constituição Federal (sejam elas de competência, sobre imunidades ou sobre princípios e vedações).

O primeiro subgrupo encontra alguns casos interessantes. Os Estados de Minas Gerais (art. 152, § 1º) e Santa Catarina (art. 128, § 5º) introduzem em suas Constituições o que podemos chamar “anterioridade nonagesimal especial”. Em vez da mera replicação da regra do artigo 150, III, “c” da Constituição Federal, as normas locais preveem que não se admite, no intervalo de noventa dias antes do término da sessão legislativa, a apresentação de projeto de lei que institua ou aumente tributos. Quer dizer, portanto, que um projeto de lei somente será aprovado no mesmo exercício financeiro em que é apresentado se for encaminhado à Assembleia Legislativa até noventa dias antes do encerramento de seus trabalhos no exercício.<sup>16</sup> O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou em algumas ocasiões, inclusive de controle concentrado de normas municipais, afirmando que as limitações do poder de tributar constantes da Constituição do Estado de Minas Gerais devem ser observadas sem desvios pelos municípios.

Vedação inovadora também aparece na Constituição do Mato Grosso do Sul. Seu artigo 148 proíbe a concessão de anistia ou isenção fiscal no último exercício de cada legislatura, salvo no caso de calamidade pública definidos em lei. A seu turno, a Paraíba constitucionalizou a reserva de lei para as normas do processo administrativo fiscal (art. 156, § 4).

---

<sup>15</sup> Para simplificação da linguagem e sem qualquer compromisso teórico, utilizam-se alternadamente as expressões “enunciados normativos” (ou “textos normativos”) e “normas”.

<sup>16</sup> Sobre o tema, ver um dos poucos trabalhos que se ocupam do direito tributário estadual: Moreira (2014).

No interior primeiro agregado, encontram-se certas normas que merecem destaque. São aquelas que delimitam a competência tributária para isentar, vulgarmente tratada como a contraface do poder de tributar (costuma-se dizer: “quem pode tributar, pode isentar”; “só pode isentar quem pode tributar”).

De um lado, põem-se os enunciados das Constituições Estaduais que impõem ao legislador um dever de introduzir isenções<sup>17</sup>. O problema prático, aqui, diz respeito à configuração, ou não, de omissão ilegal (ou melhor, inconstitucional) caso não aprovada a lei isentiva cuja elaboração os constituintes estaduais ordenaram<sup>18</sup>. Se for entendido que existe um dever jurídico exigível, enquanto contraparte de um direito subjetivo (de certa categoria de pessoas ou de praticantes de determinadas atividades), é mais sensato agregar tais normas àquelas que introduzem imunidades.

De outro, apresentam-se as normas constitucionais locais que proíbem a concessão de isenções e certos pessoas ou atividades<sup>19</sup>. Desta feita, são preceitos que retalham a decisão política de evitar a incidência da norma de tributação. Não seria despropositado dizer que, em tais situações, a facultatividade do exercício da competência para instituir tributo é esmaecida.

---

<sup>17</sup> No Amapá, há indicação de isenções que deverão ser firmadas para o ICMS incidente sobre os produtos componentes da cesta básica, bem como sobre os insumos e mercadorias adquiridos por pequenos produtores rurais, destinados a suas atividades produtivas, desde que voltadas para a produção da cesta básica (art. 16, I). Quanto ao IPVA, deverão ser isentos os veículos automotores utilizados como táxi pelos proprietários, quando tal atividade constitua a única fonte de renda do beneficiário (art. 16, II). Na Paraíba, deverão receber isenção as máquinas e implementos agrícolas do pequeno produtor rural, e da micro e pequena empresa, inclusive veículos utilizados no transporte de sua produção (art. 182). Pernambuco, de forma similar, manda exonerar os tributos sobre a maquinaria agrícola e os veículos de tração animal do pequeno produtor rural, além dos corretivos do solo e os adubos produzidos no próprio Estado (art. 151, § 2º). Em São Paulo, ordena-se instituir isenção do imposto sobre transmissão *causa mortis* relativo a imóvel de pequeno valor (art. 166).

<sup>18</sup> O problema de fundo diz respeito à carga normativa dos enunciados: ou são deveres de agir, ou são poderes não constrangidos que receberam do constituinte estadual somente um conselho, talvez uma sugestão persuasiva.

<sup>19</sup> O Amapá veda a concessão de incentivos e isenções fiscais às empresas que não observem normas de proteção ambiental, de saúde e de segurança do trabalho (art. 193). No Amazonas, proibição de isentar empresas que violam normas ambientais não poderá usufruir de privilégios, incentivos, estímulos, isenções ou concessões de qualquer natureza o empreendimento ou pessoa jurídica responsável que se encontre inadimplente com a União, Estado ou Município em relação à obrigatoriedade de licenciamento ambiental (art. 237, § 4º). A Carta maranhense rejeita o aproveitamento de incentivos fiscais por quem estiver em débito com a seguridade social (art. 204, § 2º). A Constituição do Mato Grosso, supondo com isso estimular a educação pública, proibição qualquer forma de isenção da atividade de ensino privado (art. 245, § 2º). No Mato Grosso do Sul, são as instituições de saúde com fins lucrativos que são descartadas de qualquer mecanismo de abrandamento fiscal (art. 176, § 2º). O Rio de Janeiro incluiu em seu texto constitucional que “O Estado não subvencionará nem beneficiará, com isenção ou redução de tributos, taxas, tarifas, ou quaisquer outras vantagens, as entidades dedicadas a atividades educacionais, culturais, hospitalares, sanitárias, esportivas ou recreativas, cujos atos constitutivos e estatutos não disponham expressamente esses fins exclusivamente filantrópicos e não lucrativos, ou que, de forma direta ou indireta, remunerem seus instituidores, diretores, sócios ou mantenedores” (art. 77, § 9º).

