

FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

TEMPOS EM DIREITO

REVISTA CIENTÍFICA

Volume 02 – Número 01

Camaçari
2018



FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

TEMPOS EM DIREITO

REVISTA CIENTÍFICA

Volume 02 – Número 01

FACULDADE METROPOLITANA DE CAMAÇARI

DIRETORA GERAL

Profa Celene Maria de Oliveira Santos

EDITOR RESPONSÁVEL

Profa Dra. Arlinda Paranhos Leite Oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Profa Celene Maria de Oliveira Santos

Profa Dra. Arlinda Paranhos Leite Oliveira (FAMEC, UFBA, UCSAL)

Prof. Ms. Edson Tiny Sacramento (FAMEC)

Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito (UFBA)

Prof. Dr. João Glicerio de Oliveira Filho (UFBA)

Profa Ms. Jucilene de Oliveira Santos (FAMEC)

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim (UFBA)

FICHA CATALOGRÁFICA

Jucilene de Oliveira Santos

Tempos em Direito – Revista Científica da Faculdade Metropolitana de Camaçari

Volume 02-Número 01-Ano 2018

Editada pela Faculdade Metropolitana de Camaçari

Localizada a Avenida Jorge Amado s/n –Camaçari-Ba

Ficha Catalográfica

Tempos em Direito: Revista Científica. Faculdade Metropolitana de Camaçari-FAMEC
v.2,n.1 (novembro/2018) Camaçari,2018

Anual

1. Educação 2. Ensino 3. Aprendizagem 4. Informação 5. Periódico I. FAMEC II Tempos em
Direito

CDU 050

APRESENTAÇÃO

A prática do Direito é, antes de tudo, uma prática social!

O Direito é um gênero que comporta diversas áreas que podem ser compreendidas como espécies. A investigação, daquilo que seja pertinente ao social, científico ou econômico, compõem os alicerces que subsidiam a estrutura do ordenamento jurídico e das relações sociais, seja no campo dos estudos doutrinários, seja no campo da própria *lex stricto sensu*.

A partir desse princípio axiológico, que é cristalino o estudo e a disseminação dos resultados obtidos tem vital relevância, não somente para aqueles chamados "operadores do Direito", mas também para construção de uma sociedade cada vez mais alinhada com os institutos, sem que se cogite a possibilidade desse conhecimento ser exclusivo à área.

Desta forma, selecionamos artigos científicos produzidos por professores, e por alunos em co-autoria com os seus professores, a fim de estimular o *quefazer* (FREIRE) pedagógico, sem deixar de lado a *práxis* acadêmico científica, tão urgente em dias nebulosos como os atuais, que põe em risco a divulgação das pesquisas nas mais diversas áreas do saber.

A FAMEC vem estimulando as vivências e experiências, realizadas sem perder de vista o tripé que sustenta a ideia das universidades: ensino/pesquisa/extensão.

Agradecemos aos professores e professoras, alunos e alunas e demais membros da comunidade acadêmica que foram co-autores desse número da *Tempos de Direito*. Que possamos, com nossas pesquisas e práticas, continuar no processo de consolidação por um estado democrático que entenda que o ensino e a pesquisa são fundamentais para o desenvolvimento do país.

ARLINDA PARANHOS LEITE OLIVEIRA
EDITORA CHEFE

SUMÁRIO

A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO APLICÁVEL AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL Mayara Machado Cerqueira -Edson Sacramento Tiny das Neves. Página 05.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 790-B DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO Armando Nogueira Fernandes -Brenda Damasceno Dos Santos. Página 25.

ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO Juliana Cabral de Oliveira - Rafael José da Silva. Página 38.

REFORMA TRABALHISTA: NECESSIDADE OU SUPRESSÃO DE DIREITOS? ARMANDO FERNANDES - Marta Bastos. Página 56.

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL NO DIREITO BRASILEIRO Edson Sacramento Tiny Das Neves - Samille Brito Dias. Página 71.

A MOROSIDADE PROCESSUAL NO JUDICIÁRIO BAIANO: Obstáculos E Soluções Armando Nogueira Fernandes - Gleicy Kely Santos De França Matos. Página 89.

AS CONSEQUÊNCIAS ELEITORAIS DO (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES Mylena Araújo da Silva. Página 104.

HERANÇA DIGITAL: A TRANSMISSÃO DE BENS VIRTUAL Everton Silva Santos - Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis - Tamires Gomes da Silva Castiglioni. Página 120.

RAZOABILIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CORRELAÇÃO COM IMPOSIÇÕES ESTATAIS DESCOMEDIDAS Gabriella Santana Santos - Danilo França Santos. Página 132.

FUNÇÃO SOCIAL COMO LIMITADORA AO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE Marcos Vinícius Viana Da Silva - Eduardo Augusto Fernandes. Página 149.

A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO APLICÁVEL AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

MAYARA MACHADO CERQUEIRA¹
EDSON SACRAMENTO TINY DA NEVES

RESUMO

O presente artigo trata das causas e consequências da alienação parental, além disso, faz uma análise da Lei 13.431 de 4 de abril de 2017, a qual normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Aborda alguns aspectos psicológicos e jurídicos da alienação parental. Por fim, examina a importância do acompanhamento psicológico como forma de redução da alienação parental e restauração do afeto priorizando sempre os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente do afeto. O acompanhamento psicológico é uma das medidas mais relevantes, pois se mostra mais transformador do que as demais medidas que, ainda que sejam importantes, não interferem na subjetividade do sujeito. O problema maior é enfrentar o judiciário que é lento e muitas vezes silencioso para decidir casos que merecem atenção especial, como também não tem suporte de profissionais especializados. O método de abordagem teórica da pesquisa é dedutivo, utilizando de modo específico pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Alienação Parental. Criança e adolescente. Direito de família. Lei 12.318/10. Psicólogo.

ABSTRACT

This article deals with the causes and consequences of parental alienation, besides that, it makes an analysis of Law 13.431 of April 4, 2017, which regulates and organizes the guarantee system for the rights of children and adolescents who are victims or witnesses of violence. It deals with some psychological and legal aspects of parental alienation. Finally, it examines the importance of psychological counseling as a way to reduce parental alienation and restoration of affection, always prioritizing the principles of the best interest of children and adolescent affection. Psychological monitoring is one of the most relevant measures, since it is more transformative than other measures that, although important, do not interfere in the subject's subjectivity. The biggest problem is to confront the judiciary, which is slow and often silent to decide cases that deserve special attention, but also does not have the support of specialized professionals. The method of theoretical approach of the research is deductive, using in a specific way bibliographical research and jurisprudential.

Keywords: Parental Alienation. Child and teenager. Family law. Law 12,318 / 10.

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental é conceituada pela Lei 12.318, no seu artigo 2º como a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente produzida ou induzida por um dos genitores, é um dos mais delicados temas que a sociedade vem enfrentando atualmente no direito de família.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, professor do curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari, FAMEC. nevedson@hotmail.com Graduanda em Direito pela Faculdade Metropolitana de Camaçari. Graduanda em Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari. Email:mayara1994mc@hotmail.com.

O estudo do tema tem por objetivo demonstrar a importância do acompanhamento psicológico com o finalidade de preservar o direito fundamental da convivência familiar saudável, preservando-se o afeto devido nas relações entre filhos e genitores no seio do grupo familiar.

O estudo mais aprofundado do tema faz se necessário e de suma importância, pois trata-se da família que é fundamental para formação da sociedade, mas especificamente das crianças e adolescentes, os quais são mais vulneráveis por estarem com o desenvolvimento psicológico incompleto e necessitam de uma atenção especial para se desenvolver em sua plenitude.

A família vem se transformando com o passar do tempo, a relação conjugal chega ao fim por motivos fúteis, causando revolta, raiva, fazendo com que o cônjuge viva o luto da relação e não saiba lidar com o fim, com isso quem mais sofre as consequências são os filhos, estes passam por situações desumanas, pois são usados como moeda de troca, uma vez que o seu responsável usa-o para causar discórdia com o outro genitor, muitas vezes tentando afastá-lo a criança ou adolescente deste. O problema maior é enfrentar o judiciário que é lento e muitas vezes silencioso para decidir casos que merecem atenção especial, como também não tem suporte de profissionais especializado para tratar de determinados casos, como a alienação parental.

O método de abordagem teórica da pesquisa é dedutivo, utilizando de modo específico a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, onde se verifica alternativas criadas pela legislação do Brasil e de outros países, como Portugal, Chile, Estados Unidos e Canadá. Nesse sentido, em um primeiro momento o trabalho versa sobre o conceito e origem da alienação parental e as suas fases. Indica também as diferenças entre a alienação parental e a síndrome de alienação parental, as manifestações comportamentais do alienante, bem como as causas da referida alienação, as consequências que ela gera, os aspectos psicológicos e jurídicos enfrentados o direito de família com relação ao tema e verifica a alienação parental na lei 13.431/17.

No segmento final, comenta da importância do acompanhamento psicológico como medida de proteção e efetividade quando já identificada a alienação parental, e considerações referente à citada alienação.

O assunto é de extrema importância, visto que envolve a inocência de crianças e a fragilidade de adolescentes. Por conta da ingenuidade das crianças, estas são manipuladas por um dos genitores contra o seu ex-companheiro. O ensejo que o alienador utiliza para praticar atos típicos da alienação parental, de fato, é inferior a todas as sequelas que poderá causar em uma criança. Um processo de averiguação de alienação parental demora algum tempo, tempo que não volta mais e que somente poderá ser reconstruído daquele ponto em diante, deixando marcas irreversíveis de um sofrimento de bastante tempo, o qual fará a criança perder o afeto por um de seus genitores tornando o ambiente familiar algo impossível de se vivenciar.

2 CONCEITO E ORIGEM DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O termo “Alienação parental” teve origem em 1985 pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner, este entendia que se tratava de uma arma utilizada nas relações de família, arma esta que poderá atingir o desenvolvimento emocional e psicossocial de crianças e adolescentes, os quais ficam expostos aos dramas e situações desagradáveis que surgem nas Varas de Família.

O Richard Gardner, por intermédio de Tamara Brockhausen (2012 p.17) conceituou dois termos: A Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental. A primeira é definida como a rejeição da criança com a interferência de um dos genitores após o divórcio, rejeição esta que pode ser causada por diversos motivos, dentre eles as revoltas da puberdade; a lavagem cerebral em jovens, feita por cultos religiosos ou por outras pessoas. Além disso, os abusos psicológicos, físicos, sexuais; a negligência ou o abandono praticado por um genitor, que passa legitimamente a ser rechaçado pela criança ou pelo adolescente. Enquanto a Síndrome da Alienação Parental é um subtipo da Alienação Parental sendo definida como qualquer situação na qual uma criança pode rejeitar um genitor sem justificativa, é um distúrbio característico da infância que passar a existir quase que tão-somente no contexto de disputas de custódia das crianças.

Várias são os artifícios utilizados para destruir a imagem do outro genitor, os resultados são perversos, segundo aponta Maria Berenice Dias:

Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes anti-sociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim

padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (2015.p 546)

De acordo com Gardner, a alienação parental pode ocorrer em 3 (três) estágios, podendo ser leve, moderado ou agudo. O primeiro acontece quando nas visitas há dificuldades no momento da troca dos genitores; O moderado consiste no estágio em que o alienante usa de vários artifícios para excluir o outro da vida da criança ou adolescente. Enquanto o estágio agudo ocorre quando os filhos já estão manipulados e quando chega o momento da visita a presença do genitor alienando causa pânico.

Faz-se necessário mencionar a Convenção sobre os Direitos da Criança, tendo em vista que esta é a Carta Magna para as crianças de todo o mundo. A convenção é o instrumento mais aceito de direitos humanos na história universal, foi ratificado por 196 países e em 1990 tornou-se lei internacional. O art. 9º da referida convenção dispõe sobre a proteção dos Estados Partes para com as crianças, vejamos:

Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. (art. 9º CDH)

O art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 colocou homens e mulheres no mesmo patamar de igualdade, dessa forma, ampliou-se a proteção a criança e ao adolescente, os quais passaram a ser vistos como merecedores de um cuidado especial do Estado, da sociedade e da família. Dessa forma aborda o art. 227 da CF/88:

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. (art.227 CF)

Seguindo a mesma lógica, as leis posteriores a Constituição da República, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil de 2002 (CC/02), com fundamento nos princípios da paternidade responsável, da igualdade, da proteção integral do menor e da afetividade, buscaram significativas inovações para o Direito de família.

Embora tardio, a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que cuidou da matéria determinando que considera-se alienação parental (AP) a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos pais, pelos avós

ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que a criança repudie o genitor ou, que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este. Maria Berenice Dias define como sendo:

Nada mais do que uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. (2010, p. 455)

O alienante vale-se de diversas formas para conseguir seu objetivo, dentre elas, discursos atentatórios a imagem do ex-parceiro (pai ou mãe), lavagens cerebrais, entre outros. A melhor forma de reconhecer é entender o padrão de condutas do genitor alienante, como: fazer difamações que destroem a imagem do outro genitor; criticar de forma negativa a competência profissional do ex-parceiro; obrigar o filho (a) escolher um dos genitores; comentar coisas desagradáveis sobre presentes que a criança ou adolescente ganhar do outro genitor; controlar de maneira excessiva o horário de visitas; interceptar ligações telefônicas ou correspondências; emitir falsas acusações de abuso sexual, fazer implantação de falsas memórias, nas quais o menor é induzido a acreditar em fotos não verídicas, entre outros.

3 ALGUMAS MANIFESTAÇÕES COMPORTAMENTAIS DO ALIENANTE

O alienante, normalmente um dos genitores, se comporta de forma que tenta restringir o máximo o contato do filho com genitor alienado até o seu afastamento total. Assim, o alienador utiliza de todas as formas para descaracterizar o genitor, o qual se mantém neutro, tentando a resolução do conflito para a melhoria da criança.

Como exemplifica Gardner, com tradução de Rita Rafaeli, várias são os artifícios utilizados para desqualificar a imagem do outro genitor, dentre elas estão:

- a) Limitar o contato da criança com o genitor alienado e se possível elimina-lo; b) Limitar o contato com a família do genitor alienado e se eliminá-la; c) Evitar falar sobre o genitor alienado dentro de casa; d) Desvalorizar o genitor alienado, seus costumes, amigos, parentes e pessoas próximas; e) Criar a imagem de que o alienado é perigoso; f) Criar conflitos entre o alienado e o menor; g) Interceptar ligações telefônicas do alienado; h) Fazer com que a criança acredite que foi recusada e não é amada pelo alienado; i) Fazer com que a criança escolha entre o genitor e outro; j) Induzir culpa no filho por ter bom relacionamento com o alienado; k) Instigar a criança a chamar o genitor alienado pelo seu primeiro nome; l) Impor pequenas punições sutis e veladas quanto a criança expressar satisfação ao se relacionar com o genitor alienado; m) Confiar segredos a criança, reforçando o senso de lealdade e cumplicidade; n) Fazer com que a criança a chame o padrasto/madrasta de pai ou mãe; o) Fazer questionamentos depois que o filho chega das visitas; p) Cancelar

visitação por motivos fúteis; q) Tentar impedir o máximo o cumprimento do calendário de visitas.

O alienante, quando um dos cônjuges, muitas vezes utiliza-se de ameaças e chantagens para conseguir o seu objetivo. Este tende a não comunicar ao outro, coisas importantes relacionados à vida dos filhos, tentando afastar o outro genitor da convivência do menor. O alienante toma decisões importantes que interferem de maneira drástica na vida da criança, sem antes consultar ao ex-cônjuge ou tenta de forma reiterada desmoralizar o ex-cônjuge, obrigando o menor escolher entre o seu pai ou a sua mãe. O alienante pode interferir também constantemente nas visitas, controlando excessivamente os horários, organizando diversas atividades para os mesmos dias e tornando a convivência com o outro genitor engessada e obrigada.

Desta forma, o alienante tem a intenção de afastar o convívio entre a criança ou adolescente e o outro genitor, determinando sozinho, decisões que deveriam ser tomadas por ambos os genitores, gerando um enorme conflito. Nesse sentido verifica-se julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE GUARDA E INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. SENTENÇA CONJUNTA. COMPORTAMENTO ALIENADOR DO GENITOR. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO À MEDIDA DE ADVERTÊNCIA E DE REVERSÃO DEFINITIVA DA GUARDA DOS FILHOS MAIS NOVOS EM FAVOR DA GENITORA. MANUTENÇÃO. 1. Rejeita-se a preliminar de intempestividade, pois a insurgência foi interposta dentro do prazo legal. 2. Deve ser mantido o reconhecimento da prática de alienação parental por parte do genitor, que com seu comportamento contribuiu para o distanciamento materno-filial, sem se preocupar com o comprometimento que esta situação acarreta ao saudável desenvolvimento dos filhos comuns. 3. Correta a aplicação ao genitor das medidas de advertência e de reversão definitiva da guarda dos dois filhos mais novos em favor da genitora, a qual vem exercendo o encargo provisoriamente desde 23.03.2016, revelando o conjunto probatório que não mais persistem os motivos que ensejaram o deferimento da guarda provisória em favor do genitor e que os interesses da prole estão sendo adequadamente atendidos na companhia materna. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70074544032, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em... 28/09/2017).

Nota-se na decisão citada à manifestação comportamental do genitor que teve a intenção de afastar o convívio entre filhos e genitora, o que foi reconhecido pelo julgador como ato de alienação parental e condenado a medida de advertência e de reversão da guarda definitiva dos filhos mais novos em favor da genitora.

3 CAUSAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Analisando o conceito de Alienação Parental é notório que o alienante não é apenas o genitor(a), mas também terceiros, como os avós, tios (as) ou outras pessoas que detenham a guarda ou vigilância do menor.

A Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 trouxe um conceito genérico e amplo, o qual terá melhor aplicabilidade em cada caso concreto. Conceituou alienação parental como sendo a desmoralização feita por um genitor em relação ao outro, na maioria das vezes a mulher, tendo em vista que esta normalmente detém a guarda do filho, ou por alguma pessoa que tenha a guarda da criança para que esse passe a odiar e abandonar seu genitor e, dessa forma, desprendendo-se deste.

São várias as causas da alienação parental, sendo uma das mais comuns, o fim de relações amorosas entre os genitores, uma vez que o sentimento de raiva e desgosto é transportado para a criança, por aquele que não queria o rompimento da relação. No entanto, não se resume a isso, vai muito além, desde um simples desafeto entre os genitores, ou ciúme do outro com a criança, até situações mais complexas, como uma manipulação para o alienado pagar alimentos, colocando a criança como se fosse moeda de troca.

Muitas vezes, as mentiras ou fantasias inventadas pelo alienante (normalmente a mãe) com o propósito de separar pai e filho são tão severas que chega a afirmar que a criança sofreu abuso sexual pelo genitor alienado (normalmente o pai), dessa forma, faz com que a criança acredite na história e vivencie a desumana fantasia. Temos como exemplo um caso decidido no agravo de instrumento nº 0016292-65.2011.8.05.0000 pela relatora Cynthia Maria Pina Resende, da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em 09/10/2012:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL CUMULADA COM SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. LIMINAR DEFERIDA PARCIALMENTE PARA DETERMINAR QUE O MENOR PASSE OS FINAIS DE SEMANA NA COMPANHIA DO SEU PAI, A PARTIR DAS 12:00H DA SEXTA-FEIRA ATÉ A SEGUNDA-FEIRA SEGUINTE, BEM COMO AS FESTAS NATALINAS E METADE DAS FÉRIAS ESCOLARES. UTILIZAÇÃO, PELA AGRAVADA, DOS MESMOS ARGUMENTOS CONTIDOS NA AÇÃO Nº 0055423-44.2011.805.0001, ATRAVÉS DA QUAL ACUSA O PAI DE ABUSO SEXUAL CONTRA O MENOR, ESTA JULGADA IMPROCEDENTE, EMBORA AINDA EM GRAU DE RECURSO. DECISÃO QUE SE COADUNA COM A INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO AO ALEGADO ABUSO SEXUAL QUE FUNDAMENTOU A SENTENÇA DE MÉRITO DAQUELA AÇÃO E, PORTANTO, COM AS INSUBSISTENTES PROVAS ALI COLHIDAS. PRESENÇA DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA A JUSTIFICAR A LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA NA AÇÃO REFERENTE AO PRESENTE

AGRAVO. MERA AMPLIAÇÃO DA RETOMADA DO CONVÍVIO DE PAI E FILHO QUE JÁ HOUVERA SIDO ESTABELECIDO EM PROCESSO ANTERIOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

As medidas contra a alienação parental tem por objetivo reestabelecer o afeto, como também conscientizar o alienante os danos que alienação pode causar aos envolvidos, principalmente a criança ou adolescente, pois estes não podem ser objeto de manipulação.

O art. 6º, incisos V e VII da Lei 12.318/2010, cita que: o alienante poderá ter a guarda da criança invertida em favor do alienado ou suspensa a autoridade parental, a depender de quão grave é a alienação ou quando outras medidas mais brandas não surtirem efeito. A mencionada lei nos seus 7 (sete) incisos do art. 2º apresenta um rol com diversas condutas de alienação parental, sendo elas:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Além disso, a referida Lei, no caput do art. 2º, esclarece que, as formas exemplificativas de alienação parental não se limitam as mencionadas nos incisos, mas também, aquelas declaradas pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.

3.1 ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS EXISTENTES NO DIREITO DE FAMÍLIA COM RELAÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL.

Sabe-se que a sociedade ao longo dos anos vem passando por constantes transformações e adaptações, com isso faz-se necessário que haja mudanças na lei, visto que até meados do século XX, a família era exclusivamente aquela constituída pelo casamento, a qual se nomeou de família patriarcal. Até meados do século XX a sociedade do Brasil era patriarcal, a família era formada pelo pai, mãe e filhos, sendo o homem chefe da entidade familiar.

Todavia, com a evolução da sociedade, as mulheres começaram a buscar seu espaço no mercado de trabalho em busca de independência financeira e afetiva, não mais dependiam dos maridos para ter uma profissão, nem mesmo para tomar decisões importantes, com isso o esposo passou a auxiliar nas despesas de casa e criação e educação dos filhos.

Uma das novidades adotadas pelo nosso sistema legislativo no que se refere a entidade familiar é o reconhecimento da família monoparental, melhor dizendo, aquela formada por qualquer dos genitores e seus descendentes e não apenas por ambos genitores e descendentes. É o que dispõe o art. 226, § 4º da Constituição Federal. “§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Neste sentido, o alienador pode ser qualquer um dos genitores já que a noção tradicional de família acaba de ser superado ao se interpretar o citado parágrafo. Vale dizer, o alienador ao cometer atos que constituem alienação parental acaba desobedecendo aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como o previsto no art. 3º, segundo o qual a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É notória a proteção que o Estado garante à criança e entidade familiar por meio das normas, a qual possui várias formas de constituição e considerada a base da sociedade. Vejamos o que dispõe o art. 226, caput da Carta Magna: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

O poder familiar significa o dever dos pais para com os filhos menores de dezoito anos ou incapazes, propondo garantir o direito e dever de criação, educação, assistência da criança e do adolescente. Vejamos o art. 21 da Lei 8.069/90(Estatuto da criança e do adolescente-ECA):

O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (art.21 Estatuto da Criança e do adolescente)

Visto o exposto, observa-se que o filho é de responsabilidade do Estado, da família, e principalmente dos pais, não apenas de um dos genitores, porém, nem sempre há um acordo entre eles, em caso de conflitos deve-se levar em consideração o que for melhor para o filho (a), pois prevalecerá sempre o melhor interesse da criança, a qual deve ter um desenvolvimento saudável e para isso dependerá dos cuidados do seu responsável. Em casos de alienação parental observa-se que é uma tarefa de difícil decisão para os juízes, visto que muitas vezes as lavagens cerebrais acabam se tornando verdadeiras para as crianças e até mesmo para o alienante, os quais acabam acreditando nas próprias mentiras.

Em casos como esse ficará difícil decidir qual a melhor forma de resolver, se deverá optar por uma guarda compartilhada, na qual o menor tenha contato com ambos os genitores, se preferir a guarda unilateral, se aplicar multa ao alienante, entre outros. Os tribunais têm decidido dando preferência à guarda compartilhada, muito embora essa não seja a solução.

3.2 CONSEQUENCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental pode trazer diversas consequências, podendo ser irreparáveis, quando se consuma passa a se chamar síndrome de alienação parental (SAP), e quando isso ocorre, leva a criança a ter um desenvolvimento fora do normal, levando sequelas para sua vida adulta, que muitas vezes ocasionam transtornos psicológicos para o resto da vida.

Podem aparecer várias sequelas que poderão comprometer e ocasionar danos psicológicos na criança ou adolescente. Segundo entendimento de Marco Antônio Garcia de Pinho (2008 p. 12-13) as principais consequências da Alienação Parental para os filhos são:

Isolamento-retirado; baixo rendimento escolar; depressão, melancolia e angústias; fugas e rebeldia; regressões; negação e conduta antissocial; culpa; indiferença; propensão ao suicídio, uso de álcool, tabaco e demais drogas; desvio de comportamento; gravidez precoce durante a adolescência.

Conclui-se que para que ao identificar as causas da AP, deve-se tomar medidas para que estas não venha causar complicações na vítima e trazer consequências, as quais podem ser irreparáveis. Uma das medidas mais eficazes a ser tomada poderá ser o acompanhamento psicológico, pois ajudará o alienante, que na maioria das vezes é o cônjuge, a superar o sofrimento que está fazendo com que este venha a praticar atos que levam a AP.

3.3 ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEI 13.431/17

A lei 13.431/17 estabelece normas e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência.

A referida lei trouxe muitos incrementos, dentre eles, o que chama atenção é a possibilidade de prisão para quem pratica alienação parental. Observa-se que não se trata de uma previsão expressa, todavia, de uma interpretação mais aprofundada e combinada com o Estatuto da criança e do adolescente (lei 11.340/06) juntamente com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

A lei 13.431/17 em seu art.4º elenca a alienação parental no seu rol como uma das formas de violência contra a criança e o adolescente. No seu art.6º apresenta uma forma de proteção para a vítima de violência e a possibilidade de pleitear, através do seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da agressão ou abuso.

Nota-se que embora a lei 13.431/17 seja omissa no que se refere às medidas protetivas, o art. 6º no seu § único orienta que quando ocorrer a omissão deve-se aplicar o que dispõe o ECA e a lei Maria da Penha. Dessa forma, há necessidade de utilizar-se uma interpretação conjunta das leis.

Observa-se que a Lei 8.069/90 (Lei Maria da Penha) no seu art. 22 elenca um rol de medidas protetivas, além de citar que o juiz poderá aplicar outras medidas, com o objetivo de assegurar a vítima.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Visto isso, observa-se que tais medidas protetivas elencadas no artigo citado, em especial a do item IV que trata da restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores,

na maioria das vezes não é a solução, pois nem sempre é o interesse da criança que prevalece, mas o interesse do alienante que por sua vez, faz com que o menor se recuse a ter contato alienado.

O ECA prevê em seu art. 130 que quando notar circunstâncias de maus tratos, agressão, abuso sexual praticados pelos genitores ou responsáveis, o juiz poderá determinar o afastamento do cônjuge agressor ou requisitar o auxílio de força policial e a qualquer momento, decretar a prisão preventiva do alienante agressor, de ofício, mediante requerimento do Ministério Público ou representante da autoridade policial, como também poderá o julgador, se for o caso, fixar por tempo provisório alimentos que a vítima necessite.

Tendo em vista o que foi exposto, é perceptível a possibilidade de decretação da prisão preventiva, mas devem-se levar em consideração os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de processo penal.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Com a vigência da Lei 13.641/18, a qual adicionou o art. 24-A a Lei Maria da Penha tipificando o crime de desobediência das medidas protetivas de urgência, o infrator praticara o crime, sendo penalizado com detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Visto o exposto, conclui-se que determinar a prisão para casos de AP não seria a solução para o problema, visto que a saída não está apenas em punir o alienante, o que pode ser feito é aplicar medidas socioeducativas e tratamento psicológico, uma vez que seria inviável apenas puni-lo e após o cumprimento da pena o alienador voltar a praticar tais atos e ainda dificultar a reestabelecer o vínculo afetivo com o menor.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO COMPARADO

É importante expor que a alienação parental aparece no ordenamento jurídico de alguns países do mundo e que alguns deles têm se organizando para lutarem contra esse fato como Portugal, Chile, Estados Unidos e Canadá.

Como visto anteriormente, o termo “Alienação parental” teve origem Estados Unidos, em 1985 pelo psiquiatra norte americano Richard Gardner, que descreve como uma forma de abuso emocional que pode gerar no menor, distúrbios psiquiátricos no decorrer de sua vida. Os Estados Unidos possui ampla jurisprudência sobre o tema, conforme demonstra a seguir, julgamento onde se disputa a guarda da criança, entre Charles Andrew Buxton e Erica Lynn Storm, pelo Tribunal de Justiça de Oregon:

Durante uma visita a casa da mãe [advogada da criança] perguntou à criança, que estava brincando confortavelmente, para identificar as pessoas nas fotos em sua sala. A criança calmamente identificou sua mãe, mas quando lhe perguntado para identificar o pai, ela saltou, agarrou a foto, e a jogou o mais forte que pode ao outro lado da sala e retornou para dentro do armário. [Criança] enquanto ficou ali, seu corpo ficou completamente rígido, seus punhos ficaram cerrados e seu rosto ficava vermelho enquanto gritava, “Aquele homem maldito. Aquele maldito. Eu o odeio. Ele é um estúpido. Ele é um mentiroso.” [Advogada da criança] ficou alarmada com a mudança completa de comportamento. Ela tentou acalmá-lo, mas a criança ignorou tudo e sentou novamente ao chão e quase imediatamente começou a brincar novamente. Quando perguntado sobre isso, a criança reiterou que seu pai era um mentiroso e que ele era estúpido, mas não estava interessado em discutir porque ela fez esses comentários ou porque ela usou este tipo de linguagem.

[...] Toda essa evidência apoia a conclusão de que a escalção de conflitos entre as partes, e particularmente a manipulação evidente da mãe no conflito, teve um efeito adverso na criança e representa uma mudança de circunstâncias não previstas.

[...]A interferência da mãe na relação do pai com a criança tem sido severa, a mãe tem um padrão de fazer acusações criminosas infundadas contra o pai, tendo obstruído o acesso da criança ao seu tratamento, e tem enviado a criança para a casa do pai com mudanças em sua aparência, objetivando provocar conflitos. Em contrapartida, o pai se envolveu com o acesso ao telefone da mãe à criança, e o pai reporta que a mãe da mesma maneira nega a ele acesso ao telefone. Embora ambos devam ter acesso ao telefone com a criança, o comportamento do pai não dá origem às mesmas preocupações quanto ao padrão de comportamento da mãe. Desta forma, embora nós compartilhássemos a preocupação da Corte sobre ambas as partes, nós concluímos que este fator favorece ao pai.

[...] Considerando todos estes fatores juntos, nós somos persuadidos que é pelo melhor interesse da criança que o pai tenha a custódia. Ambas as partes contribuíram para o conflito parental, mas a escalção da mãe neste conflito, sem se importar com os efeitos na criança mostra uma desconsideração às suas necessidades, prejudicando a mesma.

(Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23302/a-alienacao-parental-em-outros-paises>)

No caso em tela, pode-se observar que houve a priorização do melhor interesse da criança, visto que a advogada observou danos durante a visita à casa da mãe, a qual interferiu de maneira severa na relação do pai com a filha, ficou claro que a genitora fez acusações infundadas, com o objetivo de provocar conflitos, prontamente, a guarda da criança foi

designada ao pai que por sua vez, agiu diferente, não negando acesso entre mãe e filha por telefone , ao contrário da mãe.

Em Portugal o Tribunal de Évora, a Desembargadora Mata Pinheiro julgou a Ação de Guarda de Menores e decidiu pela alteração da guarda em favor da mãe, segundo acórdão:

I – Tendo objetivamente ambos os progenitores condições económicas e de habitabilidade para poderem criar os filhos e disputando ambos a sua custódia, deve dar-se preferência àquele que, ponderadas todas as circunstâncias, dê maiores garantias de poder proporcionar às crianças um desenvolvimento global (psíquico e físico) equilibrado.

II - Um pai que sem fundamento, denotando egoísmo e interesse pessoal, faz crer aos filhos que a mãe destes não é uma boa mãe e que os incentiva a não terem contactos com ela, não pode ser considerado um progenitor que assegure o ideal desenvolvimento da personalidade dos filhos a nível afetivo, psicológico e moral.

(Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23302/a-alienacao-parental-em-outros-paises>)

Nota-se nesse segundo caso, diferentemente do primeiro apresentado pelo Tribunal dos Estados Unidos, o pai que pratica condutas de desqualificação da genitora, agindo com egoísmo e interesse pessoal, incentivando a criança a não ter contato com a mãe.

Ante a decisão citada, pode-se observar que há uma preocupação dos julgadores Portugueses em cuidar do emocional dos menores, existe a preferência àquele que demonstra ter uma melhor condição de proporcionar um melhor desenvolvimento para a criança ou adolescente, neste caso não é o pai, pois não se encontra em condição psíquica adequada para assegurar o ideal desenvolvimento da personalidade do menor.