As normas que introduzem imunidades estaduais, por assim dizer, demandam uma discussão conceitual apurada da qual será possível apenas tocar a superfície, como faremos adiante. Começemos com os exemplos.

O Maranhão afasta a não incidência de IPVA das ambulâncias destinadas à saúde pública, dos veículos diplomáticos e dos veículos nacionais com mais de vinte anos (e importados com mais de trinta anos. É a regra do art. 127, § 13.

Algumas imunidades pesam diretamente sobre tributos relativos a bens imóveis. A Constituição do Mato Grosso veda a instituição de impostos estaduais e municipais sobre “os imóveis tombados pelos órgãos competentes” (art. 150, VI, “d”). Abrangendo todos os tributos estaduais e municipais, Sergipe “isenta” as áreas de particulares destinadas a reservas ecológicas (art. 237). No Rio Grande do Sul, o ITCMD “não incidirá sobre pequenos quinhões ou pequenos lotes transmitidos a herdeiros e a beneficiários de poucos recursos econômicos, conforme definido em lei” (art. 145, § 2º).

A Constituição baiana, em vista de fomentar o entretenimento por meio de eventos esportivos, bem como reduzir a ociosidade dos equipamentos públicos, traz no artigo 278 a “isenção” de tributação para “os eventos esportivos de qualquer natureza realizados nos estádios e ginásios pertencentes ao Estado”.

As Constituições do Ceará (art. 193) e de Minas Gerais (art. 148, *caput*) afastam o ICMS das microempresas, sendo que a Carta mineira estende a benesse ao pequeno e miniprodutor rural (art. 148, parágrafo único). O texto constitucional cearense vai adiante, para impedir a instituição de ICMS sobre equipamentos destinados a deficientes auditivos, visuais, mentais, bem como a veículos automotores adaptados (art. 192, § 2; art. 283, III); e sobre produtos agrícolas da cesta básica que sejam vendidos por pequenos produtores familiares diretamente a consumidores finais (art. 201). À semelhança desta última regra de exoneração fiscal, encontra-se norma constitucional do Mato Grosso (art. 338, § 5º) que declara livres de tributação as operações de venda direta de produtos agrícolas em feiras livres e entrepostos de associações.

O constituinte do Rio de Janeiro alargou imunidade de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, para abranger, também os “veículos de radiodifusão” (art. 193, VI, “d”). Na ação direta de inconstitucionalidade n. 773, o STF considerou que “Em matéria de imunidade, para os fins versados pelo constituinte, a norma do art. 150, VI, ‘d’, há de ser observada na integralidade pelo Estado-membro. [...] é de se notar que a norma estadual, ao criar hipótese diferenciada de imunidade tributária, restrita ao âmbito estadual, fere frontalmente o princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CF). Eis

que a imunidade tributária genérica concedida aos veículos de radiodifusão pela Carta Estadual cria tratamento diferenciado a contribuintes do ente estadual sem que haja qualquer situação fática diferenciada a justificá-lo". Contudo, não apenas a isonomia foi afetada, segundo a leitura do Tribunal. Também o princípio federativo o foi, pois "a imunidade tributária prevista na Constituição Estadual (...) [afeta] tributos regulamentados por legislação municipal e federal". O Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, indicou que os dispositivos constitucionais do art. 150, VI, "b", "c" e "d" da Carta Federal são "verdadeiras normas de reprodução obrigatória".

Façamos, enfim, o prometido esclarecimento conceitual sobre "imunidades estaduais".

Se retomarmos a tradicional lista de características das competências tributárias, ali encontraremos a inalterabilidade, sintetizada na ideia de que os entes federativos, enquanto destinatários das normas que repartem competências, não podem modificar o poder delimitado que receberam. Por outro lado, costuma-se alertar que, diante da possibilidade de emenda constitucional que reforme o quadro vigente de competências (obedecido, claro, os limites formais e materiais para o poder de mudar a Constituição), o atributo da inalterabilidade não ficaria de pé.

O ponto está em manter a perspectiva da inalterabilidade mesmo diante da possibilidade dos entes subnacionais criarem novas imunidades ou princípios limitadores, de forma a encolher a competência para tributar que a Constituição definiu. Segundo José Roberto Vieira (2005, p. 623 *apud* VALLE, 2012, p. 24), o traço da inalterabilidade das competências tributárias seguiria intacto, porquanto se trataria de mera autolimitação da competência.

Dessa consideração somos levados a outra dúvida.

Falar em autolimitação da competência aponta, de pronto, para o conceito de isenção. Levada ao limite a ideia de que, quando o sujeito (a pessoa política) que pode reduzir a competência também é o próprio destinatário da mudança, estaríamos diante de autolimitação -- e, logo, de isenção --, chegaríamos à insólita conclusão de que a União, ao utilizar o poder constituinte derivado para, por exemplo, criar nova situação de limitação ao poder de tributar, está criando norma de isenção (e não de imunidade, como se costumaria pensar) para seus próprios tributos; em relação aos entes subnacionais, tal hipotética emenda constitucional funcionaria como isenção heterônoma (autorizada porque veiculada por emenda), o que também soaria estranho.

O problema de fundo está em associar imunidades a heterolimitação e isenções a autolimitação, de modo que qualquer redimensionamento da própria competência tributária -- autolimitação, portanto -- por um ente nunca pudesse configurar uma autêntica imunidade.

Outra maneira de apreciar a questão diz respeito ao tratamento do poder constituinte decorrente como apenas mais um nível normativo infraconstitucional, sem qualquer peculiaridade de forma e função no sistema jurídico. É o que Pires (2018, p. 308) denomina "A degradação hierárquica das constituições estaduais". Para retomar as comparações com o nível federal, as emendas constitucionais são inferiores hierarquicamente à Constituição Federal, mas nem por isso perdem a especialidade funcional (podem redimensionar a distribuição de competências tributárias existente; podem criar novas competências; podem criar novas limitações ao poder de tributar e, com limites, aumentar exceções às já existentes). O que é necessário fazer, inclusive para saber como as Constituições Estaduais podem estabelecer regulações válidas para os municípios, mesmo diante da autonomia municipal, é devolver a dignidade hierárquica ao poder constituinte decorrente, o que não se faz sem especificar suas funções sistêmicas e suas margens de inovação em face da Constituição Federal.

A terceira subcategoria que nos interessa diz respeito a preceitos normativos que cumprem função interpretativa (especificação de significados e superação de incertezas semânticas) ou integrativa (composição de lacunas) em relação aos enunciados da Constituição Federal (e, eventualmente em relação a enunciados constantes das leis complementares à Constituição tributária) que delimitam competências positiva ou negativamente (imunidades, princípios e vedações).

Na esteira da ausência da lei complementar à qual caberia dar "adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas" (art. 146, III, "c" da Constituição Federal), os constituintes do Acre e do Ceará buscaram obviar a deficiência de norma geral. Curiosamente, assumiram posições diametralmente opostas: a regra acreana declara que incide ICMS sobre transações entre associados e cooperativas (at. 143, § 7º, III), ao passo que o preceito cearense aponta que o ato cooperativo não implica em operação de mercado (art. 192, § 1º).<sup>20</sup> Mesmo que o façam de forma diversa, ambas as normas estaduais contribuem para a definição do que conta como fato gerador do ICMS em relação à atividade cooperativa.

---

<sup>20</sup> Declarado constitucional na ADI 429, sob o argumento de que os estados-membros possuem competência concorrente, ao lado da União, para legislar sobre o ato cooperativo.

Em função similar, a Constituição do Estado do Pará declara a não incidência de ISS sobre o “trabalho prestado mediante salário, individualmente ou por empresa individual” (art. 223, § 6). Trata-se de autêntico enunciado interpretativo, que se dirige a situações concretas como o agenciamento de mão-de-obra temporária e exclui da base de cálculo, em tal prestação de serviço, os valores pagos a título de salário e encargos sociais pagos aos trabalhadores que integram a mão-de-obra cedida.<sup>21</sup> A remissão implícita da norma paraense não é apenas à Constituição Federal e a distinção na suposta entre serviço (remunerado por preço) e trabalho (remunerado por salário), mas também ao preceito do artigo 2º da Lei Complementar n. 116/2003, que assevera a não incidência do ISS sobre “a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados”.

A Constituição de Alagoas oferece uma formulação mais completa do princípio da legalidade em matéria tributária (art. 166, I)<sup>22</sup>. Em regra que combina uma especificação da legalidade estrita com a orientação hermenêutica sobre normas isentivas (é direta a conexão com a norma do art. 111, II do CTN, que determina interpretação literal dos preceitos que concedem isenção), o constituinte pernambucano estabeleceu que “Os efeitos das exonerações tributárias previstas no caput deste artigo, não poderão ser estendidos a contribuintes ou classes de contribuintes que não tenham sido expressamente beneficiados pela respectiva lei complementar” (art. 108, parágrafo único).

Mato Grosso (art. 150, § 5º) e São Paulo (art. 163, § 7º), em redação muito similar, fazem ressalva à vedação constitucional (art. 150, V) de obstar tráfego livre de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio. Em suas normas, tais estados-membros apontam que não se compreende como limitação à liberdade de tráfego de bens a apreensão de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal idônea, hipótese em que ficarão retidas até a comprovação da legitimidade de sua posse e da regularidade fiscal. O Supremo Tribunal Federal, instado a avaliar a constitucionalidade da norma paulista (ação direta de inconstitucionalidade n. 395-0), entendeu não se tratar de

---

<sup>21</sup> Em tais casos, o ISS incide sobre o preço do serviço, composto apenas pela taxa de agenciamento (o que é pago ao agenciador, sua comissão e sua receita). Veja-se, sobre isto, o Recurso Especial 411.580/SP e o Recurso Especial 1138205/PR (este submetido à sistemática dos recursos repetitivos).