No Canadá também há várias decisões no que tange a alienação parental, as quais demonstram convergência com as leis brasileiras e dos Estados Unidos. Podemos analisar um julgado que trata de um processo divórcio entre Manjinderkaur Bains e Jaswinder Singh Bains decidido pela Suprema Corte de British Columbia. Vejamos:

Em 29 de maio de 2009, o Dr. Korpach emitiu seu relatório sobre a custódia das crianças. Dr. Korpach concluiu que o Sr. Bains agido com comportamentos consistentes em alienação das crianças em relação à sua mãe e que uma relação de pais em conjunto, neste período, iria prejudicar irremediavelmente a relação das crianças com sua mãe. Como resultado de suas conclusões a respeito da conduta do Sr. Bains, Dr. Korpach recomendou que ele tivesse apenas visitas supervisionadas com as crianças e que as crianças participassem em aconselhamento com profissional habilitado em casos de alienação e abuso doméstico; e que o Sr. Bains procure aconselhamento sobre controle de fúria, tanto quanto aconselhá-lo a aprender a melhorar a paternidade do Sr. Bains com as crianças.

[...]

(a) Senhor Bains deve ter visita com acesso supervisionado com Kiana e Sevak duas vezes por semana, com período de duas horas consecutivas em datas e horas concordadas mutuamente entre as partes. Um supervisor profissional providenciado por uma organização como TinHarbour deve supervisionar todas essas visitas e as horas e datas destas visitas devem ser controladas pela organização. As visitas podem acontecer em qualquer lugar que o supervisor decida e podem incluir outros amigos e parentes que o supervisor concorde, desde que outras pessoas concordem com as regras impostas pelo supervisor.

[...]

(e) As crianças devem começar aconselhamento com um novo conselheiro escolhido pela Sra. Bains, habilitado em trabalhar em casos de alienação parental.

(f) Senhor Bains deve se ter aconselhamento com psicólogo registrado, para obter terapia para saber lidar com sua fúria contra a Sra. Bains, e seu controle de ira de modo geral; para ensiná-lo como colocar as necessidades das crianças acima de sua própria e como melhorar a relação das crianças com sua mãe [...] Sr. Bains deve continuar a ter sessões com o terapeuta por um período de doze meses, pelo menos duas vezes por mês.

(g) O acesso supervisionado deve acabar quando o terapeuta do Sr. Bains e o conselheiro das crianças indicarem que ele e as crianças estão prontos para o próximo passo. O terapeuta do Sr. Bains deve certificar por escrito que o Sr. Bains conseguiu progresso significativo em alcançar as metas da terapia como descrito acima, e o terapeuta das crianças deve certificar, por escrito, que elas estão prontas para ter visitas não supervisionadas com o pai delas, devido a progressos significantes na eliminação dos impactos em seu comportamento alienante. Quando este evento ocorrer, as visitas devem ocorrer conforme parágrafo (a) e (b) acima, mas sem supervisão. A busca e a entrega das crianças devem ser feita por TinHarbour, ou em local que a supervisão ordene. [...]

[...]

A intenção desta ordem é promover uma relação saudável entre as crianças e ambos os pais. Uma vez que o Sr. Bains tiver conquistado o direito de ter acesso a visitas não supervisionadas, de acordo com o procedimento escrito acima, eu antecipo que as partes irão gradualmente organizar acesso adicional, possibilitando que o Sr. Bains continue a se comportar adequadamente com as crianças. A meta seria restaurar o acesso para as primeiras visitas noturnas, e então progredir para fins de semanas alternados, acesso no meio de semana, e tempo estendido para os feriados e férias de verão em concordância com as partes. Finalmente uma guarda compartilhada pode ser possível do progresso do Sr. Bains no aconselhamento e quão bem as crianças respondam ao acesso não supervisionado durante o tempo.

(Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23302/a-alienacao-parental-em-outros-paises>)

Visto o caso exposto, nota-se que o caso foi decidido de forma inteligente, pois casos em que se notam comportamentos de alienação, os tribunais tem decidido pelo afastamento do alienante, reversão da guarda, entre outras medidas de punição. Enquanto nessa decisão o julgador determinou acompanhamento psicológico para as crianças com profissionais habilitados para casos de alienação parental e manteve as visitas supervisionadas, aconselhando o pai a melhorar a paternidade com as crianças. Dessa forma, a decisão foi vista em sentido educativo e não sancionatório.

O Chile vem decidindo no sentido de evitar a síndrome de alienação parental (SAP), para isso, criou projeto de leis com o objetivo de alterar artigos do Código Civil

Chileno. De acordo com o site da Câmara dos Deputados do Chile, sob boletim nº 5917-8, o qual busca aplicar a SAP no Código Civil Chileno:

Com o objetivo de evitar a judicialização destas questões, e no entendimento que este projeto visa fortalecer o ambiente da criança e encontrar soluções ao invés de propor sanções, é que necessariamente nos propomos a submeter à mediação a este tipo de conflito.

Autorizar ao juiz suspender ou modificar o regime de guarda de um menor, cujo pai ou a mãe que a tem sob os seus cuidados comete comportamentos de alienação a respeito do outro genitor, ou incentivando- a proferir afirmações falsas que afetem a honra e a integridade do outro genitor.

(Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23302/a-alienacao-parental-em-outros-paises>)

No Brasil, no ano de 2003 o poder judiciário passou a dar atenção á SAP, quando surgiram as primeiras decisões reconhecendo o fenômeno, motivada pela participação de mães e pais separados.

Em 25 de abril de 2010 foi instituído pela Organização das Nações Unidas (ONU) como “Ano da Igualdade Parental”, comemorando desde então dia Internacional da luta contra a Síndrome da Alienação Parental. Também em 2010 introduzida a Lei 12.318/2010 no Brasil que regulamentou e criou sanções para o genitor que interfere na formação psicológica do filho, estipulando em seu art. 6º penalidades ao genitor alienante, conforme se verifica abaixo:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Tais sanções previstas no artigo mencionado são aplicadas de forma um tanto desordenada, visto que não será uma punição que irá resolver o problema ou mesmo minimizá-lo de forma eficaz, pois não é inteligente, punir uma pessoa com problemas psíquicos e não tratar a causa. Somente alguém que não esteja em perfeito desenvolvimento psicológico irá praticar atos que desencadeiem a referida alienação, a punição o-causará revolta, angustia, raiva e fará com que este aja da mesma forma ou pior. Visto isso, é notório a importância do acompanhamento psicológico ou biopsicossocial.

Conclui-se que existe uma ligação entre os ordenamentos jurídicos dos países elencados e a lei brasileira 12.318/10, pois os legisladores também se preocupam com o desenvolvimento da criança ou adolescente em todos os sentidos e dessa forma, pensam de forma semelhante em relação às penalidades previstas no art. 6º da lei citada.

4.1 IMPORTANCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO

O acompanhamento psicológico é uma das medidas legais que mais se afasta do viés repressivo ou punitivo, podendo ter um efeito de transformação, uma vez que a alienação parental passar a existir sempre após um sofrimento psíquico, que encontra no acompanhamento terapêutico e no acolhimento da dor a possibilidade de o sujeito se implicar na construção da sua história e dos seus vínculos e, conseqüentemente, por eles se responsabilizarem.

Destarte, o acompanhamento psicológico é uma das medidas mais relevantes, pois se mostra mais transformador do que as demais medidas que, ainda que sejam importantes, não interferem na subjetividade do sujeito, no caso a vítima, nem nos seus vínculos. Sabe-se que a vítima sofre com efeitos colaterais de determinadas medidas, os quais podem ser muito traumáticos e desestruturantes, como as sanções drásticas (inversão da guarda ou a suspensão da autoridade parental). No que tange a outras medidas, como imposição de multa ou advertência, estas podem não ser eficazes, visto que não haverá uma transformação positiva por parte do alienador, pelo contrário, isso poderá causar um sentimento de revolta e fazer com que este queira vingança, causando um transtorno ainda maior.

É importante mencionar que o acompanhamento psicológico apenas ao genitor alienante poderá causar uma maior divergência familiar, assim sendo, a determinação unilateral do acompanhamento psicológico restringe a possível transformação de uma das partes, já que, na visão dos envolvidos, quem precisa de “terapia” é sempre o outro, e aquele a quem é destinado o acompanhamento psicológico tende a sentir-se injustiçado. A recomendação de terapia pode ser interpretada como possíveis “problemas psicológicos”, fato esse que poderá fragilizar uma das partes. Não obstante, quando os pais rompem a relação com o filho devido à ruptura conjugal, traz como consequência um vínculo frágil. Segundo Schmitt, Oliveira e Cenci (2014):

Os conflitos, nas transições familiares, interferem no desenvolvimento da criança pequena. Nos casos de separação conjugal, quando não tratado o fato pelos adultos com transparência e maturidade, poderá comprometer os vínculos familiares que

favorecem e contribuem para o crescimento e maturidade emocional dos sujeitos envolvidos. (SCHMITT, OLIVEIRA E CENCI, p. 133, 2014).

Portanto, o acompanhamento psicológico deve ser realizado com todos da família, devendo estes serem convidados a submeter-se ao acompanhamento para que se busque impedir a petrificação dos discursos e a patologização da criança, fazer com que esta fique psicologicamente doente mesmo que não esteja.

Pode-se afirmar que o judiciário brasileiro em regra determina que acompanhamento psicológico esteja voltado ao alienador e à criança ou adolescentes alienados, quando na verdade deveriam se aplicar a todos os envolvidos.

Nesse sentido, a apelação cível n. 70062154182 pela Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, da Sétima Câmara Cível, do TJ-RS julgamento: 26 nov. 2014 faz referência ao disposto referente ao acompanhamento psicológico. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. GUARDA MATERNA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS EM FÉRIAS E FERIADOS. ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO PELA GENITORA NO CREAS. I - Inexiste cerceamento de defesa. A avaliação psicológica alcançou o objetivo proposto, ainda que não satisfatório à genitora, não existindo razão para ensejar outra perícia, mormente quando já constatado que a menor se encontra emocionalmente fragilizada com a situação que está vivenciando. II - As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional. Mantida a guarda materna, por ora. II - A regulamentação de visitas materializa o direito dos filhos de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem afetar as rotinas de vida dos infantes. No caso, possível a ampliação das visitas. Regulamentação em férias e feriados. III - Manutenção de acompanhamento psicológico da demandada no CREAS.

Nota-se que o acompanhamento psicológico é de grande valia, tendo em vista que a alienação parental deve ser tratada desde o seu surgimento, ou seja, do psicológico, pois é dele que nasce as fantasias, o desejo de vingança, a vontade de prejudicar aquele que detém a guarda do menor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é um instituto essencial para viver em sociedade, esta está se transformando ao longo do tempo, com o término das relações amorosas surgem vários problemas familiares, dentre eles, a alienação parental, a qual vem acompanhada de sofrimento, dores, traumas e outras consequências.

As sequelas da alienação parental podem ser irreversíveis, causa danos a todos os envolvidos, principalmente na criança a qual necessita de amor, proteção de ambos os pais, pois merece atenção especial para que não venha a ocorrer a Síndrome de Alienação Parental.

Um dos meios mais eficazes para minimizar o dano é atracar a causa, neste caso, o que deu ensejo ao alienador a praticar condutas típicas da alienação parental, como se pode observar no decorrer do texto, muitas vezes o que enseja tais condutas, na maioria das vezes é a separação dos pais, sendo ela judicial ou não. Uma das primeiras coisas a se fazer é buscar a prevenção de atos de alienação parental, isso através da divulgação do tema, pesquisa e discussão das implicações que podem ocorrer tanto na vida do filho, quanto de quem detém a guarda, entre profissionais e pais.

Havendo já instalado a alienação parental, faz-se necessário que o guardião do menor (alienado) procure profissionais habilitados como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, os quais saibam lidar com esse tipo de situação e, se necessário, ingresse junto ao Poder Judiciário, a fim de tomar as medidas necessárias para coibir prática tão danosa e responsabilizar o genitor alienante.

Através de um estudo aprofundado do tema, nota-se que o judiciário tem um papel importante quanto à prevenção e combate da alienação parental e da síndrome da referida alienação, visto isso, sugiro como meio de prevenção adotar a mediação, seguindo o entendimento Chileno visto anteriormente no tópico direito comparado, que objetiva evitar a judicialização questões da alienação parental, visando fortalecer o ambiente da criança e encontrar soluções ao invés ao propor sanções.

Acrescenta-se ainda como proposta para coibir a alienação parental e a síndrome desta, o posicionamento do Canadá, já mencionado anteriormente no texto, no qual o julgador determinou acompanhamento psicológico para as crianças com profissionais habilitados para casos de alienação parental e manteve as visitas supervisionadas, aconselhando o pai a melhorar a paternidade com as crianças. Dessa forma, a decisão foi vista em sentido educativo e não sancionatório.

REFERENCIAS

AGRAVO de instrumento. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115809301/agravo-de-instrumento-ai-162926520118050000-ba-0016292-6520118050000>> Acesso em: 16 de nov. 2018.

APELAÇÃO cível. **Determinação de Acompanhamento Psicológico pela Genitora no Creas.** Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154636012/apelacao-civel-ac-70062154182-rs/inteiro-teor-154636022>> Acesso em: 16 de nov. 2018.

BRASIL. **Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil.

BROCKHAUSEN, T.; MARTINS, A. **Alienação Parental.** Revista Diálogos. Ano 9, nº8, p. 14 - 20, 2012. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wpcontent/uploads/2012/10/Dialogos8_23outubro.pdf Acesso em: 04 de dez. 2018.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html> Acesso em: 17 de nov 2018.

DIAS, M. B.; **Manual de direito das famílias I** -- 10. ecl. rev., atual. eampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, M. B., **Manual de direito das famílias.** São Paulo. 7 ed. Revista dos Tribunais, 2010.

GARDNER, R. A. **O DSM-IV tem equivalência para diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP).** M. D. Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, New York EUA. Ano 2002. Traduzido por Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 04 de dez. 2018.

REFOSCO, H. C.; FERNANDES, M. M. G. **Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental,** REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 14 N. 1 | 79-98 | JAN-ABR 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0079.pdf> Acesso em: 16 de nov. 2018.

SOUZA, A. M. **Síndrome de Alienação Parental: da Teoria Norte-Americana à Nova Lei Brasileira,** PSICOLOGIA: CIÊNCIA E PROFISSÃO, 2011, 31 (2), 268-283. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20301347/sousa-analicia-martins-de-brito-leila-maria-torraca-de-sindrome-de-alienacao-par>> Acesso: em 17 de nov. 2018.

SCHMITT, E. C; OLIVEIRA, L. R. F. D; C., C. MARA B. **Os vínculos entre pais e filhas após a separação conjugal.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5155067.pdf>>Acessado em: 03 de dez. 2018.

ZOMPROGNO, D. A. **A alienação parental em outros países.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23302/a-alienacao-parental-em-outros-paises>> Acesso dia: 20 de nov. de 2018.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 790-B DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

ARMANDO NOGUEIRA FERNANDES
BRENDA DAMASCENO DOS SANTOS*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise da lei 13467/2017, mais conhecida como a reforma trabalhista ou a nova CLT. A abordagem metodológica se dá especialmente em para o artigo 790-b e § 4º, que trata sobre a responsabilidade dos honorários perícias por parte do beneficiário da justiça gratuita. A alteração da norma trouxe uma nova forma de tratamento do beneficiário, implicando diretamente em garantias e Direitos Constitucionais, comprometo a dignidade do trabalhador. A proposta do presente artigo não é apenas relatar sobre a Inconstitucionalidade do artigo 790-b CLT, mas contextualizar uma reflexão sobre os Direitos Fundamentais, a valorização do trabalho. Como considerações foi possível analisar de forma clara da importância da proteção ao trabalhador, como a parte hipossuficiente da relação empregatícia que necessita do amparo legal, para que assim se alcance a verdadeira finalidade da prestação jurisdicional, preservando a dignidade do trabalhador.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Processo trabalhista. Dignidade do ser humano. Honorários perícias. Proteção ao hipossuficiente. Prestação jurisdicional.

ABSTRACT

The present of this article is to have objective analyze the law 13467/2017, better known as the labor reform or the new CLT. Approach is especially in its article 790-b and § 4, which deals with the responsibility of expertise fees on the part of the beneficiary of the free justice. The change of the standard brought a new form of treatment of the beneficiary, implying directly in guarantees and Constitutional Rights, I compromise the dignity of the worker. The proposal of this article is not only to report on the Unconstitutionality of Article 790-b CLT, but to contextualize a reflection on Fundamental Rights, the valorization of work. The article provides a clear view of the importance of worker protection, such as the hypersufficient part of the employment relationship that requires legal protection, in order to achieve the true purpose of judicial provision while preserving the dignity of the worker.

Keywords: Unconstitutionality. Labor process. Dignity of the human being. Expert fees. Hyposufficient protection. Adjudication.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, tem por finalidade a abordagem da lei nº 13.467/2017, no entanto estritamente do art. 790-b e §4º da lei referida, também conhecida como a reforma trabalhista. Que trata sobre os pagamentos de honorários perícias pelo beneficiário da justiça gratuita. A norma viola os preceitos constitucionais, colocando em risco o Direito da ampla defesa, dum acesso à justiça e a proteção ao trabalhador.

* Mestre em Direito e Negócio Internacional e Especialista em Direito Previdenciário e Público, Email: anf.adv@hotmail.com; Acadêmica de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC.

O artigo, busca uma análise constitucional da norma, visto que a Constituição federal preconiza tais princípios e devem ser respeitados em todas e quaisquer relações processuais. Afim de resguardar a supremacia constitucional, contemplando de forma adequada a atividade interpretativa voltada para a concretização de Direitos fundamentais para o trabalhador que, é a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Com o objetivo de sanar qualquer forma de desigualdade e injustiça dentro da sociedade. Para a realização do desenvolvimento do trabalho será utilizado alguns métodos de pesquisas, que tem por natureza comparativa, quanto indutivo, com objetivo de levar o leitor a uma determinada conclusão ao analisar os pontos abordados. Serão utilizados mecanismos para demonstrar que essa violação afeta diretamente a vida e o Direito já adquirido dos trabalhadores, a necessidade de sanar tais irregularidades advento da nova legislação.

Deste modo, a norma traz um grande retrocesso social aos Direitos protetivos da categoria trabalhista, pois não se pode esquecer que as verbas trabalhistas possuem caráter alimentício e compromete o mínimo existencial - a dignidade do trabalhador. A inconstitucionalidade do artigo 790-b da CLT é uma afronta aos direitos dos trabalhadores protegidos pela Constituição federal /88. Implicando no exercício da ampla defesa e do acesso à justiça, gerando assim restrições de Direito ao trabalhador.

Portanto, visto que o dispositivo da referida norma vem causando prejuízo ao trabalhador beneficiário da justiça gratuita. Uma vez que, esse não fará uso da prova pericial para demonstrar a verdade dos fatos ou até mesmo não ingressara em juízo com receio de uma futura condenação gerando, assim, a desmotivação na busca de seus Direitos e a desigualdade no âmbito social.

2 NOÇÕES PRELIMINARES

A história dos honorários periciais na esfera trabalhista passou por diversas alterações, por muito tempo os honorários periciais eram regidos pela lei 5.584/06/70, que tratava em seu artigo 14º - “Na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 05/02/50, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”, como responsabilidade do sindicato as despesas em relação aos pagamentos dos honorários periciais.

Antes da reforma trabalhista assim conhecida, esta matéria era disciplinada da seguinte forma: CLT-Art.790-B. A responsabilidade pelos pagamentos dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiário de justiça gratuita (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

Esse entendimento é assentado pela Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo 5º inciso LXXIV, estabelecendo que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Deste modo, a obrigação por tais despesas é de responsabilidade da União até os honorários periciais. Sendo, somente de responsabilidade do trabalhador quando se findar a situação de hipossuficiência de recursos que ensejou a concessão do benefício da justiça gratuita no prazo de cinco anos a contar da decisão.

A Constituição Federal, com a finalidade de manter o equilíbrio processual entre as partes, já, que o trabalhador é considerado a parte vulnerável da relação empregatícia e necessita de proteção.

No entanto, com a alteração trazida pela Lei 13/07/2017 da CLT, mas especificamente em seu artigo 790-B que prevê o pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita e integral. Sendo a parte sucumbente, comprometendo os créditos obtidos capazes de suporta as despesas em demandas presente e/ou futuras.

As mudanças trazidas por essa alteração colocam em risco o equilíbrio da relação processual trabalhista, ocasionando a denegação de Direitos fundamentais. Visto que o trabalhador é menos favorecido e desassistido que busca no judiciário a efetivação de seus Direitos e garantias. Cabendo a jurisdição promover mecanismo que estabeleça a igualdade entre as partes e a proteção da parte vulnerável da relação processual.

Deste modo, a classe trabalhista enfrenta uma grande desmotivação na busca dos seus direitos. Essa categoria que sempre lutou para que seus direitos sejam respeitados, atendendo o mínimo existencial e a dignidade do ser humano, considerando o caráter alimentar da remuneração do empregado que compromete as suas necessidades básicas e a de seus dependentes.

2.1 A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da lei 13.467 de 13.07.2017, que alterou a redação do artigo 790-B da CLT, prejudicados a vida dos trabalhadores principalmente quando se tratar do beneficiário da justiça gratuita que terá os seus créditos deduzidos se sucumbir na prova pericial.

No entanto, por se tratar de verbas que possuem caráter alimentício que compromete o sustento do trabalhador e seus dependentes, é necessário avaliar a situação de quem está em condição de hipossuficiente e fragilidade econômica na relação processual trabalhista.

Por essa condição é concedido ao operário o benefício da assistência jurídica gratuita e integral. Uma vez que fazendo jus a esse benefício, não se pode gerar ônus desproporcionais que coloque despesas processuais a cargo do trabalhador. Sendo uma garantia Constitucional que prevê a gratuidade de forma integral sem nenhuma restrição, possibilitando uma defesa ampla ao trabalhador que utilize de todos os mecanismos da jurisdição para demonstrar a realidade por ele vivenciada na relação empregatícia.

Ora, agora tendo uma norma que estabelece que mesmo, o beneficiário da justiça gratuita, terá gastos com os honorários periciais quando sucumbente, sendo que este tipo de prova é essencial aos trabalhadores, para demonstra a realidade que inúmeras vezes é simulada - se abstendo da verdade fática.

A nossa Constituição Federal, tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade entre todos os indivíduos, colocando os desiguais em par de igualdade. Sendo que as normas infraconstitucionais que versam sobre esses temas devem ser analisadas à luz da Constituição Federal de 1988, buscando sempre estimular a efetivação dos Direitos fundamentais.

De modo que, se a parte é venerável cabe a proteção estabelecida pela Lei Maior, a concretização das garantias fundamentais, como a assistência jurídica gratuita e integral, o acesso a jurisdição sem restrições, a efetivação dos Direitos inerentes de qualquer ser e, não podendo haver quaisquer tipos de obstáculos que impossibilitem a sua eficácia. Segundo o doutrinador Mauro schiavi destaca que: “Uma vez publicita, a Lei adquire vida própria e deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos princípios peculiares que regem o Processo do Trabalho”.

Portanto, deve-se assegurar o acesso à justiça ao trabalhador, bem como a garantia dos valores sócias do trabalho decorrente de uma composição justa da lida. Devendo obediência os princípios que regulamenta o processo trabalhista, tendo em vista resguardar a dignidade da pessoa humana, pois o processo celetista disciplina matérias sobre o mínimo existencial, de caráter alimentar. Que estão diretamente entrelaçados com o princípio da dignidade do ser humano, principio esse basilar da nossa Constituição Federal. Deste modo, entende-se que para à resolução de um conflito aconteça de maneira justa é necessário uma análise a luz da Constituição Federal /88.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 790- B CLT

A lei 13.467/2017 mais especifica em seu artigo 790-b, traz uma afronta a nossa lei maior, colocando assim um obstáculo na vida dos trabalhadores. Pois ao relatar ao trabalhador beneficiário da justiça gratuita que no processo trabalhista quando for parte vencida em relação a perícia o mesmo será condenado ao pagamento de tais honorários pericias.

Todavia a CRFB/88 não faz ressalva se a parte for sucumbente ou não, a mesma prevê a concessão de forma integral. No que tange a interpretação da garantia da assistência jurídica, Ingo Wolfgang Sarlet, aborda que:

O direito à assistência jurídica integral outorga a todos os necessitados direito à orientação jurídica e ao benefício da gratuidade judiciária, que compreende isenções das taxas judiciárias, dos emolumentos e custas, das despesas com publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas às testemunhas, dos honorários de advogado e perito, das despesas com a realização do exame de código genético.(SARLET, 2016)

Visto que a Constituição Federal em seu artigo 5º do inc. XXXV garante a todos que demonstre hipossuficiência econômica a gratuidade de custas processuais.

Hoje, com o advento da referida lei esse Direito é restringido, causando ao trabalhador prejuízo ao tentar demonstrar a realidade dos fatos vivenciados no local de trabalho, limitando o Direito fundamental da ampla defesa. Pois com medo de uma futura condenação sobre as verbas alimentícia o trabalhador não fara uso de todos os meios de - provas necessárias para pleitear seus Direitos.

Sendo, deste modo, visível o dano ao trabalhador na relação processual trabalhista, a referida norma celetista não respeita as diferenças sócias entre as pessoas, gerando assim desigualdade entre as partes e não observando os princípios constitucionais. Que devem ser

respeitos para que haja a verdadeira justiça real na resolução dos conflitos. Segundo os ensinamentos de CAPPELLETTI e GARTH aborda que: “As despesas processuais (custas e honorários advocatícios e perícias principalmente) são alguns dos principais obstáculos ao acesso a jurisdicional, atingindo precipuamente as pequenas causas e os autores individuais, em especial os pobres”.

Visto que a nova legislação além de restringir o Direito ao acesso à Justiça como também a busca da tutela jurisdicional trabalhista. Vem desestimulando a defesa dos trabalhadores que necessitam da prova pericial para demonstrar a realidade dos fatos. A promoção da busca dos direitos é um dos objetivos da Constituição vigente que tem por finalidade sanar qualquer tipo de irregularidade social.

Deste modo, é visível que houve um retrocesso social em relação a forma de tratamento dos trabalhadores beneficiário da justiça gratuita, limitando o seu Direito material. Para Silva (2012, p.288-289), os direitos sócias, como aspecto dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas disponibilizados pelo Estado de forma direta ou indireta, prevista em normas constitucionais que oportunizar melhor situação de vida aos mais necessitados.

O princípio da proteção ao trabalhador busca a isonomia processual, colocando o trabalhador nas mesmas condições do empregador, devido a vulnerabilidade do empregado no âmbito econômico. A necessidade de uma proteção jurídica que estabeleça essa igualdade entres as partes, já, que o trabalhador não possui condições de negociação sem a proteção jurisdicional, que evita a violação de seus Direitos.

Portanto, é necessário que seja sanada esta inconstitucionalidade, para que, seja prestada a assistência jurídica gratuita em sua forma ampla e efetiva para atender à necessidade da parte menos favorecida da relação processual trabalhista, dando o devido amparo legal e não desestimulando a promoção dos Direitos trazidos pela nossa Constituição Federal.

No entanto, a busca de uma sociedade igualitária e justa que promova a igualdade social, a efetivação dos direitos fundamentais, sem que haja obstáculos que coloque em risco o sustento do operário e de seus dependentes que muito contribuir para a construção dessa sociedade. Como dispõe o artigo 170 da Constituição Federal – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem, por fim assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios [...] Desde modo é visível que alteração trazida pela lei nº1346/2017 viola os preceitos fundamentais esculpidos na nossa Lei maior.

4 A RESTRIÇÃO AO ACESSO A JUSTIÇA COM O ADVENTO DO ARTIGO 790-B CLT.

O acesso à justiça garantido pela nossa Constituição federal foi violado com o advento do artigo 790- b da Consolidação das Leis do Trabalho. Visto que o mesmo poderá restringir o acesso a jurisdição trabalhista, uma vez que o trabalhador ficará temeroso ao ingressar em juízo para pleitear seus direitos afim de demonstrar a realidade dos fatos vivenciados. Segundo DINARMARCO diz que: “A assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o ingresso em juízo, sem o qual não é possível o acesso à justiça a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes defesa judicial de direitos e interesses[...]”.

De certo, vivemos em um Estado Democrático que trata em estabelecer a igualdade entre as partes, pois é dever do Estado e de todos proteger e reprimir qualquer forma de tratamento prejudicial, ainda mais quando se fala de questões que envolvam o mínimo existencial e de Direito fundamental de uma classe que busca pela efetivação dos seus Direitos diariamente.

Segundo Aristóteles, que destaca a ligação da justiça com a equidade afim de alcançar o bem social, afastando qualquer forma de injustiça da sociedade. Sendo assim, a justiça é o meio termo com a finalidade de estabelecer a paz social agindo de forma proporcional em relação a maneira de tratamento do indivíduo. Levando em consideração as delimitações para que seja feita a verdadeira justiça, extinguindo a injustiça do seio da sociedade alcançando o bem geral que está acima dos interesses particulares.

Portanto, é necessário atuar de forma imediata com o objetivo de resguardar os direitos dos trabalhadores de maneira que venha estabelecer igualdade dentro da relação processual. Possibilitando que o trabalhador que é a parte menos favorecida da relação utilize a justiça na sua forma integral e ampla para que haja a igualdade em as partes, extinguindo qualquer forma de tratamento desigual que prejudique o trabalhador, um vez que o mesmo busca na jurisdição o amparo legal para alcançar a efetivação dos seus direitos que, por sua vez, a natureza envolve verbas alimentícias implicando diretamente em seu sustento próprio e de seus dependentes, colocando em risco a sua sobrevivência.

5 O DIREITO A AMPLA DEFESA E A UTILIZAÇÃO DA PROVAS PERICIAL

A concessão da justiça gratuita para o acesso à justiça de maneira integral, faz valer o Direito fundamental da ampla defesa, ampla produção de provas. Dentro do devido processo legal as partes têm direito de produção de provas desde que, sejam previstas em lei para fundamentar as alegações, tendo com finalidade a formação da convicção do juízo a respeito dos fatos da lide.

Segundo José Afonso da Silva “[...] E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”.

Deste modo, o indivíduo pode exercer a sua defesa de forma plena, sem limitações, utilizando qualquer tipo de provas admitidas em Direito. No processo trabalhista um dos tipos de provas fundamental para o exercício da ampla defesa é a prova pericial, esse tipo de prova é obrigatório nas hipóteses de periculosidade e insalubridade como preconiza o artigo 195 da CLT.

A prova pericial é o meio probatório que depende de conhecimento técnico capacitado para elaborar um laudo com objetivo de facilitar a compreensão do magistrado sobre determinadas questões, podendo ser realizada por requerimento das partes ou de ofício pelo juiz, que nomeia um perito de sua confiança para a realização da perícia e a produção do laudo, atuando como auxiliar da justiça.

Em seus ensinamentos Humberto Theodoro Júnior, destacou em sua obra sobre a prova pericial:

A perícia, destarte, meio probatório que, de certa forma, se aproxima da prova testemunhal e no direito antigo os peritos foram, mesmo, considerados como testemunhas. Mas, na verdade, há uma profunda diferença entre esses instrumentos de convencimento judicial. O fim da prova testemunhal é apenas reconstituir o fato tal qual existiu no passado; a perícia, ao contrário, descreve o estado atual dos fatos; das testemunhas, no dizer de Lessona, inova-se a memória, dos peritos a ciência. (THEODORO, 2015)

Desta forma a prova pericial é o mecanismo para convencer o juiz que as alegações são verídicas, cabendo a ele apreciar toda as provas trazidas nos autos. Após a lei 13.467/2017 que compromete os créditos obtidos da demanda pelo trabalhador, ainda que beneficiário da justiça gratuita o receio de uma futura condenação devido a sucumbência na prova pericial o trabalhador abrirá mão de tal mecanismo que não será, mas passivo de utilização.

A fim de resguardar as suas verbas alimentícias, ensejando em uma grande diminuição nos processos trabalhistas, mas também colocando em risco o sustento do próprio perito que antes reclamava da demora dos pagamentos dos honorários, sendo que agora com alteração da norma se encontra em uma situação crítica.

De acordo com a norma atual prolongar-se a demora, pois antes quando se tratava do beneficiário da justiça gratuita - a União era a responsável diretamente- hoje o caminho percorrido pelo perito que vai ao trabalhador beneficiário e só quando esse não obtém créditos capazes de suportar as despesas em demandas presente ou futura, aí sim o perito vai exigir tais créditos a União, ou seja, o caminho a ser percorrido pelo perito para receber seus créditos foi prolongando, ainda mais, antes da reforma trabalhista o entendimento era o seguinte de acordo com a sumula 457 do TST.

Súmula 457 do TST28 divulgada em 2014 já havia pacificado o entendimento no seguinte sentido:

HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014 A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Por mais que a intenção seja evitar demandas desnecessária, com essa atuação o legislador não só colocou em risco os créditos trabalhistas, mas também os honorários pericias. No entanto, a justiça concedeu o benéfico da gratuita, porque o Estado não se responsabiliza pelas despesas integrais do processo e quando desaparecer a condição de hipossuficiência do trabalhador a União cobrará desse.

Nesta linha a proteção constitucional será ampliada a trabalhador e ao perito, porém o que acontece hoje é a grande desmotivação na busca dos direitos fundamentais, direitos este que à Constituição preconiza para estabelecer uma sociedade justa e igualitária.

Portanto, a prova pericial é duma suma importância para se chegar a uma conclusão justa e esclarecedora dos fatos. Todavia, com a alteração trazida pela norma o trabalhador que necessita desse meio probatório enfrentará um grande obstáculo, tendo seus créditos deduzidos se sucumbir ou terá uma defesa defasada não fazendo jus da prova pericial.

Pois devido ao receio de colocar em risco o êxito da demanda, o trabalhador não obtenha conhecimentos técnicos para saber se é adequado a prova pericial. Deixando de pleitear esse direito ou contando com o bom senso do magistrado, que não estar atado as provas, analisando cada caso concreto para se chegar à verdadeira essência da justiça.