<sup>22</sup> Art. 166. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é vedado ao Estado e aos Municípios, inclusive suas autarquias e fundações, conforme o caso:

I – exigir, aumentar, extinguir ou reduzir impostos, taxas de qualquer natureza, contribuições de melhoria, emolumentos por atos da Junta Comercial e custas judiciais, sem lei que o estabeleça;

sanção política contrária à súmula 323 ("É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"), mas de providência temporária decorrente do poder de fiscalização tributária.

O Estado do Rio de Janeiro teve invalidadas suas normas constitucionais que estipulavam valores mínimos de multas pecuniárias. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 551-1, o Ministro Ilmar Galvão, Relator do caso, considerou que os preceitos que fixavam patamares mínimos de 200% (para não recolhimento) e 500% (para sonegação de impostos ou taxas estaduais) para as penalidades fiscais violavam o princípio do não confisco e da intangibilidade do direito de propriedade.

Um segundo grupo de normas especiais das Constituições Estaduais trata daquilo que podemos rotular como "normas de remissão". Sinteticamente, são aquelas que fazem referência às "normas gerais" que a Constituição Federal remete à lei complementar (art. 146, III) ou, ainda, que remetem às normas locais a serem criadas para configurar o sistema tributário estadual (seja por leis complementares ou por leis ordinárias, que devem amoldar-se às normas gerais de caráter nacional).

Novamente, deparamo-nos com materiais normativos interessantes.

A necessidade de observância das leis complementares federais sobre normas gerais tributárias consta, explicitamente, nas Constituições de Alagoas (art. 164), Goiás (art. 101, § 3º), Maranhão (art. 127, § 10), Pará (art. 216), Rio de Janeiro (art. 192) e Rio Grande do Norte (art. 93).

As previsões das Constituições Estaduais sobre leis complementares estaduais<sup>23</sup> em matéria tributária conformam um cenário que sugere que os legisladores subnacionais possuem um espaço de inovação normativa a ser explorado, ao passo que, para os contribuintes, apresenta-se mais um nível de produção de normas que pode reforçar o quadro de garantias e liberdades que almejam assegurar, inclusive a expectativa de segurança jurídica.

No Acre, a Constituição aponta que será complementar "a Lei do Sistema Tributário Estadual" (art. 56, parágrafo único, VII)<sup>24</sup>. Embora sem remissão interna no texto

<sup>23</sup> O Supremo Tribunal Federal decidiu, na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.314, que as Constituições Estaduais podem criar exigência de lei complementar em matérias que vão além das previstas na Constituição Federal. Trata-se de caso que tardou quinze anos para ser julgado (dez anos entre o início e a conclusão do julgamento do mérito) e foi resolvido em placar apertado. O argumento central da tese da inconstitucionalidade era que a norma estadual ofendia o artigo 144, § 7º da Constituição Federal, que exigiria lei ordinária para a matéria e, logo, restaria violada a simetria necessária.

<sup>24</sup> De forma similar, Espírito Santo (art. 68, parágrafo único, I: lei complementar do sistema financeiro e do sistema tributário estadual); Mato Grosso (art. 45, parágrafo único, I: lei complementar do sistema financeiro e

constitucional, trata-se, provavelmente, da mesma lei complementar referida no artigo 139, à qual cabe “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”, em especial sobre a “definição dos tributos estaduais e suas espécies, dos respectivos fatos geradores, das bases de cálculo e dos contribuintes” (alínea “a”), “o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” (alínea “b”) e “anistia ou remissão que envolva a matéria tributária estadual ou municipal” (alínea “c”) <sup>25</sup>. Remete-se, também, à lei complementar para disciplinar “a forma como, mediante autorização do Poder Legislativo do Estado, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (art. 143, § 9º, “g”).<sup>26</sup>

No Amazonas (art. 143, II) e em Sergipe (art. 136, III), encontra-se o ponto comum da atribuição de competência ao legislador estadual para disciplinar obrigação, lançamento, crédito tributário, prescrição e decadência. A questão controversa, aqui, é se existe alguma margem deixada pela legislação complementar nacional -- o próprio Código Tributário Nacional e a Lei Complementar n. 118/2005 -- para o tratamento de tais assuntos por normas locais. A resposta atual à questão parece ser de que não há margem alguma. Ao julgar, em 2008, a ação direta de inconstitucionalidade n. 124, o Supremo Tribunal Federal considerou que o Estado de Santa Catarina não poderia dispor sobre extinção de crédito tributário, porquanto tal competência cabe à União. A norma constitucional estadual (art. 126, § 4º) que restou invalidada pelo STF previa que a extrapolação de prazo legal para proferir decisão final no contencioso administrativo tributário implica em seu arquivamento e na impossibilidade de revisão ou renovação do lançamento tributário sobre o mesmo fato gerador. A Corte, dando sinais da inviabilidade de qualquer normatização que não provenha da União sobre o assunto, consignou que “O lançamento tributário não pode durar indefinidamente, sob risco de violação da segurança jurídica, mas a Constituição de 1988 reserva à lei complementar federal aptidão para dispor sobre decadência em matéria tributária”.

---

tributário do Estado); Minas Gerais (art. 65, § 2º, I: lei complementar para instituir “o Código de Finanças Públicas e o Código Tributário”; Piauí (art. 77., parágrafo único, I: leis complementares para “os códigos de Finanças Públicas e o Código Tributário”; São Paulo (art. 23, parágrafo único, “9”: lei complementar para a “Lei Orgânica do Fisco Estadual”; Sergipe (art. 60, § 1º, I: leis complementares para “os códigos tributários e de finanças públicas do Estado”. O Rio de Janeiro previa (art. 118, parágrafo único, I) lei complementar do sistema Financeiro e tributário. A disposição foi revogada por emenda em 2006, provavelmente para resguardar os ainda vigentes, e bastante alterados, Decreto-lei n. 05/1975, que institui o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, e o Decreto Estadual n.2.473/1979, que regula o processo administrativo fiscal.

<sup>25</sup> A questão tormentosa na norma acreana é a sua eventual aplicação também aos Municípios. Pernambuco exige lei complementar, de iniciativa do Executivo, para a concessão de remissão ou anistia, de crédito tributário e seus acessórios, incluindo multa e juros, pelo Estado (art. 108). Adiante se verá que a iniciativa para legislar é controvertida, nesse e em outros casos de regulação de tributos.

<sup>26</sup> A autorização do Legislativo, como se verá, pode gerar controvérsias e interpretações duvidosas em face do princípio da separação de poderes.

Uma hesitação que não pode ser negligenciada respeita à distribuição de funções normativas entre leis complementares estaduais e o Código Tributário Nacional (além, por exemplo, da Lei Complementar n. 116/2003 e da Lei Complementar n. 87/1996) e a possibilidade, ou não, de “atuação compartilhada” na definição dos tributos estaduais, suas materialidades e contribuintes. Seria preciso, de modo cadenciado, confrontar as normas nacionais com os regramentos estaduais e, em tal exame, perquirir se há dissonâncias e, havendo, que consequências jurídicas provocam. Note-se que, de certo, modo, tal exercício permitiria reavivar, na perspectiva empírica do federalismo e da autonomia política dos estados-membros, o desgastado debate sobre a doutrina dicotômica ou tricotômica da lei complementar.<sup>27</sup>

#### 4.2 PROBLEMAS EM ABERTO

Para além da identificação de tipos de normas e suas respectivas funções no sistema tributário nacional, destacam-se eixos temáticos -- mais certo, talvez, eixos problemáticos -- que, a esta altura, cabe somente delinear.

O primeiro deles diz respeito ao processo legislativo tributário, com nuances que não podem ser ignoradas.

Há cinco estados-membros -- Acre, Maranhão, Paraíba, Santa Catarina e Tocantins -- que incluíram nas suas Constituições o poder de edição de medidas provisórias pelos chefes do Executivo, sem que nenhuma das Cartas prevê proibição de uso para matéria tributária. O caminho a ser trilhado, a este respeito, é pesquisar se as medidas provisórias estaduais estão sendo aplicadas para tributação e, em caso positivo, como tem se dado o controle de legalidade pelos Tribunais dos Estados.

Foram demarcadas duas Constituições que não preveem leis delegadas: Espírito Santo e Maranhão. Embora aparente ser de menor importância prática a cogitação sobre o uso da legislação delegada no campo tributário<sup>28</sup>, é seguro que fica um espaço entreaberto para tal possibilidade, na medida em que alguns constituintes estaduais utilizaram a fórmula da “autorização pelo Legislativo” para a produção de normas tributárias.

Questão mais acesa envolve a iniciativa privativa do chefe do Executivo para leis sobre assuntos tributários. Encontram-se enunciados normativos em tal sentido nos textos constitucionais de Alagoas (Art. 86, § 1º, “b”), Bahia (art. 77, III), Ceará (art. 60, § 2º; para leis sobre concessão de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito

<sup>27</sup> Para uma síntese que não cai em simplificações, ver Costa (2011).

<sup>28</sup> Ver Schoueri (2018, cap. II, item 7).

presumido, anistia, ou remissão, relativos a impostos, taxas e contribuições), Maranhão (art. 43, parágrafo único: “A iniciativa parlamentar sobre projetos envolvendo matéria tributária só será permitida a projetos dos quais não decorra renúncia de receita”), Mato Grosso (art. 195, parágrafo único, I), Pernambuco (art. 19, § 1º, I; art. 108), Roraima (art. 63, I) e Sergipe (art. 61, III).<sup>29</sup>

Surpreende a quantidade considerável de Constituições Estaduais que contrariam o que o STF vem estabelecendo quanto a se tratar de iniciativa concorrente entre Executivo e Legislativo para a criação de normas de tributação, mesmo aquelas que impliquem em renúncia de receita, como é o caso de leis de isenção. No tema 682 (“Reserva de iniciativa de leis que impliquem redução ou extinção de tributos ao Chefe do Poder Executivo”), gerado a partir da repercussão geral reconhecida ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 743480, firmou-se a seguinte tese: “Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal”.