5.1 A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A proteção ao trabalhador beneficiário da justiça gratuita tem como objetivo resguardar Direitos Fundamentais do indivíduo menos favorecido, colocando em par de igualdade perante a relação processual trabalhista. A Constituição Federal, aborda que é dever do Estado prestar assistência jurídica gratuita a todos que comprove a hipossuficiência econômica em razão das despesas processuais.

Jurisprudência do TST a respeito:

OJ SDI-1 269. JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO DE ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS. MOMENTO OPORTUNO (inserida em 27.09.2002). O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso.

Visto que essa proteção com a advento do artigo 790b §4º da CLT, agora sofre limitações em sua prestação gerando ônus a parte beneficiária da justiça gratuita. Como pode uma parte ser considerada hipossuficiente em um momento por não ter condições de arcar com as despesas do processo.

Ora, agora este mesmo indivíduo quando sucumbente na prova pericial poderá ter seus créditos presente ou futuro bloqueados. Para saldar os honorários periciais devido a condenação, colocando em risco o seu sustento e de seus dependentes considerando que tais verbas possuem caráter alimentícios protegida pela Constituição.

Dáí nota-se que a proteção estabelecida pela Lei Maior agora é retirada por força de um artigo da CLT. Que trata de forma, prejudicial aquele que a lei visa proteger em detrimento da sua situação social, sendo necessário permanecer esta desigualdade positiva, afim de estabelecer a paridade de armas dentro do devido processo legal para atingir a perfeita prestação e proteção da tutela jurisdicional.

Desta forma, o processo trabalhista alcança o seu fim, que são as prestações jurisdicionais com eficácia e celeridade. Obedecendo o princípio Constitucional da função social, visto que, tanto o trabalhador quanto o empregador devem ter a preservação da sua dignidade.

Pois o processo trabalhista além de ter a mera razão econômica envolvida, o mais relevante são os valores sócias que estão intrínsecos na relação empregatícia. Surgindo, a importância da obediência a esses princípios fundamentais, para que se possa estabelecer uma relação processual equilibrada e justa para ambas as partes.

5.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO DO TRABALHO

A Constituição Federal de 1988, preconiza a busca pela justiça social e a dignidade do ser humano com a valorização do trabalho. Nessa linha de raciocínio o processo do trabalho possui uma função primordial, como norte para a aplicação do conjunto de normas protetivas que atendam esses princípios fundamentais.

A função social está presente no procedimento adotado pela justiça do trabalho, que desenvolve a prestação jurisdicional com peculiares ímpar, na proteção dos direitos sócias, na efetivação da justiça social. Como afirma Mauro Schiavi: “Em razão do caráter publicista do processo do trabalho e do relevante interesse social envolvido na satisfação do crédito trabalhista, a moderna doutrina tem defendido a existência do princípio da função social do processo trabalhista”.

No processo celetista as normas são instrumentos e meio de manutenção dos valores sócias, visando não apenas a questão econômica, mas também o bem-estar do trabalhador, da coletividade como um todo. Os valores fundamentais e as condições sócias dos trabalhadores têm um forte amparo jurisdicional na esfera trabalhista, que funciona como um alicerce para à paz social, atendendo a verdadeira essência da função social ao proteger o lado mais vulnerável da relação processual.

Deste modo, a jurisdição trabalhista tem por objetivo oferecer o amparo, mas célere menos oneroso e formal. Devido ao caráter alimentar das verbas, preservando o equilíbrio do trabalhador que se encontra na situação de hipossuficiência. Afim de suprir a desigualdade entre as partes, colocando o trabalhador em igualdade com o empregador para estabelecer uma relação justa dentro do processo celetista.

No processo trabalhista a supremacia do interesse público (a função social) sobressai ao interesse particular, devendo, sempre estar em constante atualização com a realidade social, observando o princípio da vedação do retrocesso social.

Segundo o posicionamento de Carlos Henrique Bezerra Leite;

A diferença básica entre o princípio da proteção acima referido e o princípio da finalidade social, no primeiro a própria lei, confere a desigualdade no plano processual; no segundo permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa até o momento de proferir a sentença.(BEZERRA, 2017, P.77)

A constituição federal em seu art.7º, trata que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros direitos que visem a melhoria de sua condição social. Nessa linha de raciocínio a Lei de Introdução ao código civil corrobora para a função social do processo em seu art.5º trata que na aplicação da Lei, o juiz atendera aos fins sócias a que ele se dirige e as exigências do bem comum.

Portanto, a observância desse princípio Constitucional no deslinde dos conflitos é essencial, pois a esfera processual trabalhista aborda questões referentes aos Direitos indisponíveis: de caráter alimentícios que envolvem o sustento do trabalhador e de seus descendentes, o mínimo existencial, sendo dever do Estado o Juiz a prestação do devido amparo legal, afim de alcançar a função social no processo e a efetivação justa dos direitos inerentes aos trabalhadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, aborda disciplinas de suma importância para a relação processual trabalhista, bem como para a vida do trabalhador. As questões levam ao leitor ao entendimento Constitucional da referida norma, demonstrando que se faz necessário uma interpretação extensiva da norma arcando as garantias constitucionais, preservando os Direitos inerentes do trabalhador.

A busca pela promoção dos Direitos do trabalhador vem de uma trajetória árdua de muitas lutas e conquistas e, não podendo mais haver quaisquer tipos de obstáculos que dificulte a efetivação e a proteção dos trabalhadores. A norma trouxe, além de implicações com os princípios constitucionais colocam os trabalhadores em situações vulneráveis dentro do processo, sem o devido amparo legal.

Ora, se a intenção do legislador foi diminuir as demandas e evitar o pleito de má-fé, o mesmo não se atentou que essa análise deve ser feita pelo juiz que está perto das partes e possui competência para apurar a veracidade dos fatos.

Desta forma, não se pode impor ao trabalhador hipossuficiente os cargos do processo, prejudicando o seu sustento próprio e de seus descendentes, pois segunda a norma os créditos

podem ser exigidos até 2 anos após a sentença, ensejando na desmotivação ao acesso à justiça.

Portanto, é visto que se faz necessário a análise a norma de acordo com a Constituição Federal, sendo importante sanar quaisquer tipos de inconstitucionalidades que venha causar danos a dignidade do ser humano. Por isso, o tema desse artigo: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 790- B DA CLT. Aborda uma reflexão sobre o tratamento do trabalhador beneficiário da assistência jurídica gratuita, buscando a melhor forma de interpretar a norma para manter o equilíbrio processual, bem como a finalidade social da justiça do trabalho.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, H., **Comentários a reforma trabalhista**, Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2017.
- BITTAR, E. C.B, ALMEIDA, G.A.**Curso de Filosofia do Direito** São Paulo: Atlas, 2001
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** : texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016
- CAPPELLET, M. GARTH, B. **Acesso à justiça**. (Trad.) Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris ,1988.
- DINARMARCO, C. R. **Curso de Direito Processual Civil**. 23. edição. Brasil: Malheiros, 2017.Pág 85. Vol.2.
- LEITE. C. H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho** Ed. Atlas: São Paulo: 2017
- MARTINS, S. P. **Direito Processual do Trabalho**. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SARLET, W. I. L. G.. MITIDEIRO D.. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo. 2016.
- SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Malheiros. 2011.
- THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015.

ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

JULIANA CABRAL DE OLIVEIRA
RAFAEL JOSÉ DA SILVA*

RESUMO

O Assédio Moral no ambiente de trabalho é a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. Desta forma, o presente artigo tem como objetivo analisar o Assédio Moral, nas relações de trabalho. Para tal, realizou-se um levantamento bibliográfico baseado em livros, artigos e dissertações na área de Direito e Segurança do Trabalho, afim de entender a existência do assédio moral e suas descrições nas relações de trabalho e investigar as políticas que existem para combater a prática do assédio moral no trabalho. Assim, foi possível entender a função social de uma empresa, perante a lei, que vai muito além de uma geradora de emprego. Abordou-se a dignidade da pessoa humana em um ambiente de trabalho e a desvalorização do trabalho humano, para na sequência entender a relação do assédio moral no emprego. Concluiu-se que o assédio moral é um dos mais graves problemas do direito do trabalho, pois se trata atingir a moral do trabalhador, através de humilhações, estresse e terrorismo, a ponto de degradar o ambiente de trabalho e criar riscos de doenças físicas e psíquicas. Além de ofender o direito fundamental a um meio ambiente laboral sadio e equilibrado, viola outro direito fundamental: o de não ser discriminado.

Palavras-chave: Assédio Moral. Direito do trabalho. Ética no trabalho.

ABSTRACT

Moral harassment in the workplace is the exposure of workers to humiliating and embarrassing situations, repetitive and prolonged during the work day and in the exercise of their duties. In this way, the present article aims to analyze Moral Harassment, in labor relations. To do this, a bibliographic survey was carried out based on books, articles and dissertations in the area of Labor Law and Safety in order to understand the existence of moral harassment and its descriptions in labor relations and to investigate the policies that exist to combat the practice of bullying at work. Thus, it was possible to understand the social function of a company, before the law, which goes far beyond a job generator. The dignity of the human person was considered in a work environment and the devaluation of human work, in order to understand the relationship of bullying in employment. It was concluded that bullying is one of the most serious problems of labor law, because it is a question of attaining worker morale through humiliation, stress and terrorism, to the point of degrading the working environment and creating risks of physical and psychic. In addition to offending the fundamental right to a healthy and balanced working environment, it violates another fundamental right: not to be discriminated against.

Keywords: Moral Harassment. Labor law. Ethics at work.

* Especialista em direito e processo do trabalho e professora do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari, Famec. julianacabral73@gmail.com; Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari.

INTRODUÇÃO

O Assédio Moral no ambiente de trabalho é a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e sem simetrias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas (FREITAS, 2011).

Dados da Controladoria-Geral da União (CGU) mostram que, entre 2012 e 2014, cresceu o número de processos administrativos instaurados para apurar os maus-tratos psicológicos no ambiente de trabalho. Nesse período, 90 processos foram abertos para investigar denúncias. Em 2015, a quantidade de apurações cresceu 51,1% e chegou a 136 casos, o que significou uma média de um processo aberto a cada 62 horas. Entre janeiro e setembro de 2016, 118 processos administrativos foram instaurados pela CGU sobre o tema assédio moral, uma média de um caso a cada 55 horas (CGU, 2017).

Trata-se de uma realidade vivenciada em muitos casos, silenciosamente por servidores, empregados ou qualquer pessoa de Administração Pública ou privada, alcançando a autoestima e a autodeterminação (FREITAS, 2011).

Segundo Guedes (2013), as causas mais comuns do Assédio Moral são a rivalidade, a preferência pessoal do chefe, a inveja, o preconceito racial, razões políticas ou religiosas, a intolerância pela opção sexual ou o simples fato de a vítima ser ou comportar-se de modo diferente do conjunto dos colegas conforme. Entre todas as variações de técnicas de assédio moral, pode-se entender como característica comum a todos eles, a tentativa de desestabilizar a vítima emocionalmente, o que acarreta repercussões em diferentes setores da vida do indivíduo.

Araújo (2011) e Freitas (2011) discutem a questão do poder dentro do âmbito empresarial, considerando aspectos como a subordinação e o poder diretivo do empregador. Os autores configuram a ocorrência de assédio moral, apresentando-a como representação da deterioração do poder legitimado, pelo contrato trabalhista dentro do organismo empresarial, assinalado pela ofensa à dignidade humana (KUMAGAI e MARTA, 2011).

Freitas (2011) avaliou as relações trabalhistas, no que envolve o mal-estar no trabalho, a subjetividade do trabalhador em relação à sua identidade e as práticas coercitivas no ambiente laboral. A partir de um levantamento bibliográfico, o autor verificou que são poucas as publicações a respeito, mesmo com flagrantes indícios que estas práticas sejam realizadas há séculos.

As táticas de sobrevivência produtiva, seguida pelas empresas, para continuar nesse mercado competitivo, mostra um novo modo de conduzir recursos humanos. É nesse ambiente, assinalado por pressões pela performance quantitativa, além da despersonalização do empregado – tratado como objeto de produção – que ocorre o assédio moral.

Este é um fenômeno de violência psicológica que acomete o funcionário, e que poderá acarretar vários danos à sua saúde. Vê-se a perspectiva de uma relação entre assédio moral e danos à saúde mental do trabalhador, podendo originar uma epidemia de depressão entre os colaboradores. As consequências sociais desse fenômeno são diversas. Atingem desde a família, a empresa, a previdência e ao governo, pois o adoecimento do trabalhador gera gastos previdenciários e com treinamentos de novos funcionários e diminuição da renda. Destaca-se que 18% dos homens chegam ao suicídio. Nas mulheres – que são as maiores vítimas, somando 63% dos casos – é muito comum o aparecimento de enxaquecas crônicas, distúrbios hormonais e mentais, como depressão ou transtorno de pânico (RUFINO, 2013).

Trata-se de um dos tipos de violência do dia-a-dia, em que estão sujeitados muitos dos trabalhadores de todo o mundo, e não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer previsão específica que acabe ou trate deste problema.

O Assédio Moral destaca-se como um acontecimento social grave, que muitas das vezes é ignorado. Apesar de ser um problema social pouco tratado no meio acadêmico, tem, nos últimos anos, chamado a atenção de profissionais de diversas áreas em especial da Medicina, da Psicologia e do Direito. Pois, trata-se de um processo que lida com as relações humanas e que ocasiona possíveis danos à saúde de trabalhadores (MATOS, 2008). A partir deste trabalho, tem-se o intuito de esclarecer o que significa e quais as medidas a serem tomadas para impedir este crime e tentar conscientizar aos envolvidos, o que isso pode trazer para suas vidas, tanto em suas carreiras, como psicologicamente. No entanto, destaca-se o fato de o objeto deste estudo abordar uma área de investigação inexplorada, despertando o interesse no preenchimento dessa lacuna acadêmica, exigindo o aprofundamento do fenômeno assédio moral, sob a perspectiva gerencial, justificando-se assim a escolha por esta temática.

Diante do exposto, o problema científico deste artigo busca saber: Quais os agravos que este fenômeno acarreta em suas vítimas, em se tratando do ambiente de trabalho?

Vê-se como objetivo geral: analisar o Assédio Moral, nas relações de trabalho, a partir de informações concisas e enriquecedoras sobre o tema.

Para tal, têm-se como objetivos específicos:

- a) Identificar a existência de Assédio Moral e suas descrições nas relações de trabalho;
- b) Abordar a ética no ambiente de trabalho;
- c) Investigar quais Políticas que existem para inibir a prática do Assédio Moral, no trabalho.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Uma empresa cumpre sua função social quando a mesma passa a agir de forma justa e responsável, cumprindo seus deveres e obrigações perante a lei, proporcionando benefícios à sociedade e aos seus colaboradores, além de movimentar a economia através do pagamento de seus impostos, suas compras e vendas (ARNOLDO e MICHELAN, 2014).

Partindo do exposto, é possível perceber que a empresa vai muito além de uma geradora de emprego. Esta deve ser vista também como uma subsidiária para o desenvolvimento pessoal do cidadão.

De acordo com Zanoti (2014), somente a partir da segunda metade do século XX que o ser humano passou a ser focalizado por um ângulo diferente, não como um simples item de produção, mas como um homem que precisa receber mais do que um salário no final de um período específico.

Desta forma, a mão de obra passou a ser mais valorizada e o homem passou a exigir mais de si e mais do seu empregador. Parou de ver o trabalho somente como forma de sustento, passando a vê-lo como um meio de qualidade de vida, crescimento pessoal e bem estar socioeconômico.

De acordo com Souza (2012), para que uma empresa cumpra sua função social, ela deve respeitar o ser humano em todos os seus aspectos, propiciando-lhe trabalho digno e seguro, primando pela ética na realização de todas as atividades.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UM AMBIENTE DE TRABALHO

Todo trabalho deve ser digno, pois todos os homens têm direitos básicos, conforme previsto na Constituição Federal de 88, art. 1^o, III. Esta destaca que todo ser humano tem o direito de viver com decência e respeito, e o estado tem por obrigação proporcionar-lhe isto. No entanto, não é o que realmente acontece, uma vez que há pessoas abaixo da linha da pobreza, exploração infantil, escravidão e desvalorização do trabalho humano.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, anunciada pela Organização das Nações Unidas (ONU), cita em seu artigo 1^o: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, logo, remata-se que, de acordo com esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são todos os homens e pode ser abrangida como sendo a liberdade e a igualdade que todo o homem tem após seu nascimento (KAMUGAI e MARTA, 2011).

Nesse contexto, Camargo (2014) afirma que a pessoa, pela condição de ser - com sua inteligência e probabilidade de exercitar seu livre-arbítrio - se sobressai na natureza e distingue do ser irracional. Estas particularidades definem um valor e fazem do homem não

mais um mero existir, porque esta autoridade sobre a própria vida, sua superação, é o tronco da dignidade humana.

No entanto a liberdade não é algo vago, pois cada pessoa tem uma baliza, e ela encerra-se no instante que inicia a liberdade do próximo, ou seja, ninguém pode intervir na liberdade de outrem.

Desta forma, detecta-se a necessidade de um ponto de equilíbrio entre a dignidade do homem e seu trabalho. Pois, é por meio de um meio ambiente de trabalho saudável que o trabalhador encontra sua dignidade, uma vez que o trabalho deve adicionar e não diminuir o ser humano.

4 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O conceito de Meio Ambiente do Trabalho, correlata-se inteiramente com o ser humano em seu local de trabalho, onde o mesmo desempenha atividades laborais em benefício de outros (HOEPPNER, 2011).

Neste sentido, Padilha (2011, p. 231) comenta:

Referido expressamente pela Carta Constitucional de 1981, o meio ambiente do trabalho compreende o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva provendo o necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento por meio do exercício de uma atividade laborativa, abrange a segurança e a saúde dos trabalhadores, protegendo-o contra todas as formas de degradação e/ou poluição geradas no ambiente de trabalho.

Meio ambiente de trabalho é conjunto das condições de produção em que a força de trabalho e o capital se convertem em produtos e lucro (ODDONE, 2011).

Segundo Padilha (2011, p. 32):

Parece-nos claro que quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma sadia qualidade de vida necessita viver nesse ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.

O autor concorda que não há qualidade de vida se não houver um meio ambiente de trabalho equilibrado, pois todo trabalhador necessita de um espaço digno e sadio para que possa exercer perfeitamente sua função.

4.1 ÉTICA NA GESTÃO EMPRESARIAL

Ética é um conjunto de valores morais e ensinamentos que dirigem a atuação humana, na sociedade. Esta convém para que exista um balanceamento e bom funcionamento social, permitindo que não ninguém saia lesado. Desta forma, a ética, apesar de não poder ser confundida com as leis, está arrolada com o sentimento de justiça social (COTRIM, 2009). Sendo algo que nasce com o ser humano e por meio dos conhecimentos adquiridos, ele aprimora essa qualidade ou passa a desconhecer definitivamente.

Desta forma, a ética é a ciência do bem comum, que sugere conservar a dignidade humana, o livre-arbítrio, a igualdade de oportunidades e o respeito aos direitos humanos. Sem uma ética mínima não há grupo sustentável (FORTES, 2011; MATOS 2008).

É nessa perspectiva que concluímos que ética é uma condição essencial, tanto para o homem como também para a empresa.

De acordo com Matos (2008), ética empresarial denota: ensinar a consciência para a liberdade responsável, uma relação harmoniosa, concretizações repartidas e bem sucedidas. O autor ainda opina, com autoridade, que o primeiro passo para a ética na empresa é promover a cultura ética, que compreende a Consciência Ética, a Liderança Ética, o Comportamento Ético e a Realização Ética.

Cada pessoa traz em si, uma civilização, um pensamento e uma opinião. Quando essa pessoa começa a se relacionar com outras, há um choque de culturas. Isto é o que acontece no interior das empresas, uma união de culturas. Contudo, existem pessoas éticas e existem aquelas que desconhecem esse termo. Por esse motivo acontecem os conflitos culturais. Cada um empenha-se na busca pelo seu próprio interesse - não buscando tratar com o total - atuando conforme sua própria cultura. Nesse sentido Matos [\(2008\) afirma](#) que a ética empresarial versa na busca do interesse comum, ou seja, do empresário, do consumidor e do trabalhador.

Partindo do pressuposto, entende-se que para uma empresa alcançar o sucesso, esta precisa trabalhar com ética, inserir uma cultura definida, além de assinalar sua política diante de seus colaboradores. Ou seja, determinar claramente suas metas e objetivos a seguir. Feito isto, o funcionário compreenderá o caminho a seguir e evitará problemas futuros com desordem. Matos (2008) complementa que o não entendimento desse fenômeno e o desrespeito aos valores culturais e éticos marcam os retumbantes fracassos em parcerias, fusões e incorporações sem estratégia de integração intercultural. Os conflitos decorrentes tornam-se estruturais.

É imprescindível que as empresas deixem de lado a estrutura hierarquizada onde o poder está nas mãos dos proprietários e seus sócios, e passem a procurar uma nova forma de gestão. A empresa precisa deixar para trás a visão tradicional, e ser mais participativa, dar mais voz ativa aos seus empregados, acionistas e até mesmo com seus consumidores. Segundo Fortes (2011), a ética na gestão oferece mais liberdade para ambas às partes, ela deixa de atender só as necessidades do proprietário e passar a abordar a necessidade em geral. Percebe-se que a

empresa tem que trabalhar em parceria, pois ela nada mais é, que um grande corpo. E trabalhando os valores éticos neste ambiente, todos se sentirão mais valorizados e respeitados, sendo assim, a ética empresarial de suma importância para o desenvolvimento e crescimento no mundo dos negócios.

5 ASSÉDIO MORAL

A saúde no local de trabalho é uma questão importante para toda a sociedade, uma vez que cogita as formas de como ela é desenvolvida e arranjada. A disposição à precarização do trabalho em grandeza global, com repercussões também nas condições de trabalho no Brasil, é verificada na grande intensidade da atividade laboral dos que dispõem exclusivamente da venda de sua força de trabalho, no medo e estresse oriundos do possível desemprego, nos danos por esforço repetitivo, nas enfermidades vinculadas ao trabalho, dentre outras formas de patologias e sofrimento (ANTUNES, 2008; BARRETO, 2003).

O assédio moral quando relacionado ao trabalho é um elemento significativo das diversas áreas da precarização da atividade trabalhista, fazendo parte de um tipo de violência - também, compõe o complicado quadro dos riscos ocupacionais, mais especificamente, dos riscos psicossociais. Por toda a seriedade do fenômeno, destaca-se que o Assédio Moral está sendo avaliado como uma doença do trabalho.

De acordo com Guimarães (2006), Assédio Moral é definido como o uso proposital de poder contra uma pessoa ou um grupo que pode implicar em dano para o desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral destes. É uma das maneiras de violência, definidas por conduta antiética, compreendidas como uma atitude da pessoa a uma intimidação potencial, de acordo com a sua própria interpretação. Há uma deterioração nas afinidades humanas por conta do estabelecimento de comunicações não éticas, marcadas pela propagação ao longo do tempo.

O psicólogo Heinz Leymann arrolou as observações realizadas com a conduta animal, ao estudo do comportamento humano, nas empresas. Para o pesquisador, Assédio Moral é o fenômeno, no qual um sujeito ou grupo pratica violência psicológica sobre o outro, de maneira sistemática e repetitiva, por um período prolongado; define-se como chatear e implica na constituição de um cerco ao redor de alguém para atacá-lo. No local de trabalho, também é versado como hostilização ou assédio psicológico, sendo, provavelmente, um fenômeno tão remoto como a própria atividade laboral (BARROS, 2004; SALVADOR, 2002).

As consequências são diversas, tanto para a saúde como em outras vertentes, como o risco financeiro das organizações quando sujeitas a indenizar as vítimas de Assédio Moral, redução da produtividade e da qualidade dos produtos.

Os prejuízos gerados à saúde pelo Assédio Moral são expostos, como reações variadas: psicopatológicas - ansiedade; apatia, distúrbios de concentração, humor depressivo, fases depressivas, pensamentos repetitivos e duvidosos, amnésia frequente, opiniões suicidas,

reações de medo, incerteza, insônia, ou sonolência exagerada, pesadelos, sonhos repetidos com o local de trabalho, ausência de iniciativa, desânimo; psicossomáticas - hipertensão arterial, dispneia, colapso de asma, estremecimentos cardíacos, taquicardia, enfermidades do coração, inflamações na pele, perda de cabelo, dores generalizadas pelo corpo, ausência de estabilização corporal, enxaquecas, distúrbios digestivos, redução da libido e disfunções sexuais e de comportamento - confusões alimentares - bulimia ou anorexia, ações agressivas, afastamento social e avanço no consumo de drogas (ALKIMIN, 2015; BARRETO, 2005).

O Assédio Moral é favorável para acontecer em organizações qualificadas por hierarquias e métodos rigorosos, nas afinidades entre superior e subordinado (SALVADOR, 2002). Empresas do setor terciário da economia, de medicina e de ensino, ou seja, nos setores em que as ações não são determinadas e nas quais, em consequência, é presumível culpar uma pessoa por alguma coisa. Estes são os ambientes de trabalho mais suscetíveis ao Assédio Moral, beneficiados pelas conjunturas da própria empresa (HIRIGOYEN, 2011).

No âmbito privado, o Assédio Moral é mais notório, acontece por menos tempo e se encerra, na maioria das vezes, com a saída da vítima; porém, no âmbito público, o Assédio Moral pode acontecer por anos, uma vez que os funcionários são protegidos pela instituição. Nesta situação, os casos de assédio são nocivos e causam resultados dramáticos para a saúde do trabalhador.

O prejuízo psíquico pode ser permanente ou transitório. Ele se conforma no momento em que a individualidade da vítima é desfigurada e seu equilíbrio emocional sofre inquietações, que se externam por meio de depressão, bloqueio, inibições, etc. Estas situações devem conservar um nexo de causalidade com o fato nocivo. Pode acontecer desse último não ocasionar o desequilíbrio emocional, porém agravá-lo. Nesse último caso, aplica-se a causa concomitante e o responsável responde pelo agravamento.

6 ASSÉDIO MORAL X PODER DIRETIVO

Mediante a prática de assédio moral tem-se a ação ilícita pela conduta abusiva. Desta forma, concordando com este entendimento, verifica-se que conceito de ato ilícito é de grande importância para especificar as condutas que podem se assinalar como assédio moral.

Portanto, vê-se que tais comportamentos se manifestariam por meio de qualquer ação, palavras, ou até escritos que infringissem a dignidade do trabalhador e também as garantias constitucionais. Assim sendo, levando o empregado a se sentir humilhado e depreciado para a posição que ocupa dentro do cargo operacional da empresa (RUFINO, 2013).

6.1 ATO ILÍCITO E ABUSO DE DIREITO

O assédio moral, além das implicações trabalhistas para o assediante, tais como a rescisão indireta no caso de assédio vertical descendente e dispensa por justa causa no caso de assédio

horizontal e ascendente. Tem-se ainda a responsabilidade civil e patrimonial do agente causador pela conduta ilícita e contrária ao ordenamento jurídico (ALKIMIN, 2015).

Desta forma, verifica-se que é de grande relevância para a conformação do assédio moral, o ato ilícito, o qual está previsto em nosso ordenamento jurídico nos termos do artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conforme a sistemática do Código Civil Brasileiro, o empregador que advir na prática do assédio moral cometerá ato ilícito e, logo, precisará ser responsabilizado inteiramente pelos danos morais e materiais. Cujas responsabilidades são objetivas, ou seja, não dependem da existência de culpa do empregador (ALKIMIN, 2015).

Partindo do pressuposto, o ato ilícito é o cometido culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios. É o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa (DINIZ, 2015).

Ao analisar-se, fatos, ações e negócios jurídicos, menciona-se que os atos ilícitos são os que procedem direta ou indiretamente da pretensão e acarretam em efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento (VENOSA, 2015).

No contexto da relação de emprego, o ato ilícito é danoso à moral ou patrimônio material da vítima, podendo contestar indenização devida. Verifica-se que além de causar a responsabilidade trabalhista, ocorre a responsabilidade civil, que também provoca o dever de indenizar o mal ocasionado pela conduta antijurídica (PEREIRA, 2012).

Além da prática de ato ilícito para se configurar o assédio moral, denota-se que tais práticas são desempenhadas por meio do abuso de direito. Que nesse caso também se configura como um ato ilícito, de acordo com o artigo 187 do Código Civil, que dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Desta forma, o empregador tem também o dever de garantir e observar a moralidade no ambiente de trabalho. Deve, ainda, precaver e sancionar atos dos outros empregados quanto a conduta desrespeitosa no ambiente de trabalho. Além de que, o empregador não pode abusar de seu poder para com seu submisso, pois sob pena de ser responsabilizado pelos seus próprios atos é também responsável pelos atos de seus empregados.

Para tanto, considera-se que o abuso de direito acontece quando o agente, deixa de avaliar a finalidade social do direito subjetivo e, portanto, ao utilizá-lo causa dano a outrem.

Aquele que abusa no exercício de seus direitos, ocasionando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar (ODDONE, 2011).

Vê-se que a teoria do abuso de direito adquiriu autonomia e se sobrepõe a todos os campos do direito, dentre eles o direito do trabalho, com isso inclui-se a ele a responsabilidade civil. E assim, provoca consequências que não somente a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima, como também a indenização por dano moral.

Dessa forma, considera-se que acarreta em limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outros privilégios individuais, estabelecendo ao titular do direito, a observância dos princípios de boa-fé e desígnio social ou econômico do direito.

Então juridicamente, abuso de direito pode ser compreendido como fato de usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a Sociedade admitem. Pode-se entender que, se o empregador que é o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, e que este venha a atuar de tal modo que seu comportamento possa contestar a boa-fé, a moral, aos bons costumes, aos fins econômicos e sociais da norma, incide no ato abusivo.

6.2 LIMITES DO PODER DIREITIVO E ASSÉDIO MORAL

Partindo da ideia de que o assédio moral se assinala pelo exercício repetitivo de comportamento abusivo, a empresa é forçada a respeitar seus empregados. Com isso, deve ajustar aos mesmos um ambiente do trabalho tranquilo, atuando de acordo com as normas jurídicas. As quais determinam as regras sobre as práticas dos sujeitos dessa relação, sem mesmo desobedecer o direito de personalidade do empregado.

Viu-se que o poder diretivo da empresa se coloca no direito do empregador. Assim, este poder tem limites e não provoca direito a rigor excessivo submetendo o empregado, a atos constrangedores, definidos pelo abuso de direito, mediante a repetição sistemática do assédio (THOME, 2011).

E no que se refere ao abuso de direito, pode-se considerar que todas as legislações dedicam proteção especial aos direitos de personalidade, ou seja, as propriedades inerentes à pessoa. Dentre os quais podemos abarcar: o direito a vida, à integridade física e moral, à liberdade e à vida privada; e que tendem a resguardar e proteger a dignidade humana da pessoa (RUFINO, 2013).

Neste contexto, a Constituição Federal impõe a regra pelo artigo 5º, III da

Constituição Federal de que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Bem como a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade” (BRASIL, 2014).

Ainda no artigo 5º, X, da Constituição Federal tem-se a regra geral de que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014).

Diante da definição da dignidade da pessoa humana, por meio da Constituição Federal, principalmente no que tange os direitos de personalidade do empregado, Alkimin (2015) afirma que estando presentes os pressupostos da responsabilidade civil poderá gerar o dano moral fato próprio.

Ressalta-se que a respeito do poder diretivo e disciplinar do empregador, estes devem ser desempenhados dentro de parâmetros limitadores, fixados pela lei, doutrina e jurisprudência. Perante esta sistemática, entende-se que os limites do poder diretivo do empregador são os direitos da personalidade do empregado (RUFINO, 2013).

A configuração do assédio moral descendente vertical tem relação direta com o modo como o poder diretivo é cumprido em determinada empresa. Muitas empresas utilizam-se, deliberadamente, de chefes que agem de apenas com o intuito de aumentar a produtividade e o rendimento. Costumam ser benévolos a certos abusos de indivíduos, desde que isso possa causar lucro e não dar motivo a revolta (THOME, 2011).

De acordo com Hirigoyen (2011, p. 101):

O abuso de poder ocorre mais facilmente quando o empregado, temendo a despedida, não tem outra escolha a não ser submeter-se às pressões e humilhações. O empregador o pretexto de manter o bom andamento da empresa, obriga-se o empregado a cumprir horários prolongados, com sobrecarga de trabalho dito urgente e exigências descabidas.

Verifica-se que é obrigação contratual do empregador de respeitar os direitos de seu empregado, além da personalidade moral de seu subordinado e os direitos relativos à sua dignidade, e vice-versa. Essa infração implica na violação dos pareceres contratuais e das leis trabalhistas. Ensejando o direito do empregado à indenização correspondente, além da legitimação ao direito obreiro de resistência, que se consuma com a recusa ao cumprimento de ordens ilícitas (RUFINO, 2013).

Entretanto, aos limites do poder diretivo de empregador há divergência no que fere

tal comportamento à prática de assédio moral. Tem-se que os maus tratos gerenciais, ou gestão por injúria, são condutas tirânicas de alguns administradores. Assim, estes executam pressões terríveis nos empregados, ou tratam os mesmos, com violência, insultando-os e agindo sem respeito (PRATA, 2015).

Nesta situação, o ato é contrário ao direito e causa uma responsabilidade, originária de um comportamento abusivo, de natureza psicológica, capaz de insultar a personalidade do empregado, que atenta contra a dignidade psíquica durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

A partir desse entrosamento, observa-se que o contrato deve atender à função social, objetivando o bem dos trabalhadores e seus efeitos na sociedade. Sendo injustificável o exercício do abuso no poder diretivo e disciplinar por parte dos empresários, que desobedece princípios elencados na Constituição e, principalmente o respeito à dignidade do trabalhador.

Nesse diapasão, a conduta consubstanciada em assédio moral causa implícitos requisitos ao ato ilícito. Assim sendo, considerando o dano gerado pela conduta assediante, não paira a dúvida que se equipara ao ato ilícito, pois se cometido de forma abusiva em desacordo com a norma jurídica, viola direito individual.

No entanto, quando se tem uma conduta que viola o direito de outrem que além de violar o ordenamento jurídico, gera dano a outrem. Sendo certo que a ligação entre a conduta-violação e o dever jurídico ou lesão estão ligados por um liame de causalidade, assinalando o assédio moral pela prática do ato ilícito mediante o comportamento abusivo.

6.3 PROJETO DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Tem-se o projeto de lei 2369/2003 em tramitação, de autoria do deputado Gilmaci Santos (PRB), para que seja tratado o assédio moral nas relações de trabalho:

Artigo 1º: É proibido o assédio moral nas relações de trabalho.

Artigo 2º: Assédio moral consiste no constrangimento do trabalhador por seus superiores hierárquicos ou colegas, através de atos repetitivos, tendo como objetivo, deliberado ou não, ou como efeito, a degradação das relações de trabalho e que:

I – atente contra sua dignidade ou seus direitos, ou

II – afete sua higidez física ou mental, ou

III – comprometa a sua carreira profissional.

Artigo 3º: É devida indenização pelo empregador ao empregado sujeito a assédio moral, ressalvado o direito de regresso.

Parágrafo 1º: A indenização por assédio moral tem valor mínimo equivalente a 10 (dez) vezes a remuneração do empregado, sendo calculada em dobro em caso de reincidência.

Parágrafo 2º: Além da indenização prevista no parágrafo 1º, todos os gastos relativos ao tratamento médico serão pagos pelo empregador, caso seja verificado dano à saúde do trabalhador.

Artigo 4º: O empregador deve tomar todas as providências necessárias para evitar e prevenir o assédio moral nas relações de trabalho.

Parágrafo 1º: As providências incluem medidas educativas e disciplinadoras, entre outras.

Parágrafo 2º: Caso não sejam adotadas medidas de prevenção ao assédio moral e sendo esse verificado, o empregador está sujeito a pagamento de multa no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) por empregado, sendo o valor elevado em dobro na reincidência.

Artigo 5º: O assédio moral praticado por empregado, após ter sido orientado sobre a sua proibição, enseja sanção disciplinadora pelo empregador.

Parágrafo único: A sanção disciplinadora deve considerar a gravidade do ato praticado e sua reincidência, sujeitando o empregado à suspensão e, caso não seja verificada alteração no seu comportamento após orientação do empregador, à rescisão do contrato de trabalho por falta grave, nos termos do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Artigo 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Este projeto de Lei tem como objetivo garantir a integridade física e mental do trabalhador e sanções aplicativas ao empregador, caso a lei venha ser violada. Porém, o último andamento registrado do processo para aprovação desta lei, foi em 18/02/2010.

A proposição garante que o atingido seja indenizado e tenha direito assegurado de regresso à empresa. A vítima também será ressarcida, caso haja, despesas médicas devido a dano à saúde.

7 CONSEQUENCIAS DO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral lesa e pode até ocasionar a morte. Inicialmente, os efeitos sentidos pela vítima são o estresse e a ansiedade, a depressão, distúrbios psicossomáticos, podendo chegar, nos casos extremos ao estresse pós-traumático. Além desses sintomas, predominam nos quadros de assédio moral sentimentos de vergonha, humilhação, perda do sentido, podendo chegar a modificações psíquicas, como neurose traumática, paranoia e psicose (BARRETO, 2013).

7.1 VÍTIMA

O assédio gera na vítima desconfiança, vigilância e a atitude defensiva é geradora de novas agressões. A vítima passa a perder estima de si, duvida de sua competência, etc.

Os sintomas do assédio moral estão mais ligados a intensidade e a duração da agressão que a estrutura física de cada um. Assim, pode-se ver alguns sintomas que se fazem presentes nas vítimas de assédio, porém, não são exclusivos do assédio moral. Mais o assédio possui dois problemas típicos: o sentimento de culpa e a humilhação (BARROS, 2014).

O sentimento de culpa serve para explicar a dificuldade que a vítima tem de se expressar. A vítima é ferida porque ela não soube ou então não pode fazer o que era necessário para parar com o processo, são as humilhações sofridas que a atingem. O sentimento de culpa vem porque ela não soube (ou não pode) reagir (BARROS, 2014).

O assediador visa destruir as relações do assediado no seu ambiente de trabalho e também no seu ambiente social atingindo a dignidade da vítima através de atitudes humilhantes, propósitos ofensivos e rumores maldosos sobre a vida privada da vítima (FERREIRA, 2016).

O assédio moral designa práticas repetidas visando degradar as condições humanas, relacionais, materiais de trabalho de uma ou várias vítimas de forma a atingir seus direitos e sua dignidade, podendo alterar gravemente seu estado de saúde e podendo comprometer seu futuro profissional (HIRIGOYEN, 2011).

O fato de a vítima ser isolada constitui-se num agravante, pois ela é separada de todo ambiente coletivo de trabalho. O isolamento agrava o sofrimento psicológico e o trauma da vítima.

Todavia, as consequências do assédio, também atingem a sociedade de uma forma geral. A persistência do terror psicológico aumentará o número de pessoas com problemas de saúde, que terá que gozar dos benefícios previdenciários temporários, ou até mesmo, em decorrência da incapacidade laboral ocasionada pelo assédio.

7.2 EMPREGADOR

O assédio moral no trabalho prejudica a empresa, causando absenteísmo, queda da produtividade, rotatividade da mão-de-obra, maculando a imagem da empresa e comprometendo a atividade empresarial, além da possibilidade concreta de responsabilização patrimonial em condenações por danos morais e materiais por força dos atos de seus empregados e prepostos.

A tendência é que a vítima passe a faltar o trabalho, como uma forma de escapar dos

ataques dos assediadores. Não é raro o afastamento com a suspensão do contrato de trabalho, mediante apresentação de atestados médicos que demonstram e comprovam os danos psicofísicos sofridos pela vítima de assédio moral no trabalho que somam com o surgimento de doenças que justificam o afastamento do local de trabalho (GOMES e GOTTSCHALK, 2014).

Pamplona Filho (2012) refere que essas situações são bastante danosas para a empresa, principalmente se o trabalhador for especializado na sua atividade, não havendo como substituí-lo de imediato, o que leva à conclusão de que quanto mais especializado o trabalhador assediado, maior será o dano à empresa.

A queda da produtividade em um local de trabalho maculado pelo assédio moral é bastante visível e oneroso para a organização empresarial.

A vítima que resiste aos ataques e permanece no local de trabalho passa a desempenhar suas atividades laborais com medo, sem a tranquilidade para o regular desempenho de suas funções. A constante opressão no ambiente do trabalho passa a ser insuportável, gerando tensões de toda ordem, que levam a desajustes sociais e transtornos psicológicos, trazendo consequências diretas à saúde do trabalhador assediado (HIRIGOYEN, 2011).

A queda na produtividade não atinge somente o trabalhador assediado. O assédio moral no trabalho torna o ambiente de trabalho inidôneo para assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador (THOME, 2011).

Com efeito, o conhecimento pelos demais trabalhadores, da existência do processo de terrorismo não apurado e não punido gera insegurança e falta de tranquilidade no ambiente de trabalho, especialmente àqueles trabalhadores que estão em semelhantes condições pessoais e funcionais ao trabalhador assediado, o que onera excessivamente a organização empresarial (PAMPLONA FILHO, 2012).

Silva refere que, diante da identificação de todos os danos que podem recair sobre a saúde financeira da empresa pela prática de assédio moral, a conscientização do empresário deverá ser importante instrumento de prevenção.

A rotatividade da mão-de-obra em função de substituições, desligamentos ou transferências de trabalhadores para outra localidade trazem pesadas consequências pecuniárias para a empresa.

Além do pagamento dos encargos trabalhistas, o empregador terá que investir no aperfeiçoamento e qualificação do novo trabalhador que, até adaptar-se aos ritmos do serviço, poderá causar queda na produtividade (THOME, 2011).

Ademais, a insegurança gerada pela rotatividade da mão-de-obra na organização também afeta a produtividade, pois o desconhecimento pelos demais trabalhadores, dos fatos geradores da despedida, provoca o temor do despedimento em massa (PAMPLONA FILHO, 2012).

Uma vez sendo provados os fatos, os prejuízos sofridos pelo assediado e seu nexos de causalidade, o juiz fixará o valor da indenização pelo assédio e verificará também se existem danos materiais para serem cumulados com aqueles. A reparação dos danos materiais e morais têm como base o Código Civil e a Constituição Federal.

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

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

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

Ainda, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece:

Art. 5º (...)

(...)

V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da

indenização por dano material, moral ou à imagem;

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do Direito do Trabalho colaborou na dignificação do trabalho e na construção de normas que combatem a discriminação dos trabalhadores. Contudo, é necessário continuar avançado e ficar alerta para novos paradigmas que colocam em risco os direitos conquistados pela classe trabalhadora.

O assédio moral é um dos mais graves problemas do direito do trabalho contemporâneo. Trata-se de prática que atinge a moral do trabalhador através de humilhações, estresse e terrorismo, a ponto de degradar o ambiente de trabalho e criar riscos de doenças físicas e

psíquicas. Além de ofender o direito fundamental a um meio ambiente laboral sadio e equilibrado, viola outro direito fundamental: o de não ser discriminado.

O assédio moral poderá ou não ter a intenção de discriminar, mas sempre ensejará o efeito discriminatório, visto que sua prática tem o intento de proporcionar algum tipo de exclusão. A melhor alternativa é prevenir o assédio moral e a discriminação no ambiente de trabalho, visto que após a ocorrência do dano, a vítima até poderá ser indenizada, mas a reparação pecuniária não terá o condão de recuperar seu estado psicológico, que em muitos casos poderá ficar comprometido pelo resto da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALKIMIN, M. A. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 2. Ed. Curitiba; 2015.
- ARAÚJO, A. R. **O assédio organizacional**. Dissertação de mestrado, Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, 2011.
- ARNOLDO, P. R. C.; MICHELAN, T. C. C. **Função Social da Empresa**. Direito-USF, v. 17, jul/dez. 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Saraiva, 2014.
- _____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. 2002.
- BARRETO, M. **Violência, saúde e trabalho - Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Educ, 2013.
- BARROS, A. M. **Assédio Moral**. ST. Nº184- Outubro, 2014.
- CAMARGO, A. L. Culpabilidade e Reprovação Penal. São Paulo: Sugestões Literárias, apud KUMAGAI, C.; MARTA, T. N. Princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2014.
- CGU – **Corregedoria Geral da União**. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/CGU/>>. Acessado em 11 de mai. 2018.
- COTRIM, G. **Fundamentos da Filosofia. História e grandes temas**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Editora São Paulo, 2015.

- FORTES, P. A. C. **Ética e Saúde**. São Paulo: EPU, 2011.
- FREITAS, M. E. Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. **Revista de Administração de Empresas**. v. 41. n. 2, p. 8-19. 2011.
- GOMES, O.; GOTTSCHALK, É. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GUEDES, M. N. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.
- HIRIGOYEN, M. F. **Assédio Moral: A violência perversa no cotidiano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2011.
- HOEPPNER, M. G. **Normas regulamentadoras relativas á segurança e medicina do trabalho: capítulo IV, título II da CLT**. 4ª edição. São Paulo: Ícone, 2011.
- KUMAGAI, C.; MARTA, T. N. Princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2011.
- MATOS, F. G. **Ética na Gestão Empresarial**, da Conscientização à Ação. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ODDONE, I. **Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTR, 2011.
- PADILHA, N. S. **Meio ambiente de trabalho equilibrado**. São Paulo: LTR, 2011.
- PAMPLONA FILHO, R. **O Dano Moral da Relação de Emprego**. São Paulo, SP: Ltr, 2012.
- PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PRATA, M. R. **Anatomia do Assédio Moral no Trabalho: uma abordagem transdisciplinar**. São Paulo: LTr, 2015.
- RUFINO, R. C. P. **Assédio Moral no âmbito da empresa**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- SOUZA, J. **Os batalhadores brasileiros: Nova classe média ou nova classe dos trabalhadores?** Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- THOME, C. F. **O assédio moral nas relações de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- VENOSA, S. S. **Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2015.
- ZANOTI, L. A. R. **A Função Social da Empresa Como Forma de Valorização da Dignidade da Pessoa Humana**. 2014. 240 f. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 2014.

REFORMA TRABALHISTA: NECESSIDADE OU SUPRESSÃO DE DIREITOS?

ARMANDO FERNANDES
MARTA BASTOS^{2*}

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo uma análise sobre as duas vertentes da Reforma Trabalhista, analisando de um lado a necessidade de crescimento econômico do país, do outro trabalhadores com direitos aparentemente relativizados e engessados a uma legislação com aparente limitação de acesso ao judiciário. Esta pesquisa adotou como procedimento metodológico a revisão bibliográfica a respeito do tema, utilizando a CLT e os demais artigos jurídicos recentes que abordam o tema. Neste diapasão, a abordagem deste artigo pretende contribuir com a temática sobre os atuais direitos trabalhistas no Brasil.

Palavras-chave: Direito Trabalhista, Reforma Trabalhista, CLT, Crise Econômica.

ABSTRACT

This article aims at an analysis of the two aspects of the Labor Reform, on the one hand the need for economic growth in the country, on the other hand, workers with rights that are apparently relativized and embedded in legislation with an apparent limitation of access to the judiciary. In this context, the approach of this article intends to contribute with the theme on the current labor rights in Brazil.

Key words: Labor Law, Labor Reform, CLT, Economic Crisis.

INTRODUÇÃO

Para entender o contexto histórico das primeiras normas direcionadas ao Direito do Trabalho no Brasil, faz-se necessário remontar ao seu descobrimento por Portugal. O Brasil foi colônia de exploração da Coroa Portuguesa, por tal motivo a metrópole tinha como interesse apenas explorar os recursos naturais para enriquecer e levar todo lucro a seu país de origem.

O colonialismo por sua vez propagou a escravidão, postergando claramente os direitos da classe trabalhadora.

No dia 24 de fevereiro de 1891, o Brasil teve a sua primeira constituição republicana promulgada, sofrendo fortes influências da Constituição americana de 1787. Os constituintes de 1891 foram indiferentes às questões sociais do liberalismo, desprezando às exigências dos trabalhadores.

Até 1920, cerca de 70% da população brasileira ainda vivia no campo. Tratava-se de pessoas sem instrução e economicamente hipossuficientes. Este período foi marcado pelo

*² Mestre em Direito e Negócio Internacional e Especialista em Direito Previdenciário e Público, Email: anf.adv@hotmail.com. Graduada em Comunicação Social, Especialista em Marketing e acadêmica da FAMEC.

coronelismo, motivo pelo qual não houve a conquista de direitos sociais. Os coronéis usavam da própria força para determinar quais seriam os deputados, os senadores e os governadores eleitos.

A Constituição de 1934 foi resultante das reivindicações revolucionárias que colocaram fim ao coronelismo. Considerada um marco no processo de democratização do Brasil promoveu a alternância no poder, o pluralismo sindical, a livre expressão do pensamento e a garantia do voto universal e secreto extensivos às mulheres até então dispensadas deste direito.

Em 1935 aconteceu o golpe de Estado pelo então Presidente Vargas que instituiu o governo ditatorial. Assim, em 1937 uma nova Constituição de inspiração fascista foi outorgada ao Brasil.

Sob a influência do liberalismo europeu, surgiram as primeiras normas de proteção ao trabalho. Com a gradativa produção legislativa, viu-se a necessidade de unificar as normas trabalhistas em uma só lei. Assim, em 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, foi sancionado pelo então Presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nessa égide, nasceu como uma necessidade constitucional após a criação da Justiça do Trabalho em 1939. Antes da CLT, a legislação trabalhista atendia a pequenos e restritos núcleos e tampouco a massa trabalhista brasileira. O país passava por um momento de desenvolvimento, mudando a economia de agrária para industrial.

Neste contexto a CLT foi editada como forma de instrumento de proteção da hipossuficiência do trabalhador, objetivando garantias mínimas face ao poderio econômico superior do empregador, albergando, para tanto, uma conjunção de princípios pro empregado (princípio da proteção, princípio da norma mais favorável e princípio *in dubio pro operário*).

É inegável que ao passar dos anos, as relações de trabalho foram se aprimorando e tornando-se mais complexas, não tendo a CLT evoluído a iguais passos. Somado a isto, veio a forte crise econômica que aumentou o desemprego e provocou o fechamento de muitas empresas brasileiras. De acordo com o IBGE, por dois anos consecutivos, 2015/2016, o Brasil fechou mais empresas do que abriu, provocando queda do PIB de 3,8% (2015) e de 3,6% (2016), pior resultado em 25 anos.

O governo de Michel Temer defendeu a Reforma Trabalhista como combate ao desemprego, incentivo ao crescimento econômico do país e como forma de modernizar uma legislação anacrônica, mas, segundo ele, sem retirar os direitos básicos do trabalhador.

Para o governo Temer, a CLT necessitava ser uma legislação simplificada e clara, proporcionando a negociação entre patrões e empregados com o objetivo de dinamizar a economia e favorecer a retomada dos empregos.

Neste cenário, em 13 de Julho de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.467 pelo Presidente da República Michel Temer, promovendo a Reforma Trabalhista, alterando, criando e até mesmo revogando mais de cem artigos e parágrafos da CLT.

De um lado temos trabalhadores com direitos aparentemente relativizados e do outro a recessão econômica e o desafio do país crescer. Nessa égide surge o objeto de estudo deste artigo: Reforma Trabalhista, necessidade ou supressão de direitos?

Destarte, para facilitar o estudo, detalharemos os principais pontos positivos e negativos da Lei 13.467, destacando consequências em sua razão jurídica. Nesta reflexão tentaremos responder por que a Reforma Trabalhista foi criticada pela Central Única dos Trabalhadores e outros sindicatos, pelo Ministério Público do Trabalho e pela Organização Internacional do Trabalho. E, de forma contrária, porque foi defendida por economistas, empresários e pelo presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho.

No tocante aos procedimentos, o trabalho aduz à pesquisas bibliográficas, constituídas de artigos científicos e livros. Ademais, acerca das vertentes teóricas, a presente pesquisa pode ser classificada como crítico-metodológica, linha pela qual se supõe uma crítica da realidade, adotando uma tese que defende um pensamento jurídico. Resguarda-se ainda nas decisões jurídicas pautadas na prudência e na razão prática.

Destaque-se, por fim, que o presente estudo não tem o objetivo de esgotar todos os esclarecimentos acerca da mudança legislativa, sem a pretensão de trazer verdades absolutas ou esgotar o debate. Desta feita, buscar-se-á ensejar a reflexão a respeito da temática e apresentar o entendimento que se entender mais razoável sobre a Reforma Trabalhista.

2. SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

O Direito do Trabalho surge durante a Revolução Industrial, que se iniciou no século XVIII, em forma de reação ao cenário de exploração do trabalho, decorrente da expansão da indústria e do comércio. Isto porque, com o surgimento da máquina a vapor como fonte de energia, qualquer operário estaria apto ao labor, deixando a mão de obra cada dia mais barata, principalmente quando se tratava de crianças e mulheres (CASSAR, 2017, p. 12).

O modelo europeu pós Revolução Francesa, influenciou o Brasil na criação das primeiras normas de direito trabalhista. A primeira Constituição a tratar da matéria foi a de 1824 – Constituição do Império – que, em seu art. 179, XXV, assegurava a ampla liberdade para o trabalho e extinguiu as Corporações de Ofício (CASSAR, 2017, p.16).

A Constituição do Império no campo dos direitos sociais, assegurava a igualdade de todos perante a lei (artigo 179, XIII); liberdade de trabalho (artigo 179, XXIV); e, instrução primária gratuita (artigo 179, XXXII). Entretanto, embora inspirado no modelo europeu, na época, o Brasil ainda se encontrava em atraso com relação a outros países e isso se dava, em grande parte, por conta da escravidão.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Ela adotava a forma republicana de governo, o Poder Legislativo passou a ser constituído pelo Congresso Nacional, Senado Federal e Câmara dos Deputados, a igreja foi separada do Estado e a pena de morte passou a ser proibida.

Mas, no que tange as questões sociais, elas somente foram desapontar no ano de 1930, quando Getúlio Vargas subiu ao poder. Como Presidente da República, criou o Ministério do Trabalho, deu novo impulso a cultura, preparou novo sistema eleitoral para o Brasil e marcou eleições para a Assembleia Constituinte.

Sob o comando de Getúlio Vargas na presidência, em 16 de julho de 1934 foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, trazendo uma forte conscientização pelos direitos sociais, elevando assim os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional de proteção social ao trabalhador.

Em 1937 foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas no dia 10 de novembro, a quarta constituição brasileira. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Do ponto de vista político-administrativo, seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do presidente da República a nomeação das autoridades estaduais.

Neste cenário, em 1943 foi criada a CLT pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e sancionada pelo presidente Getúlio Vargas, durante o período do Estado Novo. A Consolidação das Leis do Trabalho unificou toda a legislação trabalhista existente no Brasil e foi um marco por inserir, de forma definitiva, os direitos trabalhistas na legislação brasileira. Seu objetivo principal foi regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. Ela surgiu como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho.

Em 1945, com a renúncia de Vargas ao mandato, foram convocadas eleições diretas das quais saiu vitorioso o general Eurico Gaspar Dutra, cujo primeiro passo foi a providência de elaboração de uma nova Constituição para o país. Assim, um ano depois, foi promulgada a Constituição de 1946.

A Constituição de 1946, além de restaurar os direitos e garantias individuais, reduziu as atribuições do Poder Executivo, restabelecendo equilíbrio entre os poderes. Outro ponto importante foi a constitucionalização da Justiça do Trabalho, sendo a partir daquele momento um ramo do Poder Judiciário; os juízes e tribunais só poderiam ser naturais; o foro privilegiado ficou proibido, salvo os instituídos pela CF/46; a extradição de brasileiro ou estrangeiro por crime político ou de opinião não mais seria deferida; o Tribunal do Júri voltou a ter previsão constitucional; foi garantida a assistência judiciária para necessitados.

Depois da renúncia de Jânio Quadros em 1961, o então presidente Castelo Branco nomeou uma comissão para a elaboração da Constituição de 1967, e por meio do AI-4 convocou o Congresso Nacional para que a mesma fosse analisada, deliberada e aprovada. Embora ela previsse direitos e garantias individuais (art. 150), estes não eram respeitados de fato.

Apenas um ano após a Constituição de 1967, foi editado o AI-5, determinando a suspensão dos direitos políticos, das garantias constitucionais ou legais dos magistrados, de habeas corpus nos casos de crimes políticos e de crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

A Emenda Constitucional de 1969 readmitiu a pena de morte em possibilidade de guerra externa, psicológica adversa ou revolucionária subversiva; o banimento do brasileiro que fosse comprovado nocivo, inconveniente ou perigoso à segurança nacional foi determinado; os atos praticados pelo Comando Supremo de 64 foram aprovados e excluídos de eventual apreciação judiciária.

Somente com a constituição de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito. Tendo como alicerces a soberania, a cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A Carta Magna de 1988 consagrou os direitos sociais como sendo de todos os cidadãos. Em seu artigo 6º, estabelece que todos os cidadãos têm direito “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. A esse conjunto de direitos expressos foi intitulado como direitos sociais.

Os artigos 7 a 11, estabelece garantias ao trabalho e aos trabalhadores, como o seguro-desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, o salário mínimo, piso salarial, a participação nos lucros, o salário-família, descanso semanal remunerado, licença paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, aposentadoria, reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, a livre associação profissional ou sindical, o direito de greve, dentre outros.

Mediante todo o exposto, fica claro que os direitos sociais foram reconhecidos e positivados através das lutas das classes operárias, buscando a proteção dos trabalhadores devido a sua hipossuficiência em relação ao empregador.

3. PRINCIPAIS PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA REFORMA TRABALHISTA

Antes da Reforma Trabalhista, de acordo com o Presidente Michel Temer e o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o Brasil sozinha detinha 98% das reclamações trabalhistas.

Embora não tenha sido encontrada nenhuma fonte de pesquisa que comprove os números apontados por Temer e Barroso, existem diversos estudos que apontam que o Brasil realmente lidera de forma disparada o ranking das reclamações trabalhista, a exemplo do estudo do sociólogo José Pastore, professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP), que levantou números de 18 países para sustentar tal informação.

3.1 DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE RECLAMAÇÕES TRABALHISTA E MAIOR AGILIDADE NO JULGAMENTO DOS PROCESSOS X MITIGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Pesquisa da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan) aponta que a Justiça trabalhista representa 39% do total de despesas com o Judiciário e a demanda cresceu 78% em 15 anos. Os gastos com pessoal e encargos da Justiça do Trabalho em 2004 chegaram a R\$ 5,7 bilhões, e com custeio e investimento R\$ 668,7 milhões, totalizando R\$ 6,3 bilhões. Enquanto isso, a Justiça federal custou cerca de R\$ 3 bilhões em pessoal e encargos, e R\$ 1,2 bilhão (total de R\$ 4,2 bilhões) aos cofres públicos. O custo da Justiça do Trabalho representa 39% do total de R\$ 16,37 bilhões do Judiciário, segundo a pesquisa.

Ainda segundo a Firjan, apesar de nem todos os países possuírem Justiça especializada em trabalho, dados do Banco Mundial mostram que nos EUA e Japão o número de processos trabalhista é muito mais baixo que no Brasil: 75 mil (EUA) ao ano e 2,5 mil ao ano (Japão). Ainda segundo a entidade, a diferença seria devido ao fato de as relações de trabalho nos EUA, por exemplo, serem regidas por negociação (acordos coletivos).

Neste diapasão, desafogar o judiciário, diminuir os custos com a Justiça do Trabalho e garantir maior celeridade nos processos, é um dos grandes desafios da Reforma Trabalhista.

Em 11 de novembro de 2018, a Reforma Trabalhista completou 1 ano, e, de acordo com a Coordenadoria de Estatística do TST, os novos casos caíram de 289,7 mil, em Novembro de 2017, para 137,6 mil casos novos, até Setembro deste ano.

É inegável a queda no número de reclamações trabalhistas, a economia para os cofres públicos e o andamento dos processos pendentes. Em dezembro de 2017, o número de casos nas Varas e nos Tribunais Regionais do Trabalho era de 2,4 milhões de processos aguardando julgamento. Em agosto de 2018, esse número já tinha caído para 1,9 milhão de processos (Fonte: Governo do Brasil, com informações do TST) .

Ao mesmo tempo que economistas, juristas e empresários comemoram os ganhos trazidos com a Reforma, a Central Única dos Trabalhadores (dentre outros sindicatos), e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) criticam duramente a Reforma Trabalhista, apontando a queda na demanda do judiciário como mitigação do livre acesso à justiça pelo trabalhador. Para estas organizações as consequências da Lei 13.467 são incompatíveis com a garantia fundamental de acesso à Justiça, sendo inconstitucionais por ferir normas de eficácia absoluta.

O princípio do livre acesso à jurisdição está consagrado no rol dos direitos fundamentais, expressamente previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Estes grupos apontam como mitigação do acesso à justiça a inclusão do art. 790, §3º da CLT, que diz: “É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Para os críticos da Reforma conceder ao juiz a facultatividade de concessão da justiça gratuita afronta diretamente o texto constitucional, uma vez que a Constituição apresenta norma de eficácia absoluta, que não devem ser limitada por lei ordinária, garantindo o acesso

à Justiça para os mais pobres. Nesta mesma linha de interpretação, a limitação para concessão da justiça gratuita ao teto de 40% do limite máximo da Previdência Social limita o acesso ao judiciário.

O benefício da Justiça gratuita está previsto na Lei n. 1.060/1950, conhecida como Lei da Assistência Judiciária, e no novo Código de Processo Civil (CPC).

O CPC, em seu art. 99, traz a presunção de miserabilidade, qual seja, há presunção de hipossuficiência econômica da pessoa que declare seu estado de pobreza: “(...) § 3º presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Embora o CPC não traga a limitação de valores, bastando apenas apresentar a declaração de hipossuficiência, o juiz também pode negar o pedido, caso haja elementos nos autos que comprovem a falta de verdade na solicitação de gratuidade, e o autor do pedido não consiga produzir provas que comprovem a sua situação financeira.

Desta forma, o novo texto da CLT não feriu a norma processual, como alegado por alguns críticos, ao contrário, trouxe a regulamentação dentro do mesmo entendimento do Código de Processo Civil. Ressaltando-se ainda que nas matérias que a CLT não trazia disposição legal, já era utilizado o CPC.

Ainda dentro das críticas de limitação do acesso à justiça, destaca-se a disposição legal trazida no art. 791-A da CLT: Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Os honorários de sucumbência, em regra, são devidos pela parte vencida ao advogado do vencedor, conforme dispõe artigo 85, caput, do CPC. O referido dispositivo legal traz a consagração da regra da sucumbência, segundo a qual o critério para a condenação em honorários se satisfaz com o resultado da demanda, devendo, portanto, a parte vencida arcar com os honorários de sucumbência.

Neste sentido, a Reforma Trabalhista, como forma de inibir demandas sem razão, igualou-se ao CPC, determinando a obrigação da parte que deu causa ao processo arcar com os honorários de sucumbência.

Destarte, estas foram as fundamentações para alteração na CLT no que tange à justiça gratuita e aos honorários de sucumbência. Ressalta-se que os sindicatos, a OIT e o Ministério Público do Trabalho foram contra tais alterações. Já o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins Filho, economistas e empresários foram fortes defensores da alteração do texto citado.

3.2 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO PELO LEGISLADO. VONTADE DAS PARTES X SUPRESSÃO DE DIREITOS

A flexibilização das negociações nas relações de trabalho, sobrepondo o legislado, foi apontada por economistas, e defendida no governo de Michel Temer, como uma das formas mais adequadas para diminuição da recessão econômica e dos índices de desemprego do país. Destarte, a adaptação das normas trabalhistas, seria a grande aposta para superar os efeitos da crise econômica pelo qual o Brasil está enfrentando.

Diante desse contexto, a legislação trabalhista de 1943 foi considerada retrógrada, não atendendo as reais necessidades da sociedade, da economia e do Estado, revelando-se como um empecilho para o desenvolvimento da economia.

Um dos pontos mais criticados da Reforma Trabalhista foi o art 611-A que passou a trazer expressamente em sua redação que em diversos casos será permitido a prevalência do negociado sobre o legislado. O legislado é composto pelos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O negociado por sua vez se constitui nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), que podem ser firmados pelos sindicatos das categorias dos trabalhadores com uma ou mais empresas (ACT) ou entre os sindicatos das categorias de trabalhadores e os sindicatos das categorias das empresas (CCT). Os ACT e CCT são normas coletivas de trabalho, juridicamente reconhecidas no texto constitucional, mais precisamente no art. 7º, inciso XVI, ao prever o reconhecimento das convenções e acordos coletivos.

Ora a prevalência do negociado sobre o legislado não é novidade na seara trabalhista. Desde o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho tal prevalência está implícita, desde que respeitada a regra fundamental inscrita no caput do mesmo dispositivo, que prevê a garantia de direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os quais poderão constar em leis ou nos referidos instrumentos coletivos de trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, ao interpretar o dispositivo constitucional, em seu art. 7º, considerando os princípios que regem o direito do trabalho, especialmente o princípio da proteção, limitou a extensão daquilo que pode ser negociado coletivamente.

O objetivo da prevalência do negociado sobre o legislado, de acordo com o PL 6787/16 que originou a Lei 13.467, foi o de valorizar o princípio da autonomia privada coletiva, permitindo que trabalhadores e empregadores pudessem negociar as normas responsáveis por reger suas próprias relações de trabalho.

As alterações da CLT sobre a prevalência do negociado sobre o legislado estão expressas no art. 611-A da CLT, apresentado um rol de objetos de negociação coletiva em que o legislador prevê expressamente a possibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado. Já o art. 611-B, traz as matérias em que não são permitidas a negociação. Ambas merecem serem analisadas com cautela, pois há limites explícitos e implícitos impostos à negociação coletiva que necessitam serem observados.

Quanto à forma, o artigo 611-A da CLT arrola uma série de matérias que podem ser objetos de flexibilização, prevalecendo o acordado sobre o disposto em legislação. Abaixo o conteúdo do referido dispositivo legal:

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

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Conforme interpretação do supracitado artigo, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei. Esta previsão é válida para os itens previstos nos quinze incisos, os quais se referem à jornada de trabalho, plano de cargos e salários, trabalho intermitente, remuneração por produção, teletrabalho, prorrogação de jornadas em ambiente insalubres, dentre outros.

Os especialistas apresentam pontos de vista muito díspares sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, conforme previsto no o art. 611-A. Assim, faz-se mister discutir as duas opiniões, mostrando os argumentos mais relevantes suscitados por cada parte, sem a pretensão de trazer verdades absolutas ou esgotar o debate.