Acerca de tal ponto, a pesquisa deve prosseguir para averiguar se houve, ou há em curso, submissão das normas constitucionais estaduais incompatíveis ao controle concentrado de constitucionalidade, bem como caberá avaliar os efeitos locais que tais disposições ainda válidas possuem, uma vez que podem servir para chancelar as diversas leis municipais que continuam reservando ao Executivo a iniciativa de leis tributárias que introduzem benefícios.

Merece compor outro eixo, dada a sua relevância para o federalismo fiscal, o rol de normas das Constituições Estaduais que trata dos poderes para dar isenções, incentivos e benefícios fiscais. Sem contar os casos mencionados de iniciativa privativa para legislar sobre matéria tributária, encontram-se algumas disposições constitucionais que aludem à autorização do Legislativo para que se estabeleçam incentivos fiscais.

Assim se passa com a Carta do Acre (art. 143, § 9º, “g”), que confere à lei complementar a tarefa de regular “a forma como, mediante autorização do Poder Legislativo do Estado, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Embora a própria Constituição Estadual preveja que compete à Assembleia Legislativa legislar sobre concessão de anistia fiscal e de incentivos fiscais (art. 45, VIII e IX), cabe ponderar se tal lei pode remeter ao Executivo, mediante autorização genérica, a prerrogativa de atribuir os benefícios fiscais.

Solução similar aparece na Constituição do Amapá, cujo artigo 164 aponta que a lei pode conceder “ou autorizar a concessão de isenções tributárias, ou qualquer outro incentivo

---

<sup>29</sup> A Constituição da Paraíba, após alteração em 2014, não mais inclui a matéria tributária na iniciativa privativa.

fiscal”. No Amazonas, de forma mais sutil, o artigo 19, IV, estabelece ser vedado ao Estado e aos Municípios que o integram “renunciar à receita e conceder isenções e anistias fiscais, sem justificativa de interesse público e autorização dos Poderes Legislativos Estadual e Municipal”. A norma constitucional do Mato Grosso (art. 151, parágrafo único) aponta que “a concessão ou revogação de isenções, incentivos, benefícios fiscais e tributários, no Estado, dependerá de autorização do Poder Legislativo Estadual ou Municipal”.

A controvérsia não é outra senão o tangenciamento ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as cláusulas constitucionais de autorização podem abrir margem para defender que os decretos possam funcionar como regulamentos delegados em vista da formulação de normas exonerativas. Eventualmente, os mais arrojados poderiam cogitar da ressurreição das leis delegadas na esfera tributária.

Abre-se uma frente diversa para tratar do papel que as Constituições Estaduais cumprem na “guerra fiscal” entre os estados-membros.

Quando elaboraram seus textos a partir de outubro de 1988, os constituintes estaduais já estavam cientes da norma da Constituição Federal extraída do artigo 155, § 2º, XII, que atribuía à lei complementar o papel de “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Ora, tal diploma já existia desde 1975: a Lei Complementar n. 24, que em seu artigo 2º, § 2º, reclama decisão unânime para a concessão de benefícios (a revogação total ou parcial depende de aprovação de ao menos quatro quintos dos representantes presentes).

Se convênios aprovados por unanimidade no âmbito do CONFAZ assumiram o papel exclusivo de criação lícita de benefícios fiscais de ICMS, alguns estados-membros trataram de usar suas Constituições Estaduais para cuidar de seus interesses e tentar escapar aos rigores das normas limitadoras.

Vamos encontrar, assim, dois grandes grupos de entes federados que revelam tendências opostas no trato dos incentivos de ICMS. De um lado, aqueles que buscaram aderir ao modelo da Constituição Federal e introduziram nos seus textos constitucionais alguma norma de remissão que servisse para sinalizar a obediência sem ressalvas. Os estados “enquadrados” são Goiás (art. 102, § 5º), Paraná (art. 130), Piauí (art. 166, § 5º; art. 170, § 1º), Espírito Santo, (art. 139, § 9º), Maranhão (art. 127, § 10) e Pará (art. 222, § 11).

Na via contrária, os estados “relutantes”, que inscreveram em suas Constituições Estaduais normas que, de alguma maneira, atenuam a prescrição da Lei Complementar n. 24/1975 (e, logo, também desafiam a Constituição Federal). A saída astuta encontrada foi utilizar enunciados normativos que condicionam à aprovação da Assembleia Legislativa a

incorporação ao direito estadual dos convênios que aprovam e/ou revogam benefícios fiscais são incorporados ao direito estadual. Trata-se de expediente que contraria o artigo 4º da Lei Complementar n. 24/1975, que prevê prazo de quinze dias para o Poder Executivo de cada unidade da federação publicar decreto ratificando, ou não, os convênios celebrados, tomando-se por ratificação tácita a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

Deste lado, encontramos o Amapá (art. 165) e Pernambuco (art. 109), que permitem aos seus Legislativos que mantenham um benefício fiscal revogado pelo CONFAZ; Amazonas (art. 149, § 2º), Bahia (art. 150), Mato Grosso (art. 151, parágrafo único), Mato Grosso do Sul (art. 152), Rio Grande do Sul (art. 141) e Santa Catarina (art. 131) submetem à homologação da Assembleia Legislativa todos os incentivos aprovados pelo CONFAZ, sem o que os convênios permanecem ineficazes. O Rio de Janeiro emprestava à sua Assembleia Legislativa a competência para apreciar e aprovar convênios celebrados pelo Poder Executivo dos quais resultassem para o Estado quaisquer encargos não estabelecidos na lei orçamentária (art. 99, XX). A norma fluminense foi invalidada pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade n. 676-2, por ofensa à separação de poderes.

A harmonização entre as Constituições Estaduais e a autonomia municipal é mais uma passagem a percorrer.

De 1963, publicada no ano seguinte, chega-nos a súmula 69 do STF, redigida singelamente: “A Constituição estadual não pode estabelecer limite para o aumento de tributos municipais”. As normas constitucionais estaduais que foram afastadas nos julgados que deram origem à súmula previam tetos percentuais para a elevação do valor dos tributos de um exercício financeiro para o seguinte, sem que de tais balizas os Municípios fossem eximidos. Ainda inspirado pelo viés autonomista, descentralizador da Constituição de 1946, o entendimento sumulado encontra um fundamento implícito que nos abre acesso a outras questões de interesse: a proteção da plenitude das competências tributárias municipais.

Podemos listar alguns pontos que demandam apreciação acurada: a) supondo a vedação às isenções heterônomas uma norma de reprodução obrigatória nos textos constitucionais estaduais, como entender as normas das Cartas locais sobre competência para isentar tributos municipais (obrigação ou proibição de isentar)? b) Normas constitucionais estaduais -- ou leis complementares estaduais à quais remetem -- podem tratar de elementos da regra-matriz dos tributos municipais ou regular outros aspectos do crédito tributário com aplicabilidade aos municípios? c) Supondo existentes as imunidades estaduais e as inovações de princípios e vedações introduzidas pelos constituintes estaduais, tais normas vinculam os municípios? d) Diante de situações de “guerra fiscal” entre municípios, é possível ao estado-

membro usar a lei estadual (complementar ou ordinária) para solver o conflito de competência, em analogia ao que a Constituição Federal prescreve no artigo 146, I?

Exemplos não nos faltam para pensar em concreto. Em tom genérico, a Constituição de Goiás afirma que a autonomia municipal realiza-se pelo respeito aos limites impostos tanto pela Constituição da República quanto pela Carta estadual (art. 63, II, “a”). A exclusão de impostos sobre imóveis tombados promovida pelo Mato Grosso (art. 150, VI, “d”) não descartou que os municípios devam respeitar a decisão do poder constituinte decorrente. No Pará, como já mencionado, há norma constitucional que busca demarcar o fato gerador do ISS, indicando hipótese de não incidência (art. 223, § 6º). A Carta sergipana expressamente refere os tributos municipais na exoneração fiscal das áreas particulares situadas em reservas ecológicas (art. 237), ao passo que a norma da Bahia (art. 278) que livra da tributação os eventos esportivos em espaços do estado não assegura aos municípios o poder de cobrar os seus tributos. A Constituição do Tocantins, em tom imperativo, indica que os Municípios farão uso do IPTU progressivo e diferenciado por zonas, e cobrarão taxas diferenciadas por zonas (art. 105), enquanto a Carta do Mato Grosso do Sul não ressalva as municipalidades da proibição de dar anistia ou isenção fiscal no último exercício de cada legislatura (art. 148).

Intrigante é o preceito do artigo 173, parágrafo único, da Constituição do Piauí, que cria situação permissiva nova de retenção pelo estado de repasses aos municípios em caso de descumprimento da aplicação dos percentuais mínimos de investimento em saúde. Não foi encontrada ação do controle de constitucionalidade que questione a validade do dispositivo estadual.

O Supremo Tribunal Federal tem feito suas incursões para assegurar a autonomia municipal em matéria financeira e tributária.

A norma constitucional do Mato Grosso que obrigava estado e municípios a aplicarem de 35%, no mínimo, da receita de impostos em educação escolar (art. 245, redação original) foi alvo, ao lado de outros preceitos, da ação direta de inconstitucionalidade n. 282-1. O Relator, Ministro Sydney Sanches acatou o pedido de medida cautelar e suspendeu a expressão “e os municípios”, por considerar que o dever firmado pelo constituinte estadual às municipalidades afeta o princípio da autonomia municipal. Embora a ação ainda não tenha sido julgada, perdeu o objeto em relação ao artigo 245, cuja redação atual não mais contém a referência aos municípios.