Para Cassar e Borges (2017, p. 74), “o objetivo da negociação coletiva é adequar as relações de trabalho à realidade enfrentada pelos interessados, que se modificam a cada dia,

de acordo com a base territorial, a empresa e a época. Busca a harmonia temporária dos interesses antagônicos da classe econômica e da profissional. Assim, é possível a criação de benefícios não previstos em lei, a supressão desse mesmo benefício ou sua modificação. A negociação irá se adequar ao campo que encontrar para pauta de reivindicações, seja para melhorar, seja para retração de direitos. Por isso, o empregador poderá propor à flexibilização de certos direitos previstos em lei e que não violem os direitos constitucionais.”

Ainda na visão de Cassar e Borges (2017, p. 76), "a norma não teve como objetivo ampliar direitos, pois isso sempre foi possível," transformando a "maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal, em direitos disponíveis."

Neste mesmo pensamento, os críticos da Reforma Trabalhista defendem que a expressão “entre outros”, trazida no caput do art. 611-A, revela a intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com a finalidade de redução de direitos legais, ferindo os direitos sociais positivados em lei e colocando em risco os direitos mínimos já conquistados pelos trabalhadores. Neste sentido se fala inclusive da mitigação ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, visto que esta poderia ser negociada para pior nas matérias previstas no art. 611-A.

Para facilitar o entendimento das matérias que o negociado terá prevalência sobre o legislado, faz-se mister analisar em conjunto com o art. 611-B, o qual traz limitações objetivas à negociação coletiva.

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

- I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV – salário mínimo;
- V – valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII – salário-família;
- IX – repouso semanal remunerado;
- X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI – número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 XIX – aposentadoria;
 XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
 XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
 XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
 XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
 XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
 XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
 XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
 XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
 XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
 XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
 XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
 Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Assim, analisando os quinze incisos trazidos no art. 611 -A, em consonância com o art. 611-B, percebemos que os incisos XII e o XIII (do 611-A) merecem uma atenção especial, pois tratam do enquadramento do grau de insalubridade e da jornada de trabalho. A Carta Magna, em seu art. 7º, inciso XXII, garantiu aos trabalhadores urbanos e rurais o direito à redução dos riscos no ambiente de trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, pois somente com essa redução, quando impossível a neutralização, poderia ser assegurado o direito à saúde e à integridade física e psíquica, indispensáveis para uma vida digna.

Assim, estes dois incisos demandam uma análise mais detalhada, pois trata duas situações: enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres. Ademais, vale lembrar que o grau de insalubridade é definida pelo MTE (NR 15 – Atividades e Operações Insalubres, portaria 3.214/78 e alterações). Neste sentido, cumpre ainda salientar que qualquer acordo que prejudique o trabalhador, ferindo normas de higiene e segurança do trabalho previstas em lei, será nulo, conforme redação do art. 611-B em seu inciso XVII.

Por iguais razões, no que tange à realização de horas extras em atividade insalubre, aplica-se o mesmo entendimento do art. 611-B, XVII, que proíbe sua negociação

(insalubridade), por ser normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Assim, a permissão legal trazida pela Reforma Trabalhista se limita às oito horas estabelecidas na constituição, ou seja, a prorrogação da jornada em atividade insalubre apenas poderá ocorrer para quem trabalha menos de oito horas, salvo a expressa autorização do art. 60 da CLT. Vejamos:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

Assim, com todo respeito que se faz necessário às opiniões divergentes, a afirmação de que o legislador quis suprimir os direitos indisponíveis do trabalhador, ao editar o art. 611-A, estabelecendo as matérias que permitem a prevalência do negociado sobre o legislado não encontram amparo legal, demonstrado mais um pensamento ideológico do que um embasamento jurídico.

Ademais, é válido ressaltar o princípio da vedação do retrocesso social ou do desenvolvimento progressivo, trazido no caput do art. 7º da CF/88 e também no art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica (1969), ratificado pelo Brasil em 1992, vejamos:

Art. 26. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Por fim, vale ressaltar que antes da Lei 13.467/2017 já existia a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado. O objetivo sempre foi beneficiar o trabalhador com a norma mais benéfica, por meio de concessão de direitos e vantagens não previstas em lei. Neste sentido, em um ano de reforma trabalhista, ainda não existem dados suficientes que comprovem nenhuma supressão de direitos advindas da negociação coletiva. Mediante uma análise jurídica, acredita-se que ela represente muito mais uma autonomia de vontades do que uma supressão de direitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todo o exposto neste artigo, chegamos a conclusão de que a reforma trabalhista foi necessária e que juridicamente não houve a supressão de direitos do trabalhador. Ao contrário, existiu a nítida preocupação em inibir demandas desnecessárias do judiciário e conferir maior segurança nas relações coletivas, oferecendo contornos mais precisos do que pode e do que não pode ser objeto de acordo e convenção coletiva.

A inclusão do art. 790, §3º da CLT, que faculta ao juiz conceder o benefício da justiça gratuita, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo CPC o juiz também pode negar o pedido, caso haja elementos nos autos que comprovem a falta de verdade na solicitação de gratuidade, e o autor do pedido não consiga produzir provas que comprovem a sua situação financeira. Desta forma, o novo texto da CLT não feriu a norma processual do livre acesso à justiça, ao contrário, trouxe a regulamentação dentro do mesmo entendimento do Código de Processo Civil. Ressaltando-se ainda que nas matérias que a CLT não trazia disposição legal, já era utilizado o CPC.

Ainda dentro das críticas de limitação do acesso à justiça, trazida no art. 791-A da CLT, a fixação dos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento), representa uma novidade na seara trabalhista. Contudo, seu intuito foi de inibir demandas sem razão (o que representa um custo muito elevado para o judiciário), igualando-se ao CPC, determinando a obrigação da parte que deu causa ao processo arcar com os honorários de sucumbência.

Assim, chegamos ao final deste artigo com a certeza de ter respondido, de forma jurídica, a pergunta que norteou nosso objeto de estudo: Reforma Trabalhista: necessidade ou supressão de direitos?

REFERÊNCIAS

BARROS, A. J. da S.. **Fundamentos de metodologia científica**. 3 ed.. São Paulo: Prentice Hall, 2007.

HOMERO, B.. M. **E agora, Tarsila?** Dilemas da Reforma Trabalhista e as contradições do mundo do Trabalho. 1 ed.. RT: Revista dos Tribunais, 2017.

CASSAR, V. B.; BORGES, L. D.. **Comentários à Reforma Trabalhista – Lei 13.467, de 13 de Julho de 2017**. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2011.

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2008.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html. Acesso em: 30 de Outubro de 2018.

_____. **A Criação da CLT.** Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>. Acesso em: 30 de Outubro de 2018.

_____. **A Evolução dos Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras.** Disponível em: <https://lauracsmendes.jusbrasil.com.br/artigos/334130571/o-estado-social-e-a-evolucao-dos-direitos-sociais-nas-constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 30 de Outubro de 2018.

_____. **A Evolução dos Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/emprego-e-previdencia/2018/11/apos-um-ano-da-reforma-trabalhista-justica-registra-queda-no-numero-de-novos-processos>. Acesso em: 20 de Novembro de 2018.

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL NO DIREITO BRASILEIRO

EDSON SACRAMENTO TINY DAS NEVES
SAMILLE BRITO DIAS*

RESUMO

O presente estudo, a partir da utilização do método dedutivo, realiza uma análise doutrinária e jurisprudencial dos aspectos controvertidos do instituto da Usucapião Familiar no ordenamento jurídico pátrio cujo propósito é a proteção de cônjuge ou companheiro abandonado pelo outro, e que esteja na posse exclusiva e ininterrupta do imóvel por apenas 2 (dois) anos, ou seja, a proteção do núcleo familiar que permaneceu residindo no imóvel familiar. A necessidade de estudar cuidadosamente esta modalidade parte do problema apresentado nos requisitos. Finalizada a pesquisa acadêmica, concluiu-se que esta nova espécie, por ser um instituto importante na regularização da propriedade de diversas famílias, necessita ser reformulada pelo legislador, isso, pois, diante de algumas omissões, possibilita entendimentos divergentes sobre o mesmo tema.

Palavras-Chave: Abandono do lar; Moradia; Usucapião Familiar.

ABSTRACT

The present study, using the deductive method, carries out a doctrinal and jurisprudential analysis of the controversial aspects of the Family Allowance Institute in the legal order of the country whose purpose is the protection of a spouse or partner abandoned by the other, and who is in exclusive and uninterrupted possession of the property for only two (2) years, that is, the protection of the family nucleus that remained residing in the family property. The need to carefully study this modality is part of the problem presented in the requirements, because the legislator was unhappy in some of them, as will be explained. At the end of the academic research, it was concluded that this new species, because it is an important institute in the regularization of the property of several families, needs to be reformulated by the legislator, this, because, given some omissions, it allows divergent understandings on the same theme.

Key Words: Abandonment of the home; Familiar Usucapion; Home.

INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa é analisar o instituto da Usucapião Familiar no ordenamento jurídico brasileiro, buscando pautar-se pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial, focando no estudo dos requisitos específicos desta modalidade e apontando equívocos do legislador.

A pesquisa encontra justificativa na relevância do tema tanto no Direito Real quanto no Direito de Família, por envolver questão patrimonial da família, deve ser estudado com cuidado para evitar interpretações equivocadas que possam prejudicar uma das partes

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, professor do curso de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari, FAMEC. nevedson@hotmail.com Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana de Camaçari. E-mail: samille.sbd@hotmail.com

envolvidas.

Tendo em vista que esta modalidade apresenta requisitos específicos, mesclando características de Direito Real com Direito de Família, a leitura literal da norma pode se contrapor a teleologia desejada pelo legislador, razão pela qual foi feita uma análise com base nas decisões judiciais e entendimentos doutrinários, que resultou na apresentação de entendimentos divergentes sobre alguns aspectos, mas que, contudo, irá orientar qual se apresenta mais adequado.

2 A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em seu sentido etimológico a propriedade é um substantivo feminino que deriva do latim *proprietas*, que segundo o dicionário significa o direito pelo qual alguma coisa pertence a alguém³.

A propriedade é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, bem como no art. 1.228 do Código Civil, mediante a qual possibilita ao indivíduo titular as faculdades de usar, gozar, dispor da coisa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Paulo Lôbo (2015, p. 85) conceitua a propriedade da seguinte maneira:

O uso linguístico do termo “propriedade” tanto serve para significar direito de propriedade como a coisa objeto desse direito. Ela significa tanto um poder jurídico do indivíduo sobre a coisa (sentido subjetivo) quanto a coisa apropriada por ele (sentido objetivo). Assim ocorre na linguagem comum e na linguagem utilizada pelo legislador. Às vezes é utilizada como gênero, incluindo todos os modos de pertencimento da coisa, até mesmo a posse autônoma. Porém, a expressão “direito de propriedade” deve ser restrita a quem detenha a titulação formal reconhecida pelo direito para a aquisição da coisa. (apud TARTUCE, 2017, p. 78).

Para Maria Helena Diniz é possível definir a propriedade como sendo o direito de usar gozar ou dispor de bem corpóreo ou incorpóreo, assim como um direito que possibilita a

³ PRIBERAM, Dicionário da língua portuguesa online Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/propriedade>>. Acesso em: 18 de out. de 2018.

reivindicação de quem possui o bem injustamente⁴.

Assim é possível deduzir que o direito de propriedade é o poder que recai ao indivíduo de utilizar o bem da melhor forma que lhe convir, valendo-se das faculdades previstas no art. 1.228, *caput*, do Código Civil, visto que é, formalmente, o titular do bem jurídico.

Contudo, para que seja exercido este poder, deve ser observado o interesse social, pois não se trata de um direito absoluto. Partindo dessa premissa, a limitação deste direito é prevista tanto no texto constitucional, inciso XXIII, do art. 5º da Carta Magna, quanto no próprio Código Civil, em seu parágrafo 1º do art. 1.228, com o escopo de impedir o abuso do direito de propriedade, *in verbis*:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A partir de então, sabido o que é propriedade, faz-se necessário saber o que se entende por função social da propriedade. No entendimento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A locução *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social. (...) Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimentos e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada⁵.

De acordo com Paulo Nader⁶ “o proprietário deve exercer o seu direito de acordo com a utilidade que a coisa oferece, usando-a e gozando-a sem prejudicar as pessoas em geral”. Assim, possível é deduzir que a função social da propriedade é um princípio constitucional que funciona como uma limitação estatal e individual, no qual o exercício do direito de propriedade será sustado caso esteja indo de encontro aos fins sociais.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 4. Direito das Coisas.** 28ª Ed. Saraiva. p. 134. 2017.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. 5. Reais.** 11ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 261. 2015

⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Vol. 4. Direito das Coisas.** 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 144. 2016.

A Constituição Federal ainda cita a função social da propriedade no art. 182, §2º, em relação ao imóvel situado em área urbana, afirmando que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Isto se aplica quando a cidade tem um plano diretor, através do qual o poder executivo municipal irá estabelecer política de ocupação do solo urbano, devendo definir a função social da propriedade, para que os munícipes as observem.

O plano diretor é um instrumento obrigatório apenas para cidades que possuem mais de vinte mil habitantes, e é uma importante criação da Constituição Federal, pois como cada município estipula a sua política de desenvolvimento urbano, possibilita a adequação da necessidade e realidade de cada cidade.

Outrossim, levando em consideração o caráter relativo da propriedade é possível que o Estado desaproprie o imóvel nos casos de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, sendo nestes casos precedida de indenização em dinheiro, conforme inciso XXIV do art. 5º da CF/88. Há ainda a desapropriação confiscatória prevista no art. 243 da Constituição Federal que dispõe que:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (...).

Nestes casos não haverá o pagamento de indenização por parte do Estado, o bem será expropriado, tendo em vista que não estava cumprindo sua função social, para que o próprio Estado dê a finalidade social à propriedade, como no caso de habitação popular.

Desta forma, conclui-se que o Estado garante o direito de propriedade, mas o proprietário, no exercício de suas faculdades, deve agir visando não só seu interesse, mas também da coletividade, para que desta forma, não sofra significativas intervenções estatais em seu direito.

Esta ação do Estado nas relações individuais é um reflexo do Intervencionismo, visto que no Liberalismo o Estado apenas garantia as condições necessárias para o funcionamento do mercado. Essa total abstenção estatal mostrou-se ineficaz, pois se no Estado Liberal protegia-se a propriedade privada, no Estado Social além dessa proteção, o Estado poderá

intervir neste direito para garantir seu gozo em prol do interesse coletivo.

3 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

A notícia histórica positivada que se tem da usucapião é em relação ao povo romano, que previu este instituto na Lei das Doze Tábuas. Assim que surgiu só podia ser invocado por cidadãos romanos, seja para bens móveis ou imóveis⁷. Essa restrição resultava na concentração das riquezas nas mãos dos próprios romanos, pois os estrangeiros não detinham tal direito.

Com o passar do tempo e expansão do Império Romano, a usucapião passou a ser utilizada também por peregrinos como forma de exceção estabelecida pela posse longa sobre a coisa, com prazos de dez e vinte anos⁸. Contudo, esta exceção criada não implicava na perda da propriedade.

Conforme preleciona Venosa (2017, p. 221), a usucapião foi a fusão da *usucapio* e da *longi temporis*. A primeira se tratava de instituto utilizado apenas pelos cidadãos romanos, enquanto o segundo era a utilizada pelos estrangeiros, ambos para adquirir o bem imóvel em terrenos italianos e provinciais, respectivamente. Como esta distinção de terrenos desapareceu, ambos os institutos apareceram unificados no Código Justiniano, sendo denominada de Usucapião, implicando na perda da propriedade.

Em relação ao ordenamento jurídico pátrio, nos dizeres de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves⁹ “no direito brasileiro pré-codificado, a prescrição *longissimi temporis* se consumava em 30 anos, fossem os bens móveis ou imóveis e, em 40 anos, tratando-se de bens públicos e coisas litigiosas, inclusive as furtadas”. Deveras, o lapso temporal exigido à época era grandioso se comparado ao atual, deduzindo que o legislador visava proteger o proprietário.

Atualmente, no Direito brasileiro, o prazo prescricional varia de acordo com a modalidade de usucapião, não existindo um único prazo aplicável à todas. Contudo, o maior prazo previsto hoje é de quinze anos, prazo razoável para que o proprietário possa reivindicar

⁷ MORAIS, Fabíola Vianna. **Usucapião no Direito Romano**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20(13).pdf)> Acesso em: 27 de setembro de 2018.

⁸ RANGEL, Tauã Lima Verdán. **O instituto da usucapião: breves apontamentos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308> Acesso em: 27 de setembro de 2018.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. 5. Reais**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 334. 2015.

de quem o detenha injustamente. Tendo o legislador pensado tanto no proprietário, quanto no possuidor, pois pressupõe-se que se alguém detém um bem por mais de quinze anos sem a oposição do proprietário, este não mais se interessa por ele, devendo assim permanecer com quem o deseja.

4 ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

São passíveis de serem usucapidos tanto os bens móveis quanto os imóveis, contudo o presente artigo se aterá apenas as espécies desta última. O ordenamento jurídico pátrio prevê diversas modalidades de usucapião de bens imóveis, como será analisado..

A primeira é a usucapião ordinária, prevista no art. 1.242 do Código Civil de 2002. Nesta modalidade o imóvel é adquirido mediante posse contínua e incontestada e desde que haja justo título e boa-fé pelo período de dez anos. Ainda prevê o parágrafo único do mencionado artigo a redução deste prazo para cinco anos desde que o usucapiente haja fixado residência no imóvel ou o utilize com a finalidade produtiva.

Ainda, cumpre destacar que, nesta modalidade não é necessário ingressar com a ação de usucapião, pois o usucapiente já é titular do bem, conforme o Enunciado nº 569 da VI Jornada de Direito Civil: “No caso do art. 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro.”.

A segunda modalidade encontra-se no art. 1.238 do CC/02, denominada de usucapião extraordinária. Esta possui como requisitos a posse por quinze anos de forma contínua e pacífica com o ânimo de dono. Partindo da leitura do mencionado dispositivo, é notório que não é necessário o justo título e a boa-fé, em comparação a modalidade anterior. Assim como a modalidade anterior, nesta é possível a redução do prazo de quinze para dez anos, contanto que seja cumprida sua função social, seja como residência ou como forma de lucro. Consoante Gonçalves (2017, p. 255):

A propriedade adquirida por usucapião compreende não só aquela dotada de todos os seus atributos componentes (CC, art. 1.231), como também as parcelas que dela se destacam, isto é, os direitos reais sobre coisa alheia (*iura in re aliena*), como a servidão, a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, a anticrese etc.

Ainda há a usucapião especial que se divide em especial urbana ou pró-moradia, especial rural ou pro labore, tendo ambas adentrado o ordenamento jurídico brasileiro através da atual Constituição Federal.

A primeira está prevista no art. 183, estipulando a usucapião de bem imóvel urbano de até 250 (duzentos e cinquenta) m², utilizado para sua moradia ou de sua família por cinco anos, de forma contínua e pacífica, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, sendo ainda desnecessário o justo título ou boa-fé. O mesmo dispositivo ainda dispõe que aquele que já adquiriu imóvel mediante usucapião não terá direito de fazê-la outra vez.

Mister salientar que, esta espécie ainda se subdivide em mais três: usucapião urbana individual e urbana coletiva, ambas previstas no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

A individual se trata da forma de adquirir área ou edificação urbana de até 250m², por pessoa que tenha sua posse por cinco anos de forma ininterrupta e sem oposição e a utilize para sua moradia ou de sua família, não podendo ser proprietária de outro imóvel, seja ele urbano ou rural, art. 9º da mencionada lei.

Já a coletiva é uma espécie de maior abrangência social, pois atinge áreas urbanas com mais de 250m² ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados individualmente. O lapso temporal é o mesmo da individual, cinco anos devendo ser a posse pacífica e ininterrupta e o possuidor não tenha outro bem imóvel rural ou urbano.

A criação desta modalidade foi um avanço para garantir o direito à propriedade da população carente, visto que como convivem em um loteamento, uma possível ação de usucapião individual não lograria êxito, pois não seria possível individualizar o espaço ocupado. Segundo Censo 2010¹⁰ do IBGE, onze milhões de pessoas vivia em aglomerações irregulares, número que representa 6% da população brasileira.

Assim, o legislador ao criar esta modalidade buscou efetivar um direito constitucional e reduzir o número de aglomerações irregulares, assim como na lição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2015, p. 378) “a urbanização da área e ampliação da prestação de serviços públicos sobre os imóveis”.

A usucapião especial rural foi criada pela Constituição Federal de 1934. Na Constituição atual encontra respaldo no art. 191 da CF/88, dispondo que o bem usucapido é a área rural não superior a cinquenta hectares que houver tornando-se produtiva com o trabalho

¹⁰ BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010. Aglomerados Subnormais**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/92/cd_2010_aglomerados_subnormais.pdf> Acesso em: 17 de nov. de 2018.

do possuidor, bem como tenha sido utilizada como moradia sua e de sua família, pelo prazo de cinco anos ininterruptos de forma pacífica.

Esta usucapião é elogiável, pois regula a situação de várias famílias que não possui residência própria, mas que detém a posse de um imóvel e aproveita a área para viver do cultivo de terra em agricultura familiar, podem invocar esta modalidade para serem o titular do bem. Assim como nas outras espécies, aqui o possuidor não poderá ter outro bem imóvel rural ou urbano.

Outro tipo de usucapião especial é a familiar, também conhecida como pró-família. Esta foi inserida no ordenamento jurídico pátrio a partir da Lei 12.424/11, acrescentando ao Código Civil o art. 1.240-A. Esta espécie traz alguns requisitos especiais, além dos tipicamente previstos, como a necessidade de copropriedade do usucapido e usucapiente, e o abandono do lar conjugal, os quais serão mais bem explanados no capítulo seguinte.

Há que se falar ainda, na usucapião indígena, encontrada na Lei 6.001/73, especificamente nos art. 32 e 33. Segundo os dispositivos supra, é de propriedade do indígena, integrado ou não à sociedade, as terras que foram havidas por quaisquer das formas de aquisição do domínio, o qual está em posse por dez anos consecutivos, desde que seja inferior a cinquenta hectares.

Necessário se faz definir o que se entende por índio o "indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional", conforme art. 3º, inciso I, do Estatuto do Índio.

Ainda, ressalta-se que a tutela dos indígenas é feita pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, órgão da União, a qual incumbe representar os direitos desses indivíduos, inclusive em ação de usucapião, se não tiver o índio a capacidade plena. É sabido que, ao teor do art. 3º do CC/02, a capacidade do indígena deve ser regulada por lei especial, podendo obtê-la depois de preencher os requisitos do art. 9º da referida Lei, a saber: ter no mínimo vinte e um anos de idade, saber a língua portuguesa, ter razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional e habilitação para o exercício de atividade útil à comunidade nacional.

Por fim, passa-se a análise da usucapião extrajudicial. Esta é uma forma de adquirir a propriedade sem a necessidade de recorrer ao judiciário, pois pode ser feito nas serventias extrajudiciais, cabendo às partes submeter seu pedido ao oficial de registro de imóveis, o qual

irá conduzir o processo de acordo com o procedimento estabelecido em lei.

A extrajudicial estabelece um procedimento sem a necessidade de intervenção do poder judiciário, visando à resolução da demanda de maneira mais rápida e a “desafogar” o judiciário.

Este instituto é uma inovação do atual Código de Processo Civil, que inseriu o art. 216-A a Lei de Registros Públicos, lei nº 6.015/73.

5 USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL

Esta modalidade nova adentrou ao ordenamento jurídico pátrio mediante a Lei nº 12.424 de 2011, a qual foi responsável pela alteração da Lei nº 11.977 de 2009 que normatizou o programa do governo federal “Minha Casa, Minha Vida”, bem como pela inclusão do art. 1.240-A ao Código Civil.

A referida usucapião vem recebendo diversos nomes por parte da doutrina, como usucapião pró-família, usucapião familiar, usucapião conjugal, entre outros. Apesar de ter sido criada por uma norma que dispõe sobre o referido programa governamental, cabe salientar que esta espécie de usucapião pode ser invocada em qualquer situação, desde que preenchido os requisitos, não se restringindo aos beneficiários do programa.

A usucapião familiar, apesar de seu nome trazer a ideia de família em sentido amplo, somente pode ser invocada por cônjuges ou companheiros que foram abandonados por seus pares. Muito que se discutiu sobre o que o legislador quis dizer com “abandono”, seria em relação ao imóvel ou ao parceiro? Embora muito se indagou sobre a intenção do legislador, atualmente esta discussão foi encerrada conforme será visto em breve.

Dito isso, a seguir serão analisados os requisitos da usucapião por abandono de lar conjugal, requisitos estes que trouxeram grandes discussões, principalmente acerca de sua interpretação.

5.1 REQUISITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião possui, além dos requisitos tipicamente conhecidos nas outras modalidades, uns específicos, que foram objeto de discussões e que serão analisados em seguida. O art. 1.240-A do Código Civil prevê:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem

oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A partir de uma breve leitura do dispositivo é possível observar que há requisitos atípicos, como a composses e o abandono do lar, além da restrição aos imóveis urbanos e a redução significativa do prazo da prescrição aquisitiva.

O primeiro requisito é o lapso temporal, como os das demais modalidades. Aqui é necessário que a posse seja direta e que se dê com exclusividade pelo prazo ininterrupto de 2 (dois) anos e sem que haja oposição por parte daquele que sofrerá a ação.

A novidade é o prazo de dois anos, pois nas demais modalidades o menor lapso temporal é de cinco anos. Além disso, é questionável a contagem do prazo da prescrição aquisitiva, visto que o Código Civil, em seu art. 197, inciso I, dispõe que durante a constância da sociedade conjugal a prescrição será suspensa. Assim, o prazo só correria a partir do fim da sociedade conjugal, que nos ditames do art. 1.571 do CC/02, se dá nas hipóteses de morte de um dos cônjuges, de nulidade ou anulação do casamento, de separação judicial ou de divórcio.

Tendo em vista que o abandono não é previsto como uma hipótese que põe fim ao casamento ou a união estável, quando daria início ao prazo prescricional aquisitivo? Com o viés de facilitar a interpretação da norma, o Enunciado nº 501 da V Jornada de Direito Civil versa que as expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro” condiz com a separação de fato do casal, independentemente de divórcio.

Desta forma, o prazo começaria a fluir a partir da separação fática do casal, sem a necessidade de separarem-se formalmente. Nesta linha intelectual, a juíza Maria Aglaé Tedesco Vilardo¹¹ pugna pelo seguinte:

(...) rompido o convívio entre cônjuges ou companheiros, mesmo sem haver divórcio ou declaração documental do término da união estável, haveria a possibilidade de contagem do prazo prescricional. A prescrição somente não correria enquanto houvesse o relacionamento conjugal, e após a separação de fato poderia ser iniciada a contagem.

Este entendimento é o que se mostra mais adequado nos dias atuais, visto que grande maioria dos casais não chega de imediato a formalizar o fim da relação. Contudo, no

¹¹ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre ex-casal**. Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 53, abr/mai. 2012.

juízo do recurso de Apelação Cível nº 1.0694.14.003695-5/001 na 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o desembargador relator José Flávio de Almeida negou provimento a pretensão da requerente de usucapir bem imóvel diante da ausência do requisito temporal de dois anos de posse exclusiva do bem. Em sua decisão descreveu que diante da ausência de previsão legal da separação de fato como dissolução da sociedade conjugal, impossível é a fluência do prazo prescricional entre cônjuges:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR - USUCAPIÃO URBANA - PEDIDO ALTERNATIVO - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA USUCAPIR. 1. Aquele que exercer, por 2 anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (CC art. 1.240-A). Por conseguinte, não preenche os requisitos legais para a usucapião familiar o requerente (ex-cônjuge) que não é coproprietário do imóvel que pretende usucapir a integralidade. 2. A usucapião urbana possui requisitos legais distintos da usucapião familiar e não viabiliza a exceção à regra de que não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal (CC art. 197, I). Logo, inexistente transcurso do prazo para a prescrição aquisitiva a partir da separação de fato, porque esta hipótese não é prevista pela lei civil para dissolução da sociedade conjugal (CC art.1.571), permanecendo hígida a regra de não fluência de prazo prescricional entre cônjuges. (TJMG - Apelação Cível 1.0694.14.003695-5/001, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/02/2017, publicação da súmula em 20/02/2017).

O entendimento do ilustríssimo desembargador não se mostra congruente e nem justo. No caso hipotético de um homem que é casado e possui filhos, e enquanto convivia com sua esposa a proibia de trabalhar, vai embora para viver com outra pessoa, deixando sua família desamparada. Neste caso, o abandono causou a cônjuge abandonada problemas financeiros, visto que foi impedida de trabalhar, sendo o esposo responsável pelo sustento do lar. Assim, não seria justo o judiciário negar-lhe o direito de tornar-se única proprietária do bem imóvel que não interessa mais àquele que abandonou o lar, por conta de uma mera informalidade na dissolução da sociedade conjugal, que neste caso se deu sem culpa da esposa.

Ainda, mister salientar que é possível que alguns casais prefiram aderir à união estável em contrapartida ao casamento, justamente por questões práticas, e em muitas vezes essa união não chega a ser formalizada. Partindo dessa premissa, o fim do relacionamento amoroso, em alguns casos pode de igual forma não chegar a ser formalizado. Assim, muitos companheiros, principalmente os de baixa renda que apenas passam a morar juntos, ficariam desamparados diante de um abandono por parte do outro companheiro, por tal razão seria recomendável o reconhecimento da união estável antes da propositura da ação:

Em tempo, no que se refere a união estável não reconhecida judicialmente ou extrajudicialmente, mantendo-se apenas de fato, se revela como necessária a potencialidade do seu reconhecimento judicial ou extrajudicial antes da propositura da ação de usucapião(...)¹².

Por estas situações é que a interpretação mais adequada é no sentido da contagem do prazo a partir da separação de fato. Neste sentido:

EMENTA: DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados de forma igualitária, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum do par. inteligência dos art. 1.658 a 1.660 do CCB. 2. Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil. 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015)¹³.

Outro requisito é o abandono do lar, que foi objeto de discussões a respeito da intenção legislativa, visto que a norma não foi clara sobre qual abandono ensejaria esta forma de aquisição de propriedade, e partindo-se de uma interpretação gramatical da norma entende-se que o abandono é em relação ao objeto, ou seja, a saída do imóvel apenas. Além disso, muito de debateu sobre o possível ressurgimento da já superada culpa pelo fim do casamento.

Helena de Azevedo Orselli defende que o abandono deve ser interpretado no sentido de abandono do imóvel, apenas:

A caracterização da usucapião nada tem a ver com a culpabilidade ou não pelo fim do casamento, com o abandono do lar ter sido voluntário ou necessário; enfim, a usucapião, como instituto de direito real, tem como um de seus requisitos o “abandono do bem a ser usucapido”, e não o abandono do lar conjugal ou da família¹⁴.

Diante da omissão legislativa, coube a doutrina o papel de interpretar o abandono do lar de forma mais prudente, pois a interpretação gramatical não seria a mais adequada porque

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; MARÇAL, Thaís Boia. **Aspectos polêmicos da “usucapião Conjugal”**: Questões afetas ao art. 1.240-A do Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Privado. p. 260. 2013.

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Apelação Cível: 70063635593, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Publicação: DJ 30/03/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177855469/apelacao-civel-ac-70063635593-rs>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

¹⁴ ORSELLI, Helena de Azevedo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. V. 13. 69. pp. 129-138. dez/jan. 2012. p. 135.

em diversas situações o cônjuge sai da residência familiar por conta da convivência ter se tornado insuportável, mas ainda sim continua contribuindo com o sustento do cônjuge e/ou filhos. Assim, a perda da propriedade de alguém que ainda cumpre o princípio familiar da solidariedade, não se mostra a mais justa.

A jurisprudência também entende que o abandono não se trata de um requisito apenas objetivo, mas também subjetivo, ou seja, é a saída voluntária cumulada com a inobservância dos deveres conjugais:

(...) O ato de abandono, quesito dessa nova modalidade, deve ser voluntário e injustificado, ou seja, o cônjuge pretendente deverá demonstrar que a saída do lar se deu injustificadamente. Nesse passo, a saída de um dos cônjuges por motivos alheios à sua vontade não pode ser taxada de abandono de lar. No caso, tenho que não merece prosperar a pretensão da recorrente, de reconhecimento da nova modalidade de usucapião, como fato impeditivo do direito de partilha sobre o citado bem imóvel, já que, não se verifica o preenchimento dos requisitos legais, especificamente o de abandono do lar. Tem-se que o apelado, não abandonou o lar por liberalidade, e sim por não ser mais possível a convivência harmoniosa sob o mesmo teto, como bem observado pelo Magistrado a quo. (fl. 107, e-STJ) (...) (STJ – Resp: 1641514 MT 2016/0313499-9, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Publicação: DJ 10/03/2017)¹⁵.

No mesmo sentido o Enunciado nº 595 na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que dispunha “o requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família”.

Assim, caso haja a saída da residência familiar, mas haja assistência, ou a saída se dê por questões de violência, física ou psíquica, não restaria configurada a usucapião pró-família, pois a saída tem que ser voluntária e injustificada, juntamente com os elementos subjetivos.

O terceiro requisito analisado é a localização do imóvel, que deve ser situado em área urbana, não fazendo menção ao imóvel situado em área rural. No ano de 2010 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE publicou censo¹⁶ populacional indicando que das cento e noventa milhões de pessoas, setecentos e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e quatro de pessoas que vivem no Brasil, vinte e nove milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil e novecentos e oitenta e seis ainda estavam situadas em área rural. Diante disso, não se mostra coerente aplicar este instituto apenas para famílias situadas em áreas urbanas, pois

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial: 1641512 MT 2016/0313499-9, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Publicação: DJ 10/03/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1641512.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

¹⁶ BRASIL. IBGE. **Censo 2010: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas**. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>> Acesso em: 17 de novembro de 2018.

apesar de ser não maioria, o número de famílias que residem na zona rural é significativo, merecendo igual proteção à luz da Constituição Federal de 1988.

O quarto requisito é a copropriedade do bem entre os cônjuges ou companheiros. A necessidade de ambos serem proprietário é, deveras, importante, pois impede a má-fé de um dos cônjuges ou companheiros em se unir ao outro apenas com a intenção de apropriar-se de bem que não contribuiu para sua conquista.

A limitação da metragem do imóvel é outro requisito, que, contudo, se mostrou desnecessário, visto que muitos casais adquirem imóveis com metragem superior a prevista no dispositivo em comento. Diante de um abandono, o cônjuge abandonado ficaria desamparado simplesmente pelo fato da residência ser um pouco superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Por fim, cumpre salientar que o imóvel deve ser utilizado para sua moradia ou de sua família, sendo este outro requisito. Assim, se porventura tiverem um imóvel comercial, este não poderá ser objeto de usucapião. É notório que o legislador quis trazer proteção ao núcleo familiar que está acomodado em um imóvel. Contudo, esta limitação à moradia mostra-se prescindível, visto que o casal pode ter um imóvel comercial comum que seja a fonte principal de renda da família, e em um eventual abandono, o cônjuge que queira dar seguimento como único proprietário fique prejudicado.

Ademais, o usucapiente não pode ser proprietário de outro bem imóvel, seja ele urbano ou rural, bem como não terá o direito de invocar este instituto mais de uma vez, nos moldes do parágrafo primeiro do art. 1.240-A.

5.2 A CELEUMA DO JUÍZO COMPETENTE: CÍVEL OU DE FAMÍLIA?

Por se tratar de um instituto do direito das coisas, mas estar relacionado com o direito de família é comum a dúvida de qual juízo competente à processar e julgar este tipo de ação.

Há julgados tanto no sentido de que a competência é do juízo cível quanto do juízo de família. Como a questão principal é o patrimônio, alguns julgadores entendem ser a competência da Vara Cível:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DIVÓRCIO - RECONVENÇÃO - USUCAPIÃO FAMILIAR - ART. 1240-A DO CC/02 - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO - DIREITO REAL - COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL - DECISÃO MANTIDA. Na usucapião familiar, prevista art. 1240-A do CC/02, a existência de instituição familiar, seja o casamento ou a união

estável, é apenas um dos requisitos necessários para a sua constituição. A questão de fundo nela contida refere-se a constituição de domínio sobre imóvel, constituindo-se, portanto, ação de cunho patrimonial. Tendo em vista que a usucapião familiar não se refere a estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família¹⁷.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios editou informativo de jurisprudência entendendo que apesar da ação está ligada com a questão familiar, esta circunstância por si só não atrai a competência da Vara de Família, se a ação não estiver cumulada com pedido de reconhecimento ou dissolução de união estável, por exemplo, estando relacionada apenas com a questão patrimonial, competência é do juízo cível¹⁸.

Por outro lado há julgados no sentido de que a ação deverá ser proposta no juízo de família, visto que na ação há o debate do abandono conjugal e diz respeito à bem em comum¹⁹. Neste entendimento, corrobora Rolf Madaleno:

É da Vara de Família, onde houver, a competência para processar a ação de usucapião familiar, por tratar de efeito jurídico derivado da relação de casamento ou da união estável que se prorroga em razão da matéria, exigindo justamente o artigo 1.240-A do Código Civil que o imóvel a ser usucapido seja aquele utilizado pelo ex-casal como moradia familiar ou conjugal (...)²⁰.

O entendimento mais acertado é no sentido de que como o instituto tem relação principal com a aquisição da propriedade imobiliária, sendo a relação familiar apenas um dos requisitos para sua configuração, deverá ser o juízo cível o competente para processar e julgar a ação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade é um direito garantido a todos, mas que deverá ser exercido para a

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DOS ESTADO DE MINAS GERAIS – Agravo de Instrumento-Cv 19924132064437001. Relator: Desembargador Afrânio Vilela. Data de Publicação: DJ 21/03/2014. Disponível em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.206443-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>.

Acesso em: 17 de out. de 2018.

¹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Ação de Usucapião Familiar – Conflito de Competência**. Disponível em:

<<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-359/acao-de-usucapiao-familiar-2013-conflito-de-competencia>> Acesso em: 17 de out. de 2018.

¹⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul – Conflito de Competência 70063771927. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Data de Publicação: DJ: 28/04/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183960539/conflito-de-competencia-cc-70063771927-rs>> Acesso em: 17 de out. de 2018.

²⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 1.089. 2018.

promoção do bem estar à coletividade. Assim, na usucapião o priorizou-se o bem estar do núcleo familiar em face do indivíduo que não mais reside no ambiente e, portanto, não confere a destinação social ao bem.

A usucapião especial urbano por abandono do lar conjugal mostrou-se um avanço normativo na proteção daquelas famílias que foram abandonadas, mas que continuam dando destinação social ao bem, mas é necessário que a interpretação de seus requisitos se dê de forma cuidadosa para evitar eventuais injustiças.

O presente estudo mostrou a importância do direito a propriedade e forma utilizada pelo Estado para garantir seu acesso, possibilitando a regularização da moradia de diversas pessoas que convivem em áreas irregulares. Assim como a importância da função social, mecanismo utilizado pelo Estado para coagir o proprietário a utilizar a propriedade de maneira que também atenda ao interesse coletivo.

Por fim, conclui-se que, tendo em vista que o legislador buscou proteger o núcleo familiar abandonado, é necessário que o art. 1.240-A, do Código Civil seja reformulado, contemplando as omissões demonstradas e a ampliando este instituto ao imóvel situado em zona rural, para que assim ponha fim aos entendimentos conflitantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 de out. de 2018.

_____. IBGE. **Censo Demográfico 2010. Aglomerados Subnormais**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/92/cd_2010_aglomerados_subnormais.pdf> Acesso em: 17 de nov. de 2018.

_____. IBGE. **Censo 2010: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas**. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>> Acesso em: 17 de nov. de 2018.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Ação de Usucapião Familiar – Conflito de Competência**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-359/acao-de-usucapiao-familiar-2013-conflito-de-competencia>> Acesso em: 17 de out. de 2018.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 4. Direito das Coisas**. 28ª Ed. Saraiva. p. 134. 2017.

FARIAS, C.C. de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. 5. Reais**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2015. Ibidem., p. 261, Ibidem., p. 334.

GAMA, G. C. N. ; MARÇAL, T. B. **Aspectos polêmicos da “usucapião Conjugal”**: Questões afetas ao art. 1.240-A do Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Privado. p. 260. 2013..

MADALENO, R. **Direito de Família**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 1.089. 2018.

MORAIS, F. V. **Usucapião no Direito Romano**. Revista Brasileira de Direito Comparado. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20\(13\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/27/revista27%20(13).pdf)> Acesso em: 27 de setembro de 2018.

NADER, P. **Curso de Direito Civil. Vol. 4. Direito das Coisas**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 144. 2016.

ORSELLI, H. de A. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. V. 13. 69. pp. 129-138. dez/jan. 2012. p. 135.

PRIBERAM, **Dicionário da língua portuguesa online** Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/propriedade>>. Acesso em: 18 de out. de 2018..

RANGEL, T.L.V. **O instituto da usucapião: breves apontamentos.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308 Acesso em: 27 de set. de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial: 1641512 MT 2016/0313499-9, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Publicação: DJ 10/03/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1641512.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 de out. de 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Apelação Cível: 70063635593, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data de Publicação: DJ 30/03/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177855469/apelacao-civel-ac-70063635593-rs>>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DOS ESTADO DE MINAS GERAIS – Agravo de Instrumento-Cv 19924132064437001. Relator: Desembargador Afrânio Vilela. Data de Publicação: DJ 21/03/2014. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.206443-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 17 de out. de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Conflito de Competência 70063771927. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Data de Publicação: DJ: 28/04/2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183960539/conflito-de-competencia-cc-70063771927-rs>> Acesso em: 17 de out. de 2018.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil. Reais.** 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 221. 2017.
VILARDO, M.A.T. **Usucapião Especial e Abandono de Lar** – Usucapião entre ex-casal. Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 53, abr/mai. 2012.

A MOROSIDADE PROCESSUAL NO JUDICIÁRIO BAIANO: OBSTÁCULOS E SOLUÇÕES

ARMANDO NOGUEIRA FERNANDES
GLEICY KELY SANTOS DE FRANÇA MATOS*

RESUMO

O presente artigo científico busca propor soluções para eliminar os efeitos da morosidade processual no Judiciário Baiano e torna-lo mais ágil, proporcionando uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, sem prejuízo da violação dos direitos e garantias fundamentais. Para realização dessa pesquisa foi realizada uma revisão bibliográfica a respeito do tema, com base na CF, nos atos legais relacionados ao fato e em teóricos do Direito. Todavia, com o aumento populacional, a criação da Emenda Constitucional nº 45/2004, os prazos especiais para os entes públicos e a escassez dos serventuários da justiça tem sido uma das grandes causas da morosidade processual no judiciário baiano. Contudo, um Poder Judiciário forte na formação de um Estado Democrático de Direito é primordial para organização de uma sociedade mais justa e igualitária, impondo a aplicação da lei a partir do processo judicial. Nessa perspectiva, a primordial finalidade é enfatizar tanto o jurisdicionando como o jurisdicionado, que com as ferramentas pacificadoras do nosso judiciário e com o acesso á processos eletrônicos, a consolidação da justiça antes de ser célere devem ser satisfatórios.

Palavras-Chaves: Poder Judiciário. Acesso à Justiça. Ferramentas Pacificadoras. Processo Eletrônico.

ABSTRACT

The present paper seeks to propose solutions to eliminate the effects of delays in Judicial procedure Baiano and make it more responsive, providing a faster and effective judicial review provision, without prejudice to the rights and guarantees fundamental. However, with the increase in population, the creation of the constitutional amendment 45/2004, the time limits for public entities and the shortage of deputies of Justice has been one of the major causes of delays in judicial procedure. However, a strong Judiciary in the formation of a democratic State of law is essential for a fairer and more egalitarian society, enforcing the application of the law from the judicial process. In this perspective, the primary purpose is to emphasize both the jurisdicionando as the jurisdicionado, which with the peacemaking tools of our judiciary and with access to electronic processes, consolidation of Justice before being quickly should be satisfactory.

Key-Words: Judiciary. Access to justice. Peacemaking Tools. Eletronic Process.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca trazer à tona a discussão acerca da presença de um Poder Judiciário forte na formação de um Estado Democrático de Direito essencial para a

* Mestre em Direito e Negócio Internacional e Especialista em Direito Previdenciário e Público, Email: anf.adv@hotmail.com; Acadêmica de Direito da Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC. gleicy_kely3@hotmail.com.

organização de uma sociedade justa e democrática. Tratando de uma garantia constitucional, assegurando a ordem social para a resolução dos conflitos, impondo a aplicação da lei a partir do processo judicial.

Inicialmente, é abordado um breve histórico sobre o judiciário a partir da evolução de seus órgãos jurisdicionais e do progresso do direito ao longo dos anos, trazendo um ordenamento jurídico positivado que remonta a sua evolução histórica. Ressaltando-se os meios de acesso á justiça e sua abrangência como direito fundamental, correlacionando o princípio da dignidade da pessoa humana com a celeridade processual.

A facilitação do acesso á justiça, sobretudo, com a promulgação da nossa Constituição Federal de 1988, fez com que a propositura das demandas judiciais aumentasse excessivamente, trazendo ao cidadão um caminho mais fácil de ser chegar á jurisdição, mas comprometendo o princípio da celeridade processual.

Contudo, com as ferramentas pacificadoras na solução dos litígios processuais, o Balcão de Justiça e Cidadania e com o processo eletrônico, vem desempenhando papel fundamental para desobstruir o judiciário baiano, fazendo com que as demandas processuais fossem solucionadas de maneira bem mais célere, através de novas tecnologias de informações e comunicações que facilitaram o acesso da população.

2 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE O JUDICIÁRIO BAIANO: ÓRGÃOS DE JURISDIÇÃO

A estrutura organizacional brasileira está inserida no artigo 92 da Constituição Federal, que traz enfoque de cada órgão membro do sistema. Vejamos:

Art. 92. “São órgãos do Poder Judiciário:
 I - o Supremo Tribunal Federal;
 I-A - o Conselho Nacional de Justiça;
 II - o Superior Tribunal de Justiça;
 III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI - os Tribunais e Juízes Militares;
 VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do poder judiciário brasileiro, com competência típica de uma suprema corte é um tribunal de última instância, tendo sua competência inserida no artigo 102 da Constituição Federal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública responsável pela fiscalização do poder judiciário, sobretudo, no que diz respeito ao controle e transparência dos atos administrativos e processuais do judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o órgão do Poder Judiciário do Brasil, que tem como função a uniformidade da interpretação de lei federal infraconstitucional em última instância, no qual a sua competência está inserida no art. 105 da Constituição Federal.

Os Tribunais Regionais Federais (TRF's) fazem parte de 2 graus de jurisdição da Justiça Federal, que também são compostos por Juízes Federais, tendo a sua competência elencada no artigo 108 e 109 da CF e a sua estrutura inserida na Lei nº 5.010/66. Aos juízes federais lhe compete julgar as causas em que figurem como autores ou réus as ações que envolvam a União, suas autarquias, fundações públicas e empresas públicas federais, conforme exposto no artigo 109 da CF.

A Justiça do Trabalho lhe é atribuída conciliar e julgar os casos de dissídios coletivos e individuais entre trabalhadores e seus empregados, nos moldes do artigo 114 da CF. A Justiça do Trabalho tem como órgãos, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's) e os Juízes do Trabalho. Aos Juízes do Trabalho atuantes nas Varas do Trabalho, representam a 1º instância na qual se iniciam os processos trabalhistas.

A Justiça Eleitoral tem competência para organizar, processar e julgar as demandas eleitorais decorrentes do exercício da democracia direta, como plebiscito e referendo. Teve sua competência delegada por uma Lei Complementar no qual passou a regular o Código Eleitoral. Seus órgãos são o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunal Regional Eleitoral (TRE), Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais.

A Justiça Militar é o órgão integrante do Poder Judiciário competente para processar e julgar os crimes militares dispostos no artigo 124 da Constituição Federal. São órgãos da Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais Militares e Juízes Militares, conforme disciplina o artigo 122 da Constituição Federal. A Lei nº 8.457/92 dispõe que também são órgãos da justiça Militar, a Auditoria de Correição, os Conselhos de Justiça, os Juízes Auditores e seus substitutos.

Os juízes dos Estados são formados pelos órgãos de 1º grau e pelos órgãos de 2º grau. Tanto os Juízes Estaduais quanto os Juízes Federais são considerados órgãos de

justiça comum. Na primeira instância há os juízes monocráticos são compostos pela participação do povo, de forma colegiada, com exceção do juiz do tribunal do júri.

Os Juízes Federais são considerados órgãos singulares, atuantes nas causas em que a União e seus entes figuram como parte, tendo a sua competência inserida nos moldes do artigo 109 da Constituição Federal. Aos Tribunais Federais é competente julgar as ações de Varas Cíveis, Varas de Execuções Fiscais, Criminais e Juizados Especiais Federais (Cíveis e Criminais).

2.1 EVOLUÇÃO E PROGRESSO DO DIREITO

Em uma rápida busca no progresso do direito, podemos ressaltar que o direito é criado pelo poder, mas, considerando-se somente o ato criador. Dentre as legislações que contribuíram para sua evolução e crescimento, estão à legislação Mosaica, o Código de Hamurabi, o Código de Manu, o Direito da Grécia Antiga, a Lei das XII Tábuas, o Alcorão, a Carta Magna, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre tantas outras que abarcam a estrutura do nosso direito.

Segundo Calamandrei: [...] “as leis se fortalecem por sua duração. Não envelhecem no sentido em que os homens envelhecem, pois, quanto mais velhas forem, tanto mais serão respeitadas”. (2003, p. 36).

O Poder Judiciário aplica as leis que dispomos e mesmo assim, não supre de forma completa aquilo que está previsto na nossa Constituição, já que os atuantes quase sempre vencem. Já o Poder Legislativo, constantemente perde a sua evidente característica de ser um dos três poderes, autônomo, independente, posto que conhecer nossa história não apenas nos enriquece culturalmente, mas, nos ensina a evitar erros cometidos no passado.

Ronaldo Leite Pedrosa afirma o seguinte:

[...] Destaco que o direito não é apenas um conjunto de regras. É muito mais do que isso. As regras, escritas (leis), é um dos instrumentos de aplicação e atuação do direito, que se vale de outros componentes em sua configuração. Temos assim, ao lado das leis, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais, que, somados, compõem o conceito de Direito. E esses elementos, em conjunto, aplicados, buscam atingir o ideal supremo, que é a obtenção da justiça. (Pedrosa, 2006, p.13)

Destarte, o direito e a história caminham juntos, não há como falar sobre o direito sem lembrar-se da sua evolução histórica até aqui, pois o ser humano é um ser essencialmente histórico. Daí a ideia de progresso do direito ligada á ideia de evolução.

3 ACESSO A JUSTIÇA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O acesso à justiça²¹ dentre todos os direitos que o cidadão detém, é essencialmente primordial e deve ser acessível á todos os eles. Antigamente, esse acesso somente poderia ser obtido por aqueles que poderiam arcar com os custos processuais, aqueles que não podiam arcar enfrentavam vários obstáculos e eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.

O acesso á justiça é um direito garantido pela Constituição Federal de 1988, esse direito ultrapassa o acesso aos tribunais e está atrelado a uma tutela jurisdicional efetiva para que seus direitos sejam garantidos. Para o douto Luis Guilherme Marinoni:

[...] acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. (Marinoni, 2010, p.10)

Nesse contexto, cumpre ressaltar sob uma compreensão do acesso á justiça sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, afinal essa relação visa assegurar a efetividade aos direitos e garantias fundamentais.

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana²² está atrelado a valores e princípios que garantem ao cidadão que seus direitos serão resguardados e respeitados pelo Estado. A dignidade da pessoa humana como princípio do Estado Democrático de Direito, estado esse garantidor de direitos humanos e direitos fundamentais do cidadão, busca através de seus governos tomarem medidas para que o bem-estar do povo e os direitos a eles inerentes sejam garantidos, bem como, seus direitos fundamentais não sejam violados.

Partindo desse pressuposto, o constitucionalista Alexandre de Moraes fundamenta que:

[...] dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos

²¹ O conceito de acesso à justiça pode ser apresentado sob diversos aspectos e vem se modificando ao longo do tempo. A doutrina tradicional considera o acesso à justiça como direito de ingressar no sistema jurisdicional e ao processo.

²² A dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente abrangente, desta forma, existe uma grande dificuldade de se formular um conceito jurídico a respeito. Sua definição e delimitação são amplas, haja vista englobar diversas concepções e significados.

fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Com isso, o acesso á justiça juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser uma realidade palpável para todos os cidadãos que buscam o Judiciário como meio de solução daquela lide, especialmente para os menos favorecidos, garantindo não somente o acesso à justiça mais também á tutela jurisdicional.

3.1 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesses 30 anos de vigência da Constituição Federal foram inseridas algumas emendas em seu texto original, e uma delas foi a Emenda Constitucional nº 45/2004. Ao longo dos 14 anos da Emenda Constitucional nº 45, sua criação foi a maior alteração de destaque do Poder Judiciário, foi á partir daí que foram promovidas importantes inovações nos sistemas judiciais, dando mais transparência e eficiências nas decisões, com destaque da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a adoção do instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários.

A repercussão geral nos recursos extraordinários trazidos pela Emenda incluiu a necessidade das questões constitucionais para que fossem analisadas pelo STF, permitindo uniformizar a interpretação constitucional e evitar que a corte decida vários casos idênticos sobre a mesma questão constitucional, fazendo com que ganhassem mais tempo e decidissem mais questões. Já com a criação do CNJ verificou-se que havia a necessidade de fiscalização do Judiciário para dar maior transparência de seus atos, bem como, garantir a razoável duração dos processos judiciais e administrativos.

Com essa reforma do Judiciário, houve mudanças também no que concerne aos direitos humanos, adequando o sistema brasileiro ao sistema internacional de proteção, bem como, a submissão do Brasil á jurisdição do tribunal penal internacional e a constitucionalização dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Contudo, não posso deixar de destacar também a mudança no estatuto do magistrado que foi alvo também da EC nº 45/2004, que passou a dar mais efetividade e transparência á prestação jurisdicional, fazendo com que as distribuições dos processos em todos os graus de jurisdição fossem distribuídos imediatamente e seus atos administrativos ou de mero expedientes fossem realizados por qualquer de seus serventuários.

Nessa esteira de pensamentos, passaremos a abordar também os direitos fundamentais, pois não há dúvidas que o acesso á justiça é um direito fundamental.

Os direitos fundamentais que estão inseridos na Constituição Federal de 1988, tem caráter inviolável e universal na luta travada contra as injustiças ao longo dos anos. Contudo, os direitos fundamentais mudam no tempo, assim como a sua compreensão, devendo conhecer a sua transformação histórica e social.

Norberto Bobbio corrobora do mesmo entendimento:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, são nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, daí dizer-se que estes direitos não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando se passa a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna. (Bobbio, 2004, p.05-06)

Nesta diapasão, pode-se concluir que os direitos fundamentais surgiram para limitar o poder estatal como uma oposição do indivíduo ante a jurisdição, restando evidente a sua importância para os cidadãos e para o Estado democrático de direito, não sendo aplicado somente nas relações entre Estado e cidadão, mais também nas relações entre particulares e cidadãos.

4 AS CAUSAS E O CRESCIMENTO DAS DEMANDAS: SERVIDORES ATIVOS

A demanda de processos na solução de litígios, não são marcas recentes do nosso ordenamento jurídico, e isso tem feito com que fossem buscados meios alternativos para solucioná-los. Contudo, a grande demanda de processos para pouca quantidade de servidores atuantes é uma grande causa para o abarrotamento do nosso Judiciário.

De acordo com o sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia (SIMPOJUD):

O judiciário baiano carece atualmente de concurso público para 10.000 (dez mil) vagas, só entre os anos de 2009/2013 foram quase 3.000 (três mil) aposentadorias, e daí não conseguirmos entender o porquê da não realização de concurso para pelo menos repor aos quadros, esses servidores e o porquê da folha continuar sempre no limite prudencial, já que os servidores aposentados já não mais fazem parte da folha do TJBA. (Simpjud, 2019)

Em uma pesquisa recente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelou uma situação caótica no judiciário Baiano, a taxa de congestionamento do país chegou a 83,9%, esse índice reflete bastante nos processos represados comparando ao total que tramita durante o ano, de acordo com a justiça em números.

O último concurso público para servidores do Tribunal de Justiça da Bahia foi realizado em 2014, e ofertou 200 vagas, sendo 107 vagas para analista judiciário e 93 vagas para técnico judiciário, e de acordo com o Desembargador Gesivaldo Britto não há previsão orçamentária para a realização de um novo concurso para servidores. De acordo com o mesmo, hoje o TJ/BA conta com um déficit de 25.639 servidores e 161 juízes de primeiro grau, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Já o último concurso para juiz foi realizado em 2012 e contou com 99 vagas para o cargo de juiz substituto. Contudo, em 2014 viu-se a necessidade de um novo certame, posto que, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça faltam mais de 100 magistrados em instância inicial, perfazendo um total de 428 juízes em toda a Bahia. Com isso, em 2018 o Tribunal de Justiça da Bahia lançou um novo edital ofertando 50 vagas para o cargo de juiz substituto e 150 vagas para o cadastro de reserva.

Os números falam alto, o Judiciário Baiano conta com um número de 587 magistrados, cerca de 5,3 milhões de processos e apenas 12.566 servidores. É público e notório que esse quadro já se desenha há séculos, faz-se necessário a realização de concurso público para que os servidores não fiquem sobrecarregados com o acúmulo de processos, e nem as partes fiquem insatisfeitas com a prestação jurisdicional. Se nada for feito rapidamente, com o passar dos anos a nossa justiça terá cada vez mais processos tornando-os cada vez mais lentos.

4.1 PRAZOS ESPECIAIS PARA OS ENTES PÚBLICOS

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações acerca das prerrogativas dos entes públicos, merecendo atenção pelos operadores do direito.

Tais prerrogativas têm sido motivos de grandes debates no meio jurídico e até hoje muito se discute sobre o tema, pois algumas pessoas além de ver como privilégio, veem também como violação ao princípio da isonomia, mais na verdadeira eles gozam de uma verdadeira prerrogativa, pois o ente público conta com algumas burocracias que acabam por dificultarem que as suas manifestações não se deem na mesma velocidade que no âmbito privado.

Nessa esteira, o CPC/2015 disciplina a seguinte regra em seu artigo 183:

Art. 183. “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal;

§1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico”.

Nessa questão, não há o que se falar em violação ao princípio da isonomia ou privilégio, em razão da diferenciação entre as pessoas com as prerrogativas dos entes públicos, pois não é possível se aplicar as regras da Fazenda Pública á particulares. Com isso, podemos refletir que se a lei não conferisse o prazo em dobro aos entes públicos seria impossível reunir todos os elementos jurídicos necessários para dar andamento aos processos.

Nessa diapasão, cumpre ressaltar que as prerrogativas conferidas aos entes públicos causa a lentidão processual, sendo certo que essa prerrogativa vem contribuindo para uma das causas da morosidade processual, que conjuntamente com outros fatores fazem com que o judiciário fique abarrotado.

5 INSTRUMENTOS VIABILIZADORES DA REDUÇÃO DA MOROSIDADE PROCESSUAL: FERRAMENTAS PACIFICADORAS NA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS

Os meios alternativos na solução dos conflitos são mecanismos que buscam facilitar o acesso dos cidadãos por meios de ferramentas que tornem os processos mais ágeis e menos burocráticos.

É preciso enfatizar tanto o jurisdicionando como o jurisdicionado que com as ferramentas pacificadoras do nosso judiciário e com o acesso á processos eletrônicos, a consolidação da justiça antes de ser célere, devem ser satisfatórios. São imprescindíveis reformas judiciais para tornar os processos menos burocráticos e mais céleres, sendo que o acesso é apenas a porta de entrada para satisfazer a necessidade da coletividade.

Os métodos alternativos na resolução dos conflitos dão destaque para a conciliação e a mediação, que tem tornado os litígios mais rápidos de serem solucionados sem precisar da interferência do Estado. Já a arbitragem ela tem sido cada vez mais procurado por quem quer resolver os litígios de maneira mais rápida, sigilosa, e flexível do que a justiça comum. Contudo, a arbitragem é procurada pelas pessoas que tem condições de arcar com os custos de ter um especialista na matéria discutida que vai decidir de acordo com a lei ou com a equidade.

Luiz Antunes Caetano também corrobora este entendimento lecionando que:

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito. (CAETANO, 2002, p. 104)

Para melhor entendê-los vamos conceituar a conciliação, mediação e a arbitragem. A conciliação é a modalidade pelo qual um terceiro, o conciliador busca amigavelmente restabelecer o diálogo entre as partes para se chegar á solução da controvérsia. A mediação é a auto composição entre as partes por meio de um terceiro, imparcial e neutro, o mediador que vai assistir as partes sem o poder de decisão, deixando as partes conduzir a comunicação para que se chegue a uma solução.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promove todos os anos uma semana dedicada a promover a conciliação, esta iniciativa teve início em agosto de 2006, contudo, a primeira semana de conciliação somente se iniciou em 2007. Logo em seu primeiro ano, o estado da Bahia foi o estado com maior índice de realização de audiências, as audiências realizadas entre os dias primeiro a cinco de dezembro, foram marcadas 2.145 audiências alcançando a marca de 51,8% das audiências realizadas.

Ano	Audiências Realizadas	Acordos	R\$ homologados
2017	321.103	126.971	R\$ 1.580.828.714,23
2016	274.183	130.022	R\$ 1.272.993.341,86
2015	354.056	214.036	R\$ 1.645.705.859,33
2014	283.719	150.499	R\$ 1.246.188.755,79
2013	350.411	180.795	R\$ 1.042.953.598,73
2012	351.898	175.173	R\$ 749.736.408,06
2011	349.613	168.841	R\$ 1.072.098.403,72
2010	361.945	171.637	R\$ 1.074.184.782,44
2009	260.416	122.943	R\$ 1.059.160.928,96
2008	305.591	130.848	R\$ 974.141.660,00
2007	227.564	96.492	R\$ 375.000.000,00
2006	83.987	46.493	Não informado
Total	3.524.486	1.714.750	R\$ 12.092.992.453,12

É público e notório que com a semana nacional de conciliação está reduzindo o de números de processos parados na justiça, conseqüentemente reduzindo o tempo na resolução de uma lide.

Destarte, muito tem se cobrado dos conciliadores e mediadores orientar as partes para que pudessem resolver aquela imparcialidade, mais isso não é a função deles e sim fazer uma conexão entre as partes ou restabelecê-las conduzindo a uma negociação que seja favorável e satisfatória para ambas, sem interferir na decisão.

Os Centros Judiciários de soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), ainda pouco conhecidos, de modo que tal procedimento ainda é pouco operado. São tratadas reclamações pré-processuais e processos judiciais, cabendo á mediação e a conciliação, visando uma solução de conflito mais célere e menos desgastante para ambas as partes.

Portanto, temos um longo caminho pela frente, em regra os processos levam anos para atingirem uma conclusão por parte do judiciário, os processos de mediação ou arbitragem apresentam-se como um meio mais célere e menos penoso para os que almejam chegar a uma resolução.

5.1 BALCÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA

Neste tópico vamos abordar sobre a necessidade de ampliar caminhos alternativos nas soluções dos conflitos para os cidadãos mais carentes.

É cediço que é dever do Estado prestar um serviço gratuito para aqueles que não podem arcar com os custos de ter um advogado particular. Com isso, o Estado fornece algumas alternativas para que as pessoas mais carentes consiga também ter acesso a justiça assim como todos. A partir disso foi criado pelo Tribunal de Justiça da Bahia em 2003, o Balcão de Justiça e Cidadania que tem por finalidade a prestação de um serviço gratuito para toda a população hipossuficiente, tendo como mais procura os processos na área de família, versando sobre divórcio, pensão alimentícia, dissolução de união estável e outros.

Hoje, contamos com 48 unidades dos Balcões de Justiça e Cidadania em funcionamento, dos quais 25 estão em Salvador. É importante e necessário destacar, que o balcão trouxe resultados tão positivos na quantidade de acordos celebrados, que á partir do ano de 2010 foram registrados mais de 15 mil acordos em todo o Estado da Bahia. De acordo com “justiça em números” do CNJ, entre os anos de 2007 a 2012 chegou-se a soma de 341.947 acordos na área de família e 72.533 de acordos na área cível.

Se imaginássemos que essa quantidade de processos solucionados no balcão de justiça fosse ingressada no Poder Judiciário, certamente, nem a metade deles conseguiriam ser resolvidos devidos a grande demanda que o judiciário vem recebendo todos os dias. Dessa

maneira, pode-se dizer que o Balcão de Justiça e Cidadania é sem sombra de dúvidas, um dos maiores meios alternativos para reduzir a morosidade processual.

Destarte, mesmo diante da crise em que vive hoje o Poder Judiciário, existem saídas para que se possa alcançar a idealizada justiça. Contudo, apesar dos balcões resolverem apenas litígios nos campos de família, cível e consumidor, a população também carece de que sejam abarcados os processos em todas as áreas do nosso direito, de modo que todas as pessoas que procurem o balcão de justiça saiam satisfeitas.

É importante frisar, que não basta apenas promover esse projeto a comunidade, é necessário que sejam realizadas oficinas, palestras, instrumentos capazes de levar á toda população a existência desse projeto que tem contribuído tanto com a máquina estatal, e também conscientizar a população que nem sempre a via judicial é a mais eficiente na resolução dos litígios, mas que existe outros meios capazes, mais céleres e menos burocrático de se resolver aquela lide.

5.3 O PROCESSO ELETRÔNICO

Quem trabalha com processos judiciais sabem o quanto eles são lentos, e esse atraso acaba por dificultar o andamento processual e conseqüentemente causa a morosidade no Judiciário.

Foi pensando em dar mais celeridade às demandas judiciais que o Tribunal de Justiça da Bahia criou sistemas de operacionalização para facilitar o acesso das demandas judiciais as partes, advogados, servidores e juízes.

Em 2008 iniciou-se a implantação do Processo Judicial Digital (PROJUDI), que é um programa de software pelo qual substituiu os registros realizados no papel por armazenamento, e passou a reproduzir todos os atos processuais de forma digital, informatizando as diversas rotinas cartorárias.

Pouco tempo depois, em 2011 foi iniciada a implantação do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), que incorporou facilidades de automatização das rotinas jurisdicionais dando mais celeridade e transparência na tramitação dos processos e reduzindo o tempo de espera para atendimento. Atualmente o SAJ contempla também o acompanhamento de processos físicos de primeiro e segundo grau.

Por fim, o Processo Judicial Eletrônico (PJe) foi implantado em 2014 e trouxe mais acessibilidade aos serventuários da justiça, aos jurisdicionados e principalmente aos

advogados que puderam ter acesso ao sistema 24 horas por dia, contando com maior celeridade nos andamentos processuais e também nas fases recursais. Contudo, o Tribunal de Justiça da Bahia publicou um decreto em 19 de Fevereiro de 2019 e decidiu que todas as comarcas da Bahia tramitarão exclusivamente pelo sistema do PJe, havendo a migração dos outros sistemas que já começaram a ser feitas em algumas comarcas do interior e também na capital.