Ao apreciar, na ação direta de inconstitucionalidade n. 851-0, a validade do artigo 228 (artigo 225 na numeração original) da Constituição do Rio de Janeiro, o STF considerou que a concessão de tratamento especial a micro e pequenas empresas por estado e municípios

implica em cerceamento da competência para legislar dos municípios em matéria tributária e em assuntos de interesse local. A especificação do tratamento diferenciado -- redução de tributos e obrigações acessórias, com dispensa do pagamento de multas formais das quais não resulte falta de pagamento de tributos; notificação prévia para início de ação ou procedimento administrativo ou fiscal de qualquer natureza; habilitação sumária e procedimentos simplificados para participação em licitações públicas, bem como preferência na aquisição de bens e serviços de valor compatível com o porte das micro e pequenas empresas; criação de mecanismos descentralizados, a nível regional, para o oferecimento de pedidos e requerimentos de qualquer espécie, junto a órgãos de registros públicos, civis e comerciais, bem como perante a quaisquer órgãos da administração tributária -- e sua inclusão na Constituição Estadual, em vez de lei ordinária dos próprios municípios, indica, segundo o STF, que lhes foi retirada “a flexibilidade que decorreria da legislação aprovada nos respectivos âmbitos”.

## 5 CONCLUSÃO

Há, afinal, muitos problemas relativos às Constituições tributárias estaduais que remanescem. O que se fez até então foi somente um passo inicial para ruptura de uma injustificada estagnação doutrinária.

Além de revistar tudo o que antes se ofereceu, será preciso tratar do controle das renúncias de receita pelos Tribunais de Contas (há o caso da Bahia, cuja norma constitucional do artigo 89, que previa fiscalização das isenções fiscais, foi suprimida nesta parte pelo STF, na ação direta de inconstitucionalidade n. 461-1). Temos variadas normas variadas sobre administração tributária, que tratam de acordos, processo administrativo, cobrança, transparência da informação e fiscalização. A isto se somam as minúcias do controle de constitucionalidade no plano estadual, que servem de ponto de apoio para alargar a base empírica analisada e averiguar como as normas constitucionais estaduais comportam-se como parâmetro para a validação de outras normas.

No caso do Pará, temos a especial condição de poder observar a interpretação e a aplicação da Lei Complementar Estadual n. 58/2006, que estabelece o código de direitos, garantias e obrigações dos contribuintes. Saber qual a sua força normativa, quais funções cumpre na estruturação dos vínculos entre Fisco e cidadãos é fundamental para revigorar o direito estadual e, por consequência, a própria Constituição do Estado do Pará.

Um esforço mais sistemático também deverá ser feito para estabelecer os laços entre a sistematização de normas e problemas aqui oferecida e os fragmentos do Código Tributário

Nacional que mencionam as Constituições Estaduais, cabendo fazer, por igual, as associações analíticas entre o que já se obteve sobre as normas tributárias locais e o debate constitucional em curso sobre simetria e conceitos afins.

Em vez de elogios laudatórios a uma quimérica Constituição paraense que jamais foi, parece mais prudente contribuir, mesmo que modicamente, para que os atores políticos e os juristas engajados consigam fazer dela aquilo que lhe é possível ser, sem promessas utópicas nem revoluções de papel, diante de uma crise de legalidade e um verdadeiro estado de calamidade democrático que vive o nosso país.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional**: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2008. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

COSTA, Alcides Jorge. Normas gerais de Direito Tributário: visão dicotômica ou tricotômica. **Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11-26.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ABSHER-BELLON, Gabriel Luan. Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 52, n. 2, p. 321-344, 2018.

HORTA, Raul Machado. Poder constituinte do Estado-membro. **Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais**, n. 88, p. 05-17, 1988.

HORTA, Raul Machado. Natureza do poder constituinte do Estado-membro. **Revista da PGE-RJ**. 1988. ed. 40. p. 87-102.

HORTA, Raul Machado. A Constituição Federal e o Poder Constituinte do Estado. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 32, p. 15, 1989.

HORTA, Raul Machado. Introdução do regime paramentar nos estados e municípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 191:14-25, jan.lmar. 1993.

HORTA, Raul Machado. Introdução do regime parlamentar nos Estados e Municípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 14-25, jan. 1993. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45638>>. Acesso em: 31 Jul. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v191.1993.45638>.

HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 175-178, jul./set. 1997.

KFOURI JR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018, cap. 1, subitem 1.14; LEONCY, Léo Ferreira. **Princípio da simetria e argumento analógico**: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-03092012-143741. Acesso em: 2019-07-31.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenador). **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Bernardo Motta. As limitações ao poder de tributar da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989. **25 anos da Constituição Mineira de 1989**: teoria, prática, história, inovações / Antônio José Calhau de Resende, organizador. - Belo Horizonte : Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2014.

PIRES, Thiago Magalhães. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.872 295

RODRIGUEZ, J. R.. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez Assis. (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. 1ed.São Paulo: Saraiva, 2012, v. , p. 75-88.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, p. 105-121, 2005, p. 105.

TÁCITO, Caio. As constituições estaduais e sua adaptação à carta federal. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 157-166, dez. 2013 (publicado na RDA n. 89).

VALLE, Maurício Dalri Timm do. Considerações sobre as características da competência tributária no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 6, Jan.-Jun. p. 7-31.