Com a implantação desses sistemas, o cidadão através de uma senha pode buscar informações sobre o andamento de seu processo e o advogado pode praticar seus atos processuais sem se deslocar para a sede do juízo.

É importante salientar, que com esses novos sistemas judiciais os servidores e magistrados também foram beneficiados, pois com a conversão do PJe as estantes que estavam abarrotadas de processos físicos foram esvaziando e conseqüentemente, reduzindo o tempo gasto na análise de um processo físico e também reduzindo o gasto com os cofres públicos nas cotações de matérias utilizados nos cartórios.

A criação desses sistemas provocou mudanças na prestação da tutela jurisdicional, posto que, evitou-se o encaminhamento de um número excessivo de petições que eram protocoladas diariamente. É notório que com essas implantações o Poder Judiciário tornou-se mais ágil e acessível através da utilização de novas tecnologias de informações e comunicações, o que facilitou o acesso em qualquer lugar e a qualquer hora.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso a justiça previsto na Constituição Federal de 1988 garante a prestação da tutela jurisdicional adequada aos cidadãos, garantindo a todos o direito de pleiteá-los para a solução dos conflitos existentes. Com a criação da Emenda Constitucional nº 45/2004, melhorou o acesso dos cidadãos por meio de seus direitos e garantias fundamentais que passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico.

Nesse escopo, para o Estado prover a prestação jurisdicional em tempo razoável, foi lançados meios alternativos para solucionar as causas da lentidão das demandas processuais. Contudo, a demanda de processos na solução de litígios, não são marcas recentes do nosso ordenamento jurídico, e isso tem feito com que fossem buscados meios alternativos para solucioná-los. Desta forma, as ferramentas pacificadoras de solução de conflitos, vêm desempenhando papel fundamental para desobstruir o poder judiciário, utilizando-se da arbitragem, conciliação e mediação.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.419/2006, Lei do Processo Eletrônico Judicial, esperava-se que o tempo razoável do processo fosse diminuindo consideravelmente, pois as partes conseguiam ter acesso aos autos á qualquer dia e em qualquer lugar, já que a produção dos atos no processo eletrônico se dá de forma imediata.

A criação desses sistemas provocou mudanças na prestação da tutela jurisdicional, posto que, evitou-se o encaminhamento de um número excessivo de petições que eram protocoladas diariamente, tornou-se mais ágil e acessível através da utilização de novas tecnologias de informações e comunicações, o que facilitou o acesso da população.

Neste cenário atual, se faz necessário uma reflexão sobre a justiça baiana que carece de maior efetividade, devendo o Estado propor soluções para dirimir os efeitos da morosidade no Poder Judiciário, tornando mais célere e efetiva a prestação jurisdicional, sem prejuízo do amplo e seguro acesso a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, A. G. M. F. **Processo e Constituição**, São Paulo: Editora Empório do Direito, 2016.

BATISTA, K. R **Acesso à Justiça**, instrumentos viabilizadores, 1 ed., São Paulo:Letras Jurídicas, 2010.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAETANO, L.A.. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Atlas, 2002.

CALAMANDREI, P., **A Crise da Justiça**, 1 ed., Belo Horizonte: Editora Cultura Jurídica Ltda, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 20 de Mai. de 2019.

CUNHA, L.C.. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12ª Ed. São Paulo: Dialética, 2014.

EVOLUÇÃO do direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.progresso.com.br/opinia0/a-evolucao-do-direito-brasileiro/3293/>>. Acesso em 09 de Maio de 2019.

MARINONI, L.G.. **O Projeto do CPC - Críticas e Propostas**. 1º Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEDROSA, R. L., **Direito em História**, 5 ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

ROCHA, J. de A.. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2003.

SINPOJUD. **Judicário Baiano**. Disponível em: <[http://www.sinpojud.org.br/UserFiles/File/CAOS%20NO%20JUDICIARIO%20BAIANO\(1\).pdf](http://www.sinpojud.org.br/UserFiles/File/CAOS%20NO%20JUDICIARIO%20BAIANO(1).pdf)> Acesso em 21 de Maio de 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. **Processo Eletrônico**. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/pjeinformacoes/index.php/sobre-pje/processo-eletronico-na-bahia>> Acesso em 30 de Mai. de 2019.

VECTRA Consultoria e Serviços. 2019. Disponível em: <<https://blog.vctracs.com.br/principio-da-celeridade-processual-o-que-e-e-como-se-relaciona-com-a-tecnologia-2/>>. Acesso em 15 de Mai. de 2019.

AS CONSEQUÊNCIAS ELEITORAIS DO (DES)EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

MYLENA ARAÚJO DA SILVA*

Resumo

Este trabalho visa analisar os impactos sociais que a atuação dos poderes causa no Estado Democrático de Direito, com enfoque nas consequências eleitorais. Para tanto, será explanado historicamente o surgimento da teoria da Separação dos Poderes, a sua necessidade na conjuntura contemporânea dos Estados e como esta foi adotada pela Constituição Brasileira de 1988. Posteriormente, serão expostos os modos que o povo reage à atuação e interferências dos Poderes, principalmente do Legislativo no Executivo e de que forma traz impactos no processo eleitoral. Essa avaliação permitirá compreender o que levou a política brasileira a um cenário caótico e de difícil solução, com uma crise de representatividade e legitimidade, tal como se encontra atualmente.

Palavras-chave: Tripartição dos Poderes. Crise de Representatividade. Eleições.

Abstract

This paper aims to analyze the social impacts that the actions of the Powers cause in the State Democratic Right, focusing on the electoral consequences. In order to do so, it will be explained historically the emergence of the theory of Separation of Powers, their necessity in the contemporary conjuncture of the States and how it was adopted by the Brazilian Constitution of 1988. Later, will be exposed the ways that the people reacts to the action and interference of the Powers, especially of the Legislative in the Executive and how it impacts the electoral process. This evaluation will allow us to understand what has led Brazilian politics to a chaotic and difficult solution, with a crisis of representativeness and legitimacy, as it is today.

Keywords: Tripartition of Powers Crisis of Representativeness. Elections.

INTRODUÇÃO

Com a abertura política e a redemocratização do país, consubstanciada na Constituição Federal de 1988, criou-se grande expectativa sobre os novos contornos que a cidadania

* Estudante do curso de Direito da Faculdade Estácio de Castanhal - FCAT, integrante do grupo de pesquisa de Direito Constitucional da mesma instituição.

ganharia e que a vontade da população se faria representar na vontade do Estado, diferentemente da realidade do período autoritário anterior à promulgação da Carta.

Perante estas circunstâncias, a Carta Maior expressa no parágrafo único do seu 1º artigo que todo o poder reside no povo brasileiro e dele advém e, mais em frente, eleva a cidadania ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito. Para complementar e garantir que esse ‘poder’ seja devidamente exercido, o art. 14 estabelece os meios que este pode se manifestar no cenário político brasileiro.

Entre estes meios, está assegurado o sufrágio universal, direito dos cidadãos de participar ativamente no processo eleitoral para eleger os representantes da população, sejam os chefes do Executivo ou os membros que compõem o Legislativo. É a partir desse aspecto que será analisado o processo de eleição e as consequências que surgem caso ocorra uma má ou ótima administração da confiança que foi depositada pelos eleitores nos políticos eleitos.

Para completar uma abordagem compreensiva do assunto, com a finalidade de esclarecer pontos principais da questão e chegar à raiz dos problemas contemporâneos frente às novas características da democracia, serão apresentadas reflexões sobre o modelo idealizado por Montesquieu quanto a representação dos cidadãos nos três Poderes e sua aplicação no Brasil.

Diante desse panorama, será observado o modo que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário atuam no atual cenário político brasileiro e as implicações sociais que isso resulta, se tratando, principalmente, dos efeitos nas eleições.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação de poderes foi defendida por vários autores desde a antiguidade, mas a sua gênese remonta à obra “A Política”, de Aristóteles, que reconhecia a necessidade de eleger representantes políticos e responsabilizá-los pelos resultados das suas ações, visando estabelecer um governo pelo bem maior do povo (2007, p. 221 e 222). Locke também estabeleceu a viabilização da distribuição das funções estatais para um bom governo:

Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os mesmos que têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-las, isentando-se de obediência às leis que fazem e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tratando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo (2006, p. 106).

No entanto, é necessário registrar que a concepção da separação de poderes teve sua específica sistematização com o barão francês Charles de Secondat no contexto da luta contra o absolutismo monárquico. No século XVIII, a sociedade buscava uma forma de se insurgir contra os governos absolutos, e com o advento do Iluminismo que tinha por pilar de seu movimento a busca pela liberdade (*lato sensu*), surgiu um cenário adequado para a difusão de planos político-sociais que buscassem limitar os poderes da Monarquia.

Diante disto, o filósofo Charles de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, lança escritos fazendo análises sobre essa problemática e propondo meios que alcançassem o objetivo dos iluministas. Em sua obra clássica *De l'esprit des lois*, sobretudo no livro XI, Montesquieu propaga uma descrição minuciosa de como deve ser a separação dos Poderes estatais e o objetivo disto. Seguindo essa linha, no decorrer do capítulo VI ele disserta como se daria essa divisão das funções e exige que um poder controle a esfera do outro com a finalidade de evitar a supremacia de um sobre os demais e assim gerar um equilíbrio na administração da nação. Mas, seu objetivo primordial consistia em restringir o poder dos governantes e garantir as liberdades individuais, ideal clássico do Iluminismo, e que, hoje, é considerado um mandamento básico e elemento estrutural ao Estado Democrático e de Direito:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos (2010, p.169).

Baseado na máxima “todo homem que tem poder é levado a abusar dele” (p. 168), Montesquieu propõe uma saída para esta dificuldade enfrentada dentro do cenário político de

um Estado através da separação e do controle mútuo dos poderes que resultaria uma ordem política com liberdade e concórdia:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos (2010, 168 e 169).

Essas suas ideias tiveram êxito, pois o princípio da separação de poderes se tornou uma poderosa arma contra os soberanos absolutistas, principal objetivo do modelo liberal. A consequência desta aceitação foi a adoção deste princípio pela Revolução Francesa e a inscrição dele em algumas constituições europeias e na América do Norte e a sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no art. 16, o qual diz que “toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui constituição”. E, contemporaneamente, tal disposição delineando a circunscrição de cada esfera estatal se encontra positivada em quase todas as constituições, se tornando um pilar dos regimes constitucionais e políticos.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a fórmula de Montesquieu ainda se configura como a solução insuperável para o retrocesso ao absolutismo ou ao surgimento de um país não-democrático. Esse modelo tripartite é, atualmente, aplicado com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), mediante o controle mútuo entre os Poderes.

No constitucionalismo atual, houve uma evolução da ideia de Separação de Poderes que fez, também, sua flexibilização frente à teoria de independência das funções do Estado como forma de atender melhor as peculiaridades da nova formulação social, no sentido de conferir maior eficácia governamental e garantir o controle dos Poderes estatais constituídos. Estes atuam além das suas funções típicas, em outras atípicas, com o objetivo de evitar a supremacia de um Poder sobre o outro fazendo o Estado funcionar.

3 A ORGANIZAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Na Carta Imperial Brasileira de 1824, existiu a peculiar repartição dos poderes em quatro – sendo estes o Poder Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judicial (art.10). Entretanto, as seguintes constituições, exceto a de 1937, assim como a constituição vigente atualmente no Brasil, aderiram ao princípio idealizado por Montesquieu. A CF/88 estabelece em seu artigo 2º que (*in verbis*) **são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.** (grifo nosso) Além disso, o legislador constituinte conferiu extrema proteção à separação dos poderes ao erigi-la à categoria de cláusula pétrea, impedindo uma futura ruptura da ordem constitucional por uma maioria parlamentar (art.60, 4º, III).

Para José Afonso da Silva “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e facilidades a que mutuamente todos têm direito” e

a independência dos Poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. (2005, p.110)

Como dito anteriormente, o modelo tripartite no constitucionalismo contemporâneo assumiu novas configurações, com distribuições de funções atípicas a cada função estatal. Segundo Anna Cândido, a proposta de separação de Montesquieu desembocou numa fase de interferências, de certa forma acentuada mas limitadas, entre os poderes (1994, p. 18).

A CF/88 inovou no quesito Separação dos Poderes, pois determina uma série de intromissões entre eles, como praticar funções típicas do outro Poder – exemplo, o Judiciário retirando do ordenamento jurídico lei imposta pelo Legislativo, sob o fundamento de inconstitucionalidade. Assim, opondo-se a essa visão tradicional de que o Legislativo legisla, o Executivo executa e o Judiciário julga, as constituições atuais apresentam formas novas de interferências entre os Poderes, trazendo maleabilidade ao ideal de Montesquieu.

Sobre esse aspecto, José Afonso assinala

que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade que é indispensável para evitar o arbítrio e de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (2005, p. 110)

E Ribeiro explica

Não significa exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, predominância no seu desempenho. De fato, embora, com base na tríplice divisão funcionam, as funções legislativas, executivas e judiciais sejam exercidas, predominantemente e respectivamente, pelo Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (funções típicas ou principais), os mencionados Poderes também desempenham, de modo subsidiário, as funções típicas dos outros Poderes (no caso funções atípicas ou subsidiárias), com vistas a garantir a sua própria autonomia e independência (2016).

Ao observar que a finalidade do controle dos Poderes por eles mesmos é a maior eficácia governamental, a separação absoluta de funções é inaceitável e impraticável, sendo necessário haver mecanismos de frear uma possível supremacia de um Poder sobre os demais. De acordo com Fernanda Tose (2018) é necessário que os poderes não tem o poder autônomo de se auto julgar ou administrar, pois é necessário que haja controle que garanta direitos fundamentais a todos. De outro modo, a separação de funções não pode proporcionar uma invasão tamanha, a ponto de inviabilizar o funcionamento de um Poder. Deve haver proporcionalidade e razoabilidade quando se fala em flexibilizar a Separação de Poderes.

O Poder Executivo exerce, até certo limite, a função de legislar. Participa do processo de elaboração de leis, seja com a prerrogativa da iniciativa presidencial, seja sancionando, promulgando e publicando as leis, por meio das medidas provisórias, da delegação legislativa e de regulamentos, é que o Executivo pratica a função de legislar. Pode ainda intrometer-se negativamente com a sua prerrogativa de vetar projetos de lei aprovados pelo Legislativo:

Na verdade, não existe nem divisão, nem separação, mas partilha de Poderes, ou melhor, interpenetração de funções. O Estado administra pelos três Poderes, embora, por Excelência, a função de administrar caiba à administração, ao Poder Executivo. Assim, também, o Estado julga pelos três Poderes, não obstante, por excelência, a função jurisdicional seja afeta ao Poder Judiciário. Por fim, o Estado legisla pelos três Poderes, mas a função de legislar compete, específica e primordialmente, ao Poder Legislativo (CRETELLA JÚNIOR, 2002. p.343)

Além das interferências no Legislativo, o Executivo também tem sua parcela de intervenção no Judiciário: ele possui a prerrogativa de nomear os magistrados dos tribunais superiores, interferindo diretamente na composição do quadro dos órgãos judiciários. Nos termos do Art. 66, §1º da Constituição, o Executivo pode vetar projeto de lei nas hipóteses de inconstitucionalidade ou contrário ao interesse público. O veto fundamentado nesta última previsão (contrário ao interesse público) não é objeto de discussão, pelo menos no momento, pois se trata de uma decisão meramente política. O que interessa é a primeira fundamentação (inconstitucionalidade), pois o Presidente da República, ao reconhecer que uma norma está em desconformidade com o Texto Maior, nada mais faz do que julgar a lei.

Esses aspectos demonstram que não há absoluta separação das funções estatais em nosso ordenamento jurídico. Neste cenário, as interferências dos Poderes na esfera do outro podem ser sentidas não só pelos juristas, mas pelo povo quando este assiste o processo de um *impeachment* e quando ocorre julgamentos sobre matérias polêmicas não abarcadas em lei.

4 EFEITOS SOCIAIS DA INTERFERÊNCIA DOS PODERES

Até o século XVIII, a visão comum era a de que um governo democrático ou republicano significasse governo do povo e que para governar, o povo teria de se reunir em um único local e votar sobre decretos, leis ou políticas. Democracia teria de ser uma democracia de assembleias populares: "democracia representativa" seria uma contradição. Contudo, mudanças sociais e institucionais contribuíram para uma adaptação do governo aos moldes coletivos. Uma das causas para essa mutação da democracia direta para a disseminação da indireta foi a grande extensão dos territórios e o grande número do eleitorado.

Kelsen concebe que "a democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo" (1993, p.35) Assim, prevalece, neste modelo, a vontade popular, que exerce a soberania através da Constituição, que irá legitimar o exercício dos governos, garantindo direitos, bem como impedindo que os governantes pratiquem condutas autoritárias em face daqueles que detêm o poder soberano.

Neste sentido, existe uma identidade entre governantes e governados, sendo o governo do povo para o povo, tendo em vista que o eleito para exercer o cargo de governança, será retirado do meio social, de seus pares, para administrar os bens jurídicos que são de todos, devendo obedecer aos ditames constitucionais legitimando o exercício de seu governo.

O poder – a soberania NOMINALMENTE popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignorante e pobre (...). E o povo, palavra e não realidade dos contestatários que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política (...). A lei retórica e elegante não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou. (FAORO, 2001, p. 837)

As observações que Faoro faz neste livro não foram feitas a partir da análise da situação brasileira contemporânea, entretanto elas se coadunam com o atual quadro social do país. Esse trecho demonstra um fenômeno crescente e mundial que é a apatia política, uma consequência da descrença nos representantes, do descrédito nos partidos, da fraqueza das instituições e da fragmentação da democracia representativa. Contudo, para que esse panorama surgisse, dois momentos foram cruciais para que a democracia representativa tenha entrado em crise: o surgimento dos partidos de massa e o crescente "abismo" entre governantes e governados.

O cenário atual deixa perceptível que o sistema partidário e eleitoral brasileiro estagnou. Tanto o descaso do eleitorado com a atuação dos seus representantes, quanto a distorção existente entre os interesses do eleitor e os dos seus representantes, contribuem para o crescimento do fenômeno chamado pelos cientistas políticos de crise de representatividade.

Ela encontra-se implantada em todos os âmbitos dos três poderes: o descrédito com a atuação legislativa surge quando os parlamentares aprovam determinada lei com o objetivo de atender às expectativas dos cidadãos acerca de algum problema social que demanda uma regulamentação, entretanto, a ausência de recurso para torná-la eficaz transmite ao eleitorado apenas uma aparência de reação do Estado frente às demandas sociais. Com isto, o problema além de não ser resolvido, criam-se novas barreiras para sua solução (NEVES, 2011, p. 36-39).

Observando esta situação, Marlon Silvestre aponta que a existência de leis imprecisas, temporárias, meramente regulamentares, de prognóstico inseguro e o uso de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador causam grande discussão sobre a indeterminação do

Direito e da atuação dos parlamentares (2016, p. 374). Perante isto, vê-se que a atuação legislativa meramente simbólica é um fato que agrava a crise de representatividade.

Outra condicionante são os noticiados casos de corrupção dos parlamentares. A partir das implementações das Comissões Parlamentares de Inquérito, se tornou divulgado que inúmeros parlamentares estavam envolvidos com práticas ilícitas, e, os dois *impeachments* ocorridos no Brasil evidenciaram que os Chefes do Executivo possuíam condutas ímprobas.

A desvinculação entre as práticas dos representantes e os interesses dos representados constitui uma das causas do desencanto popular com a política, que produzem um círculo vicioso, passando a ser o voto mera obrigação, sem nenhuma análise crítica quanto às escolhas. O sociólogo francês Pierre Rosanvallon, em sua obra "*El Buen Gobierno*", promove uma ampla reflexão sobre a democracia e sobre a prática democrática. Para ele, o coração do empobrecimento democrático é o relacionamento falho entre governantes e governados. Em sua perspectiva, as autoridades são eleitas democraticamente, mas não governam assim, isto porque os governantes não têm interesse em ouvir os cidadãos, os parlamentos não estão atentos às demandas e problemas da sociedade e nem se sujeitam às regras de transparência.

Analisando a questão, Carlos Alberto de Tomaz traz à tona duas realidades distintas que têm, porém, origem no mesmo descrédito do povo pelas práticas políticas: A eleição do Deputado Federal Tiririca, com assombrosos mais de um milhão e trezentos mil votos; bem como, da mesma forma, a assustadora porcentagem de abstenção (53,4%) nas eleições presidenciais portuguesas. Essas situações, inequivocamente, carregam um sentido: a apatia política, descaso, desinteresse pela coisa pública, ou seja, pelo modo como a institucionalização tem sido produzida pelo gargalo do consenso dialógico. (2014, p. 108-110)

Perante tais fatos supõe-se que, o povo, legítimo detentor do poder e eleitor daqueles que produzem a norma constitucional, sente que possui representantes que tergiversam dos seus interesses. Os candidatos se convertem em representantes do parlamento, mas possuem interesses vinculantes com seus patrocinadores, aqueles que os ajudaram a chegar no cargo, desviando seus interesses do bem comum.

Em contrapartida, uma vez eleito os representantes, os eleitores não possuem mecanismos institucionais e jurídicos para obrigá-los a cumprir as promessas feitas em campanha eleitoral. Assim, a falta de comprometimento com os ideais de campanha, combinada com a

irrevogabilidade do mandato político, são os ingredientes para ausência total de representatividade do político com seus eleitores. Bobbio sustenta que

entende-se por representante uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria (1986, p.42).

Nesse diapasão, a ideia de deserção constitucional às expectativas populares, caracterizada pela insinceridade constitucional – que é o sentimento de constituição como mera declaração de intenções, carente de efetividade – consistiria em uma afronta à democracia, em tese, concebida como o governo do povo. Partindo dessa análise, uma indagação surge: a que se deveria a erosão democrática?

Indubitavelmente, a democracia se encontra em crise e isso é evidenciado pela apatia popular diante de escândalos de corrupção no cenário brasileiro que está intimamente ligada para a ocorrência da perda de legitimidade. O alto absentéismo eleitoral e a observância da condução legislativa de acordo com os interesses privados dos parlamentares também são fatores essenciais que evidenciam o colapso do sentimento social de representatividade.

Tal configuração política, onde as instituições são ofuscadas pelas figuras personalistas e os interesses coletivos são colocados em segundo plano, contribuíram como pano de fundo para a consolidação do chamado presidencialismo de coalizão. E mais do que isso, demonstram que o modelo conhecido como coronelismo – a troca de favores de um mandante local pelo voto de um eleitorado manipulável ao sabor de interesses particulares – perdura até nossos dias em escala não mais local, mas, nacional. Todos esses elementos fazem do sistema presidencialista brasileiro um complexo jogo de relações – já amplamente conhecidas como o “toma-lá-dá-cá” – que enfraquece a representatividade popular e propiciam um ambiente adequado à corrupção, uma chaga, agora escancarada, no cenário político brasileiro.

O sentimento social é de que há uma ficção política que envolve o tema da representação que se consubstancia em uma relação *principal-agent* ou principal-agente. Este é um fenômeno tratado na Ciência Política e na Economia como uma relação hierárquica entre o principal (o eleitor no caso da representação) e o agente (representantes), na qual o primeiro pode observar

apenas parcialmente o comportamento e as ações do último, dada a falta de informação completa e a vontade de ambos em maximizarem seus ganhos.

Desde o final do século XX os partidos políticos são ineficazes em seu papel intermediário entre representantes e representados. Esta função articuladora, somada com a atribuição de organizar o jogo político, as preferências e programas, era o que tornava esses grupos políticos tão importantes para o governo representativo. Mas, parece perceptível que os partidos perderam uma parcela considerável da representatividade, fazendo com que a população escolhesse Organizações Não-Governamentais (ONGs) como mecanismos para atender os seus anseios e necessidades (MAIR, 2009).

Urbinat (2013) continua a discussão reforçando a ideia de declínio dos atores políticos e ressaltando o valor dos meios de comunicação neste modelo de regime democrático. A autora aponta que os líderes se tornam mais observáveis pela população, dada a vasta exposição que sofrem, mas, em contramão, o sistema tende a ser mais corrupto e a estética fica mais em voga na opinião pública do que a real compreensão das propostas e participação da população, assim, as eleições acontecem basicamente focadas na imagem dos candidatos.

Uma vez que ideologia, identificação partidária e outros fatores de longo prazo não são as principais determinantes da intenção de voto no Brasil, os debates e a propaganda eleitoral na televisão surgem como fatores centrais que determinam a eleição presidencial brasileira. O tempo de exposição na televisão das campanhas presidenciais é importante porque a vasta maioria dos eleitores brasileiros das classes C, D e E revela-se indecisa quanto ao voto presidencial até poucas semanas antes da eleição. Esses eleitores, os indecisos, representam aproximadamente 40% do total e parecem ser influenciados predominantemente pela televisão.

Por isso, os meios de comunicação de massa assumem importância no processo político atual, pois propiciam ao candidato falar diretamente aos potenciais eleitores/consumidores. Diante deste quadro, os marqueteiros assumem uma função central nos comitês políticos responsáveis por discutir os rumos da campanha e fazer com que esta seja bem sucedida.

Entretanto, o que motivaria a crise democrática?

Alguns autores apontam como opção informar que a atitude do eleitor, quando vota em um candidato em troca de promessas e favores pessoais, e este apoia o governo em troca de cargos e verbas, são um fator para a criação de uma esquizofrenia política na qual os

eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais. Neste sentido, é perceptível que o sistema de representação político no Brasil é ineficaz para a solução das mazelas da população, ou seja, o sistema eleitoral da democracia representativa, por si só, não é capaz de garantir o interesse do povo, o interesse geral.

Os representantes estão perdendo a capacidade de serem intermediadores dos interesses dos cidadãos para converter-se em “oligarquias eleitorais”, que unicamente pretendem ganhar eleições, aproveitando de critérios ideológicos que assim os caracterizam. Logo, os papéis dos representantes políticos entram em contradição com as expectativas cidadãs, tornando os interesses nacionais em teorias. Em contrapartida, atuam a favor de interesses partidaristas que levam um caráter elitista de representação.

É a partir deste contexto que a sociedade civil se une para repensar a democracia e exigir governos melhores. Aqui entra a possibilidade de inserir o seguinte questionamento e posteriormente respondê-lo: as manifestações populares e as pressões de grupos sociais sob o governo são formas legítimas e democráticas, capazes de influenciar nas decisões de governo?

As manifestações sociais de julho de 2013 no Brasil tiveram como um dos resultados a proposição de diversas emendas constitucionais de reforma política, além de outras propostas que não chegaram a se concretizar em emendas constitucionais. As proposições vão desde a revisão do sistema eleitoral, financiamento de campanha política, coligações partidárias, manutenção ou não da reeleição, duração do mandato, entre outras propostas. Nenhuma, até a data de elaboração deste artigo, foi promulgada. Houve apenas a promulgação da Emenda Constitucional nº 90, também decorrente das manifestações sociais daquele período, que inseriu o direito social ao transporte no art. 6º, portanto, que não tratava de reforma política.

5 EFEITOS ELEITORAIS DECORRENTES DA ATUAÇÃO DOS PODERES

Com o crescimento populacional e com as grandes extensões territoriais, a utilização da democracia direta tornou-se inviável. Fez-se necessário buscar um meio para que os cidadãos pudessem participar de maneira conveniente na feitura de leis, reunindo-se em um único lugar. Assim, as eleições para o compor o legislativo começaram na Inglaterra, já no começo do século XIII, e nos Estados Unidos, durante o período colonial, nos séculos XVII e XVIII.

A prática de eleger funcionários superiores para elaborar as leis foi seguida por uma gradual expansão dos direitos dos cidadãos para se expressarem sobre questões políticas.

Entretanto, surgiram questionamentos sobre o modo em que os cidadãos poderão ter a certeza de que as questões que mais preocupam venham a ser devidamente ponderadas pelos representantes, ou seja: como os cidadãos poderão controlar o programa de planejamento das decisões do governo? Se as eleições caracterizam-se como um dos pilares mais importantes da democracia, o que esperar deste mesmo sistema se o sufrágio é desacreditado? E o que fazer quando não as pessoas, mas as próprias instituições caem no descrédito?

O abstencionismo de protesto, que consiste no comportamento político exercido pelo eleitorado quando este vota em algum candidato que destoa completamente dos principais pleiteantes, revela uma clara vontade de romper com a ordem estabelecida. Somam-se a isso a ausência de opções críveis, representando algo novo ou seriamente respeitável aos eleitores; uma situação beirando o escárnio e de denúncia a um quadro sombrio e insustentável, quando as possibilidades restantes de exercício da democracia não mostram nenhuma outra saída. E assim as eleições vão perdendo, cada vez, mais significado. O resultado mais penoso disso tudo é a corrosão do regime democrático conquistado a duras penas.

A responsabilização dos representantes pelo eleitorado é fator primordial de um regime democrático, pelo fato de um controle dos governantes por parte da população restringir o comportamento e também punir ou recompensá-los de acordo com suas ações. Refletindo sobre a avaliação retrospectiva de representantes em solo brasileiro, não é possível dizer que ela aconteça com muita frequência.

Os representantes utilizam de práticas clientelistas legais como o *pork barrel* – prática na qual os políticos priorizam ostensivamente o envio de verbas, recursos e políticas públicas para suas bases ou distritos eleitorais, ou seja, focando sua atuação política para os locais que sabem onde têm votos e apoio, desse modo, facilitando sua busca por reeleição – e a patronagem que ocorre quando um político, correligionário ou membro de um partido oferece cargos e/ou favores em troca de apoio político de um terceiro; e ilegais (compra de votos), para manter o apelo eleitoral. Perante isto, faz-se necessário que os deputados ou os senadores relembrem que não são representantes apenas de seus eleitores, mas do País e dos interesses públicos.

Desse modo, a população reclama constantemente dos políticos e de suas ações, mas o próprio desinteresse ou desconhecimento da mesma criam um ciclo vicioso nos períodos eleitorais, no qual os mesmos candidatos se reelegem e continuam atuando de forma que não são responsivos (não atendem as demandas) à população. As manifestações de 2013, que se estenderam a uma amostra considerável de cidades brasileiras, foram importantes para avultar diversas reivindicações, inclusive pós-materialistas, e pela grande mobilização de pessoas.

O que esses protestos igualmente demonstraram foi o cansaço da população com os representantes e instituições políticas do país, e a proposta de uma reforma política ficou mais perto de sair do papel, pois os governantes pareceram se assustar com a grande mobilização. Todavia, alguns meses após as manifestações, o cenário havia se normalizado e nas eleições do ano seguinte houve pouca renovação nas assembleias estaduais e no Congresso Nacional. A fagulha acesa por essas mobilizações não foi aproveitada, tanto por desinteresse dos representantes, satisfeitos com o *status quo*, quanto por igual desentusiasmo da população, que não conseguiu se organizar e fazer pressão efetiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi abordado como a fórmula de organização dos poderes foi elaborada pelo filósofo Montesquieu e como esta foi pensada em nosso ordenamento jurídico, de forma que os poderes se entrelaçam contemporaneamente no Brasil. Foi demonstrado que a Constituição estabelece uma distribuição de competências que impõe o compartilhamento de determinadas funções entre os poderes. Há, portanto, a necessidade de um equilíbrio entre os poderes de Estado, equilíbrio esse estabelecido e consagrado na atual Constituição Brasileira.

No decorrer do artigo, foi exposto a forma que princípio da separação dos poderes foi flexibilizado e como a CRFB fez as distribuições de funções atípicas entre os poderes da República, possibilitando interferências recíprocas ou mesmo, como visto, efetivas inversões em que ora o Executivo, ora o Judiciário, adentram nos domínios do Legislativo ou vice-versa. A partir desta análise, surge o grande desafio de encontrar o equilíbrio para a maleabilidade não ser tamanha a ponto de desestabilizar por completo a atuação destes órgãos. Por isso, pode-se concluir que este entrelaçamento é saudável, mas acaba por ocasionar, em alguns casos, o choque entre os poderes.

É inegável que o Estado Democrático de Direito encontra-se em tensão no atual estágio. Há um enorme distanciamento entre a população e aqueles que a representam, os políticos, e é notório que o interesse público nem sempre tem prevalecido. Tal distanciamento é resultado de um sistema falido e vicioso, o qual se baseia na representatividade indireta que está, na maioria das vezes, maculada por interesses pessoais e econômicos.

A falta de conexão entre o interesse de quem vota e o interesse daquele que é eleito, bem como suas atitudes no exercício do mandato, é o principal fundamento da crise democrática representativa. A história demonstra que o reconhecimento de direitos para o povo limita o poder público na qual a máquina representativa deve ser utilizada em prol de todos e não em benefício pessoal dos governantes. Entretanto, atualmente há meios para coibir tais práticas como o *impeachment*, no qual o chefe do poder executivo será julgado pelo Legislativo, podendo perder o cargo se vier praticar algum ilícito penal. Por outro lado, supostamente, os candidatos eleitos que não atenderem ao interesse público podem ser julgados pelos eleitores no momento de uma reeleição ou não.

A corrupção endêmica e a incapacidade dos partidos de serem os intermediários entre representados e representantes evidenciam as razões da baixa aprovação das instituições representativas e dos governantes. Nas eleições, é necessário fazer uma avaliação retrospectiva dos atos dos políticos e elevar os níveis de interesse por política. A exigência de uma maior transparência na esfera pública, somada com a utilização de mecanismos de democracia direta e a implementação de meios deliberativos e participativos são meios que podem criar uma cultura política mais robusta e aumentar o interesse dos cidadãos pelo tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Atos formais e materiais dos três Poderes**. In: MARTINS Ives Gandra (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FAORO, R. **Os Donos do Poder**: formulação do patronato político brasileiro. Porto Alegre: Globo, 2001.

- FERRAZ, A. C. de C. **Conflito entre os Poderes: o poder congressional de sustar atos do Poder Executivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- KELSEN, H. **A democracia.** Trad.: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cippola e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KIERECZ, M. S. **A crise da democracia representativa no Brasil.** Porto Alegre: Cadernos do PPGDir - UFRGS. p. 360 a 385, v.11, n. 2.
- LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo.** São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MAIR, P. **Representative versus responsible government.** Max Planck Institute for the Study of Societies Working Paper, v. 9, n. 8, p. 19, set. 2009.
- MONTESQUIEU, C. de S. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2010.
- NEVES, M. **Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RIBEIRO, W. **O princípio da separação dos Poderes: uma rápida leitura doutrinatória e jurisprudencial.** Revista jus navegandi. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/29870/1>. Acesso em: 21 de março de 2018.
- ROSANVALLON, P. **El buen gobierno.** Buenos Aires: Manantial, 2015.
- SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 26a. edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TOMAZ, C. A. de. **Direito, Razão e Sensibilidade: construindo um modelo de juiz para a proteção dos direitos fundamentais.** Pará de Minas: VirtualBooks, 2014.
- TOSE, F.. **O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas.** Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1597/o-controle-judicial-omissoes-ou-falhas-legislativas-administrativas>. Acesso em: 21 de março de 2018.
- URBINAT, N. **Crise e metamorfoses da democracia.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 28, n. 82, p. 5-16, jun. 2013.

HERANÇA DIGITAL: A TRANSMISSÃO DE BENS VIRTUAL

EVERTON SILVA SANTOS
MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS
TAMIRES GOMES DA SILVA CASTIGLIONI*

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXX, garante a todos o direito à herança. Hoje, o patrimônio do *de cujus*, é constituído pelo conjunto de bens geridos ao longo de sua vida, que abrange todas as relações jurídicas possíveis, tanto os direitos como os deveres. Com o avanço tecnológico, o ciberespaço tornou-se o meio de comunicação mais utilizado, que liga as pessoas por redes de computadores. De modo que, a herança digital acaba fazendo parte do acervo de bens do falecido, e sendo possível de apropriação por seus herdeiros, nos casos que não houver restrição testamentária. Quanto a metodologia, entende-se que, o trabalho se enquadra como bibliográfico e qualitativo, tendo como objetivo apresentar o testamento como mecanismo hábil para a transferência de bens virtuais do falecido. Nesse sentido, a lei deixa claro, que prevalecerá a vontade do falecido se existir expressão de vontade, não conseguindo os herdeiros pleitear o acesso aos arquivos pessoais. E se inexistir declaração, ficará entendido que os bens poderão ser disponibilizados a família, pois a privacidade do falecido, deve prevalecer acima de tudo, tendo em vista a garantia constitucional à intimidade e vida privada, elencado no art. 5º, X, da Magna Carta.

Palavras-chave: herança digital. personalidade após a morte. Ciberespaço. bens virtuais.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, in its art. 5, item XXX, guarantees everyone the right to inheritance. Today, the assets of the *de cujus* are made up of the set of assets managed throughout their life, which covers all possible legal relationships, both rights and duties. With technological advancement, cyberspace has become the most widely used means of communication, linking people through computer networks. Thus, the digital inheritance ends up being part of the assets of the deceased, and it is possible to be appropriated by his heirs, in cases where there is no testamentary restriction. Regarding the methodology, it is understood that the work is classified as bibliographic and qualitative, aiming to present the will as a skill

*

Mestre em Direito-Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP (2017). Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho-Centro Universitário Adventista de São Paulo (2016), UNASP. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2013). Graduação em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2009). Atualmente é advogado e Professor Universitário no curso de Direito da Faculdade de Americana-SP. Membro associado do CONPEDI com artigos publicados no Uruguai, Brasil e Portugal. E-mail: everton_santos87@hotmail.com. Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999); Mestrado em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1994); Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1982). Atualmente é professora doutora da Universidade Metodista de Piracicaba. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do trabalho, direito do trabalho, direito sindical, globalização e direito coletivo. Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP/SP. Tornou-se Bacharel em Ciências Contábeis (2013), pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho/SP. Graduanda em Direito pelo Centro universitário Adventista de São Paulo, Campus Engenheiro Coelho/SP. E-mail: tami.ja@hotmail.com.

mechanism for the transfer of virtual goods of the deceased. In this sense, the law makes clear that the will of the deceased will prevail if there is an expression of will, and the heirs can not plead access to personal files. And if there is no statement, it will be understood that the property may be made available to the family, since the privacy of the deceased, should prevail above all, in view of the constitutional guarantee to privacy and privacy, listed in art. 5th, X, of the Magna Carta. **Key-words:** digital inheritance. personality after death. cyberspace; virtual possessions.

INTRODUÇÃO

Em razão da praticidade, as pessoas estão cada dia mais, transferindo suas vidas para o virtual. A facilidade de acesso, tem propiciado contato contínuo com a internet e seus meios. É fato que o Direito não consegue acompanhar o avanço tecnológico, que se modifica em segundos. Hoje, se entende que o patrimônio do falecido, é constituído pelo conjunto de bens geridos ao longo de sua vida, que abrange todas as relações jurídicas possíveis, compreendendo tanto os direitos como os deveres.

A herança é uma garantia constitucional auferido a todos, sendo o conjunto de bens deixados pelo *de cujos*, que será transmitido aos herdeiros necessários, testamentários, e se houver os legatários. De tal modo, a herança digital é o conjunto de informações acerca de um usuário, que se encontra em rede digital. O ciberespaço é o meio de comunicação feita por redes de computadores através da codificação digital, que possibilita a transmissão de informação, e seu armazenamento, que pode ser feito através de ADrive, Drive, Dropbox, Apple iCloud, Google Drive, entre outros. Assim, assegura que esse espaço virtual conhecido como nuvem “armazena em um computador, o legado de um indivíduo, fazendo parte de sua herança após a sua morte”.

Quanto à metodologia, entende-se que, o trabalho se enquadra como bibliográfico e qualitativo, tendo como objetivo apresentar o testamento como mecanismo hábil para a transferência de bens virtuais do falecido, visto que a legislação é esparsa quanto ao assunto. A problemática é: Qual o entendimento atual do ordenamento jurídico sobre a transferência de bens virtuais do *de cujos*, tendo em vista que o término de sua personalidade encerra com a morte?

O Código Civil não disciplina a herança digital nos títulos destinados a parte de Sucessão, de modo que acarreta a disparidade das decisões judiciais, visto que os tribunais julgam os casos concretos com base em normas gerais que regulamentam a matéria. Nos casos que o testamento é presente, a transmissão dos bens virtuais é mais simples, visto que nele constará a posição do falecido, quanto a destinação de seu bem. De modo que, quando estes bens estão assegurados em testamento, há a obrigação de transferi-los aos herdeiros.

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 surgiu para estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Nesse sentido, a lei deixa claro, que prevalecerá a vontade do falecido se existir expressão de vontade, não conseguindo os herdeiros pleitear o acesso aos arquivos pessoais. E se inexistir declaração, ficará entendido que os bens poderão ser disponibilizados a família. A privacidade do falecido, deve prevalecer acima de tudo, tendo em vista a garantia constitucional à intimidade e vida privada, elencado no art. 5º, X, da Magna Carta.

Como visto, o tema é divergente, e causa grande insegurança jurídica, visto que os provedores e administradores de serviço de internet, guardam as informações no prazo máximo doze meses, e o processo judicial de inventário para autorização judicial de acesso a informação do falecido, costuma pendurar anos, sendo raramente inferior a um ano. De modo que, os registros não mais existiram após a conclusão judicial.

2 A HERANÇA DIGITAL

A Magna Carta, em seu art. 5º, inciso XXX, garante a todos o direito à herança. Sendo o conjunto de bens deixados pelo de cujos, que será transmitido aos herdeiros necessários, testamentários, e se houver os legatários.

A herança digital tem sido um desafio ao Poder Judiciário e ao direito sucessório, frente aos avanços tecnológicos. Segundo Franco (2015, p.51), a discussão acerca da herança digital vem movimentado o judiciário desde meados de 2000. Os estudos existentes são primitivos, e o campo da matéria tem grande potencial de desenvolvimento. De modo que a virtualização tem sido cada dia mais intensa, e a sociedade tem utilizando as redes sociais para armazenar informações pessoais e até mesmo profissionais.

Oliveira (2015, p.24) explica, que a herança digital é o conjunto de informações acerca de um usuário, que se encontra em rede digital. Franco (2015, p.34) conceitua como direito e obrigação de um indivíduo, necessariamente falecido, para seus herdeiros, frente a lei, e suscetível de apropriação. Hoje, se entende que o patrimônio do *de cujus*, é constituído pelo conjunto de bens geridos ao longo de sua vida, que abrange todas as relações jurídicas possíveis, compreendendo tanto os direitos como os deveres.

E, exatamente por ter sido construído em vida, o perfil pode, muitas vezes, alcançar o status de relíquia, ser tomado como representação da pessoa que se foi e, em consequência disso, como ferramenta para a manutenção de sua memória. Uma ferramenta que pode, ainda, ser retomada por um parente que a administrará,

mantendo, por aí nada mais tempo, a memória daquela pessoa que se foi. (MARTINS, 2013, p.34).

A herança digital para Cahn e Beyer (2013, p.138) pode ser dividida de quatro formas: dados pessoais; dados de redes sociais; dados de contas financeiras e dados de contas empresariais. Os dados pessoais, temos como exemplo o e-mail, whatsapp, e armazenamento de dados. Os dados de redes sociais, são os mais comuns em nossa geração, como o Facebook e Instagram. Dados financeiros são os aplicativos online da conta bancaria e planilhas que apontam o controle dos gastos. E por fim, os dados de contas empresariais, são aquelas voltas a área profissional, como site empresarial, site de vendas, etc.

Os dois meios hábil para que os herdeiros tenham acessam ao acervo digital do falecido, de acordo com Lima (2013, p.32) são:

A primeira, em relação aos arquivos suscetíveis de apreciação econômica. Estes comporão a herança, gerando direitos hereditários; a segunda, em relação aos arquivos insuscetíveis de valoração econômica prevalece a vontade do de cujus: se inexistir expressão de vontade, não poderão os herdeiros pleitear a posse dos arquivos pessoais, mas poderão solicitar a retirada de material publicado ostensivamente; existindo declaração de vontade (expressa ou tácita), respeitar-se-á a manifestação.

2.1 O CIBERESPAÇO

De acordo com Franco (2015, p.19) ciberespaço é o meio de comunicação feita por redes de computadores através da codificação digital, que possibilita a transmissão de informação. Nele existe ainda, empresas virtuais e mecanismos que proporcionam o convívio e a interação social, de modo que a “interconexão é um dos pulsos mais fortes na origem do ciberespaço” (p.20).

O ciberespaço possibilita o serviço de nuvem, que nada mais é do que o armazenamento de dados através de ADrive, Drive, Dropbox, Apple iCloud, Google Drive, entre outros. Assim, Silva (2014, p.31) assegura que esse espaço virtual conhecido como nuvem “armazena em um computador, o legado de um indivíduo, fazendo parte de sua herança após a sua morte”.

Além de senhas, tudo o que é possível comprar pela internet ou guardar em um espaço virtual, como música e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, competentemente, do chamado acervo digital. Os arquivos digitais podem ser bens guardados, tanto na máquina do próprio usuário quanto por meio da internet em servidores com este propósito, conhecido como armazenamento em nuvem. (LIMA, 2013, p.32).

Lima (2016) relata que o armazenamento de informação pessoais, “ciberespaço”, tem sido uma prática frequente, visto a consolidação mundial da rede global nas últimas décadas.

2.2 OS BENS VIRTUAIS

Os bens virtuais de acordo com Augusto e Oliveira (2015, p.8) fazem parte cada vez mais, do cotidiano das pessoas, podendo ser objeto de negociação e lazer.

Vários são os entendimentos sobre a liberação dos bens virtuais do falecido a seus herdeiros. Primeiramente Veigas (2015) acerva que os bens virtuais (temos por exemplo as fotos, arquivos e músicas) não geram direito sucessório, por não apresentarem valorização econômica, e sim sentimental. Costa Filho (2016) acrescenta, que os bens virtuais, exclusivamente de valor afetivo, podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual, e assim não seria possível de sucessão. Já Lima (2013) entende que o falecido não gostaria que sua privacidade fosse exposta a família, (como seu e-mail pessoal, fotos e conversas), e de tal modo, não seria correto considerar os bens virtuais a título de herança.

[...] os bens virtuais merecem ser incluídos no conceito de herança, uma vez que integram o patrimônio do indivíduo. Quanto aos arquivos que possuam valor econômico, [...], tendo em vista o princípio da patrimonialidade que norteia o direito das sucessões. Em contrapartida, alguns doutrinadores entendem que os arquivos que não podem ser avaliados financeiramente, como fotos pessoais, escritos caseiros e vídeos particulares são excluídos da concepção de espólio. No entanto, os sucessores podem herdar este material caso haja disposição de última vontade do de cujus, na hipótese de não existir, os herdeiros não poderão pleitear judicialmente a posse do referido conteúdo, mas terão o direito de requerer a exclusão desse acervo, caso esteja disponível ao público em redes sociais, por exemplo. (VIRGÍNIO, 2015).

Quanto aos arquivos insuscetíveis de valoração, Lima (2016, p.58) argui, que na ausência de qualquer manifestação por parte do falecido, é liberado aos herdeiros o acesso e a posse das informações pessoais.

Sobre as posições acima, Franco (2015) ilude que o correto seria a declaração de vontade do falecido, que ao criar o perfil na rede social ou meio eletrônico, optando pela sucessão hereditária ou não, de modo a impedir violações à privacidade. E este seria suprido pelo testamento, caso existisse.

Para Dias (2013, p.352) o testamento é a melhor forma de assegurar a vontade do falecido, pois é resguardado pelo princípio da autonomia da vontade. Podendo o titular nomear herdeiros, de seus bens como também legatários. Em relação a inclusão dos bens digitais no testamento, a legislação brasileira não faz restrição alguma, ficando apenas a indagação de quais bens digitais poderiam se enquadrar. Lara (2016, p. 92) acerva o rol de bens digitais possíveis de configuração no testamento, que são:

No testamento de bens digitais podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens: senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; inventário prévio do patrimônio digital, e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, como endereços eletrônicos.

Para Lima (2013, p.8.) “a legislação brasileira não apresenta entrave para a inclusão de bens digitais em testamentos. Quando nada for previamente determinado, o Código Civil prioriza familiares do falecido para definir os herdeiros”.

3 O POSICIONAMENTO DA LEGISLAÇÃO ACERCA DO TEMA

Segundo Virgínio (2015) o Código Civil não disciplina a herança digital nos títulos destinados a parte de Sucessão, de modo que acarreta a disparidade das decisões judiciais, visto que os tribunais julgam os casos concretos com base em normas gerais que regulamentam a matéria.

De acordo com o Código Civil em seu art. 1.788, *in verbis*: “art. 1.788 - morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento [...]”. Nesse contexto, a herança referida no artigo enquadraria também a herança digital? Rohrmann (2005, p. 195) relata que o art. 83, I, do Código Civil, ao estender o conceito de bem móvel às energias que tenham valor econômico, estaria abarcando os arquivos digitais de computadores, de modo que o acervo digital é considerado por Costa Filho (2016, p.191) como conjunto de bens móveis suscetíveis de testamento.

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivo digitais como patrimônio, sobretudo quando advindo de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social. (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p.12).

É através do testamento (meio hábil) que pode se transmitir os bens digitais, visto que o ordenamento atual, é ausente de legislação pertinente. De modo que, quando estes bens estão assegurados em testamento, há a obrigação de transferi-los aos herdeiros, exceto as plataformas que tragam cláusula proibitiva de transferência. Em contrapartida, Blum (2012) defende que um provedor de serviço eletrônico, não poderia restringir a transferência

hereditária de um bem virtual, assim, Mauro Júnior (2012) complementa que os herdeiros devem pleitear ao juiz a disponibilidade do bem virtual caso ele esteva restrito.

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Nesse sentido, a lei deixa claro, que prevalecera a vontade do falecido se existir expressão de vontade, não conseguindo os herdeiros pleitear o acesso aos arquivos pessoais. E se inexistir declaração, ficará entendido que os bens poderão ser disponibilizados a família. (LIMA, 2013, p.33). Costa (2016) defende que a privacidade do falecido, deve prevalecer acima de tudo, tendo em vista a garantia constitucional à intimidade e vida privada, elencado no art. 5º, X, da Magna Carta.

Como visto, o tema é divergente, e causa grande insegurança jurídica, de modo que Passos (2016) relata que os provedores e administradores de serviço de internet, guardam as informações no prazo máximo doze meses, e o processo judicial de inventário para autorização judicial de acesso a informação do falecido, costuma pendurar anos, sendo raramente inferior a um ano. De modo que, os registros não mais existiram após a conclusão judicial.

Ou seja, se a pessoa morre e não deixa expressa sua vontade em testamento ou codicilo dando destino a tais bens, passado um ano e os familiares que queiram ter acesso a eles, não terão como resgatar ou ter acesso, mesmo que haja determinação judicial, já que os servidores têm a obrigação de mantê-los armazenados por apenas um ano. (CORREIA, 2016, p.51).

3.1 A PERSONALIDADE APÓS A MORTE

A personalidade está prevista no Código Civil de 2002, no Capítulo II, do Título I, do Livro I, que determina o término da personalidade com a morte. (NEVES; SÁ, 2009, p.74). Assim, faz-se necessário antes tudo, conceituar a personalidade.

Para Fiuza e Godinho (2009, p. 110), os direitos de personalidade são algo recente, fruto da doutrina francesa de meados do século XIX, de modo que são direitos respectivos à tutela da pessoa humana, e fundamentais a sua dignidade. Tepedino (1999, p. 27), entende que a personalidade é o conjunto de características e atributos da pessoa humana, que servem para sua proteção. Já Miranda (2000, p. 216) são direitos irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. Assim, Fiuza e Godinho (2009, p. 110), iludem que a doutrina vem entendendo que os Direitos de Personalidade são extrapatrimoniais, absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis e genéricos, por ser direito de todos.

Há que se analisar juridicamente a questão à luz da teoria dos direitos da personalidade, pois o perfil público decorre de uma exteriorização da intimidade do usuário, além do uso de sua imagem, ambos direitos personalíssimos, com todos os atributos que lhe são inerentes (MELLO; VANNUCCI, 2008, p. 02).

Com a morte, finda-se a personalidade jurídica, retirando do falecido a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, convertendo-se em titular de direitos de personalidade. Mas nada impede, que seus herdeiros pleiteiem por seus direitos.

[...] os direitos da personalidade são vitalícios, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, confirmando o seu caráter intransmissível. Falecendo, pois, o titular de um direito da personalidade, não haverá transmissão, extinguindo-se, automaticamente, a relação jurídica personalíssima. Não se esqueça de qualquer forma, que se reconhece, como um direito de personalidade da pessoa viva, a proteção aos valores jurídicos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 180).

Duarte (2008) contribui, que a duração da vida coincide com a personalidade jurídica, e quando esta se finda, se extingue conseqüentemente a sua personalidade. O art. 12 do Código Civil, protege o corpo, a memória e a imagem do falecido, mas não a sua personalidade, pois com o advento da morte, não mais persistem valores patrimoniais, culturais, etc., sendo tudo transmitido aos herdeiros. Assim, os direitos de personalidade não se estendem após da morte, mais os bens virtuais deixados pelo de cujos, como e-mail, redes sociais, documentos eletrônicos se penduram mesmo com o falecimento.

Antes da era digital, com a morte do indivíduo era aberta a sucessão para a partilha de bens, e cumprimento do testamento, (caso existisse). Atualmente com o advento tecnológico, a situação é muito complexa, visto que os bens deixados pelo de cujos, engloba também os virtuais, que são difíceis de mensurar. Surgindo a indagação, se a personalidade se estenderia tendo em visto que a vida virtual do falecido ficaria “ativa” ainda? Os atos praticados na ceara digital em vida, seus efeitos estendem-se mesmo após a morte. De modo que, as redes sociais exclusivas para uso pessoal, de acordo com Sá, Moureira e Almeida (2013, p.108) não poderiam ser transmitidos a herdeiros, como e-mail, Facebook, exceto os que tornariam memorial. Já os de uso econômico, podem ser transferidos aos seus herdeiros, para que eles deem continuidade no negócio, como uma empresa virtual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, as pessoas têm utilizando o meio eletrônico para armazenado de fotos, dados, e realização de serviços pessoais e profissionais. O avanço tecnológico está se evoluindo de tal modo, que a herança virtual está sendo um desafio ao Poder Judiciário. Os estudos atuais sobre tal entendimento, são ainda primitivos, e o campo da matéria tem grande potencial de desenvolvimento.

Hoje, se entende que o patrimônio do *de cuius*, é constituído pelo conjunto de bens geridos ao longo de sua vida, que abrange todas as relações jurídicas possíveis, compreendendo tanto os direitos como os deveres. Nesse contexto, a herança virtual faz parte dos bens a ser repartido na herança, tendo como meio hábil de repartição do bem o testamento. O testamento é a melhor forma de assegurar a vontade do falecido, pois é resguardado pelo princípio da autonomia da vontade.

O Código Civil de 2002, não disciplina a herança digital nos títulos destinados a parte de Sucessão, contudo a legislação brasileira não apresenta entrave para a inclusão de bens digitais em testamentos. Entende-se até, que o legislador ao incluir o conceito de bem móvel às energias que tenham valor econômico, estaria abarcando os arquivos digitais de computadores.

Nesse sentido, a lei deixa claro que prevalecera a vontade do falecido se existir expressão de vontade. A privacidade do falecido deve prevalecer acima de tudo, tendo em vista a garantia constitucional à intimidade e vida privada, elencado no art. 5º, X, da Magna Carta. Quando a vontade do falecido não for previamente determinada, incube aos herdeiros, pleitear judicialmente pelo bem, diante da ausência de vontade.

A personalidade está prevista no Código Civil de 2002, no Capítulo II, do Título I, do Livro I, que determina o término da personalidade com a morte, retirando do falecido a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, convertendo-se em titular de direitos de personalidade. O Código Civil de 2002, protege o corpo, a memória e a imagem do falecido, mas não a sua personalidade, pois com o advento da morte, não mais persistem valores patrimoniais, culturais, etc., sendo tudo transmitido aos herdeiros. Assim, os direitos de personalidade não se estendem após da morte, mais os bens virtuais deixados pelo de cujos, como e-mail, redes sociais, documentos eletrônicos se penduram mesmo com o falecimento.

Antes da era digital, com a morte do indivíduo era aberta a sucessão para a partilha de bens, e cumprimento do testamento, atualmente com o advento tecnológico, a situação é muito complexa, visto que os bens deixados pelo de cujos, engloba também os virtuais, que nem sempre são fáceis de mensurar.

REFERENCIAS

AUGUSTO, N. C.; OLIVEIRA, R. N. M. de. **A possibilidade jurídica de transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus”**. In: Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. 2015, Santa Maria. Anais, Santa Maria, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

BLUM, R. O. **O marco civil da internet e a legislação brasileira**. Informativo jurídico Consulex. Brasília, Consulex, v. 25, n. 5, p. 3-4, 31 jan. 2012.

CAHN, N.; BEYER, G. W. **Digital Planning: The Future of Elder Law**. *Naela*. v. 9, n. 1, 2013. Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2255&context=faculty_publications>. Acesso em: 10 mai. 2018.

COSTA FILHO, M. A. F. **Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 09, 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

CORREIA, J. G. **Herança Digital: Sucessão de bens digitais na ausência de testamento**. Ano, 9, nº 2, p.46-55, abr/set.2016. Revista Juris Rationis, 2016.

DIAS, M. B. **Manual das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, P. **A morte e seus efeitos jurídicos**. Publicado em 01/06/2008. Disponível em:<http://www.gostodeler.com.br/materia/5420/a_morte_e_efeito.html>. Acesso em: 10 mai. 2018.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**. 1 vol, 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

FIUZA, C.; GODINHO, A. M. (Org.). **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRANCO, E. L. **Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus**. 2015. 71 f. Monografia. (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

LARA, M. F. **Herança digital**. Livro eletrônico. Porto Alegre: [s.n.], 2016.

LIMA, I. R. **Herança digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente**. 2013, 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

LIMA, I. R. **Herança Digital**: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente. 2013. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2013.

LIMA, M. A. M. **Herança Digital**: Transmissão post mortem de bens armazenados em ambiente virtual. (Trabalho de conclusão de Curso) 97 f. São Luís, 2016.

MARTINS, D. C. **O conceito de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3076, 3 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20549>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MAURO JÚNIOR, M. R. **Inventário Digital**: Responsabilidade pela guarda das informações da pessoa falecida e os requisitos para sua divulgação. Comissão de Ciência e Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, 06 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/ciencia-tecnologia/>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MELLO, J. **Projeto de Lei da Câmara Nº 75, 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MELLO, R. S. V.; VANNUCCI, F. H. **Os dados pessoais em rede social e a morte do sujeito: considerações sobre a extensão da personalidade civil**. 01 jun. 2008. Disponível em: <http://www.esamg.org.br/artigo/DADOS_PESSOAIS_EM_REDE>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MIRANDA, F. C. P. de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. P. **Dos direitos da personalidade**. Revista Manual de biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, J. G. G. **Luto Digital**: Plataformas para a Gestão da Herança Digital. 2015. 116 f. Tese (Mestrado Integrado em Engenharia e Gestão de Sistemas de Informação) – Escola de Engenharia da Universidade do Minho, Braga, 2015.

ROHRMANN, C. A. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

SÁ, M. de F. F.; MOUREIRA, D. L.; ALMEIDA, R. B. **Direito privado**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SILVA, J. F. **Herança digital**: a importância desta temática para os alunos dos cursos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás. 2014. 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Biblioteconomia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014.

TEPEDINO, G. A. **Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional**. Brasileiro. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEGAS, F. **O que fazer com os arquivos digitais de uma pessoa que já morreu: depoimento**. [28/01/2015]. Brasília: EBC. Entrevista concedida ao Repórter Brasil. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/galeria/>>

videos/oquefazercomarquivosdigitais-de-uma-pessoa-que-ja-morreu>. Acesso em: 10 mai. 2018.

VIRGÍNIO, M. A. D. A Sucessão do Acervo Digital. Disponível em: <<http://idireitofbv.wikidot.com/sucessaodeacervodigital>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

RAZOABILIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CORRELAÇÃO COM IMPOSIÇÕES ESTATAIS DESCOMEDIDAS

GABRIELLA SANTANA SANTOS
DANILO FRANÇA SANTOS*

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar como determinadas obrigações impostas pelo Estado, fundamentado por seu poder legítimo de império, podem ter correlação com os princípios da razoabilidade e dignidade da pessoa humana, uma vez que, ambos podem ser vistos como limitadores da ação do Estado, servindo, inclusive, como parâmetro para eventuais anulações de tais atos, possuindo coercitividade como um dos seus elementos basilares. Foi utilizada, como metodologia, a revisão bibliográfica e o estudo de caso referente ao Recadastramento Biométrico ocorrido na cidade de Salvador no ano de 2018. Observou-se a necessidade de realizar tal análise, visto que entendeu-se que houve uma imposição estatal descomedida, decisão esta em que o binômio principiológico proposto deu fulcro às elucubrações que foram propostas no decorrer deste trabalho. Percebeu-se que o Estado, para funcionamento e movimentação de sua atividade, em alguns momentos, precisa impôr obrigações ao povo. Contudo, estas obrigações precisam respeitar determinado corpo de princípios, resguardando assim a integridade das pessoas. Nesta mesma esteira de raciocínio, foi possível valiar que existam situações em que o Estado acaba por macular alguns princípios, quando impõe ao povo obrigações.

Palavras-chave: Razoabilidade. Dignidade da Pessoa Humana. Imposição Estatal. Legitimidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze how certain obligations imposed by the State, based on its legitimate power of empire, can correlate with the principles of reasonableness and dignity of the human person, since both can be seen as limiting the action of the State. , serving, even, as a parameter for eventual annulment of such acts, having coercivity as one of its basic elements. The methodology used was the literature review and the case study related to the Biometric Re-registration that took place in the city of Salvador in 2018. It was observed the need to perform this analysis, since it was understood that there was an excessive state imposition, In this decision, the proposed principled binomial has given rise to the clarifications that have been proposed throughout this paper. It was realized that the State, in order to function and move its activity, at times needs to impose obligations on the people. However, these obligations must respect a certain body of principles, thus safeguarding the integrity of the people. In this same line of reasoning, it was possible to validate that there are situations in which the state ends up defiling some principles, when it imposes obligations on the people.

*

Mestre em estudos de Linguagens PPGEL/Uneb, especialista em Tecnologias Abertas e Digitais, UFRB/Universidade Aberta de Lisboa; Assessora Especial da Secretaria Municipal de Educação de Lauro de Freitas, Professora dos cursos de Direito e Pedagogia da Faculdade Metropolitana de Camaçari – FAMEC. ggabigarcia@gmail.com Bacharel em Direito pelo ISBA, pós graduando em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. dfscontato@gmail.com

Keywords: Reasonability; Dignity of human person; State Imposition; Legitimacy.

INTRODUÇÃO

A figura do Estado é necessária à administração de um país. Possui um poder-dever com fulcro na obtenção da garantia do bem-estar e na persecução do interesse público primário, que nada mais é que o interesse da coletividade. Entretanto, esse mesmo Estado pode cometer falhas e instituir obrigações aos cidadãos, gerando diversos transtornos aos mesmos. Portanto, tais falhas podem tornar-se uma celeuma jurídica, principalmente aquelas que são oriundas de obrigações atribuídas pelo Estado que causem adversidades após a execução, sendo esta a questão de pesquisa pretendida por este trabalho.

Este é fulcro do presente artigo: demonstrar, através de revisão bibliográfica, como a imposição de obrigações oriundas do Estado pode entrar em conflito com determinados princípios. Uma gama de princípios poderiam ser explanados durante a elucubração proposta, mas nos atentaremos aos princípios da Razoabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo considerado situações em que houveram flagrante desrespeito aos princípios ora aludidos.

No primeiro momento, foi realizada uma digressão acerca da formação do Estado, de seus elementos constitutivos e de onde surge sua legitimidade para impor as obrigações, bem como as demais idiosincrasias atinentes à compreensão da celeuma proposta. Na seção seguinte, a proposta apresentada foi analisar os princípios retro mencionados, direcionando o entendimento tanto na seara Constitucional, quanto na Administrativa. Por fim, será realizada uma análise de uma imposição obrigacional estatal, seus reflexos no cotidiano dos administrados e a correlação com os princípios ora aludidos, fornecendo elementos resistentes para solidificar o discernimento proposto, qual seja, o de identificar qual a correlação entre os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade convergem à imposição estatal descomedida.

2 SURGIMENTO DA FIGURA ESTATAL E DE SUA LEGITIMIDADE PARA IMPOR

A atuação do Estado na vida do cidadão pode ser sentida em diversos momentos. Seja no instante em que o indivíduo nasce, quando constitui matrimônio, quando decide trabalhar e até mesmo quando morre. Essa atuação estatal não é hodierna, remontando da antiguidade, dos tempos em que a humanidade ainda dava seus primeiros passos como

sociedade. A própria figura do Estado, desde seu surgimento, acaba sendo uma espécie de consequência social, posto que a aglomeração humana em determinado espaço conduziu à formação de um estado. Nesse sentido, Dalmo Dallari chama atenção para, ao estudar as formas de aparecimento do Estado, sejam explorados dois pontos de análise de supra importância:

Ao se estudarem as causas do aparecimento dos Estados é preciso, antes de tudo, lembrar que há duas questões diferentes a serem tratadas: de um lado, existe o problema da formação originária dos Estados, partindo de agrupamentos humanos ainda não integrados em qualquer Estado; diferente dessa é a questão da formação de novos Estados a partir de outros preexistentes, podendo-se designar esta forma como derivada. Como é evidente, nos dias atuais é muito pouco provável que se possa assistir à formação originária de um Estado. Entretanto, com base nos estudos que vêm sendo feitos pela antropologia cultural há vários séculos, somados aos elementos colhidos nos textos literários mais antigos, é possível a formulação de hipóteses, sendo importante a abordagem desse aspecto, sobretudo como apoio para as tomadas de posição relativas à organização atual da sociedade, bem como para a orientação de conjecturas quanto ao futuro do Estado. (2016, p.23)

Sendo assim, anterior à consideração do que modernamente vem sendo considerado um Estado, enquanto ente político, como figura detentora de soberania, é preciso que seja compreendido que sua formação é uma espécie de decorrência de um agrupamento humano.

2.1 DAS TEORIAS QUE BALIZAM A FORMAÇÃO DO ESTADO

O que temos como ideia de Estado hoje, qual seja, figura associada à sociedade política, aparece pela primeira vez na obra de Nicolau Maquiavel, intitulada “O Príncipe”, publicada no século XVI. Posteriormente, o termo passou a ser utilizado, dentro dessa mesma acepção em outros escritos europeus, havendo uma lapidação na construção do conceito.

Das estruturações elucidadas outrora, é possível inferir três posicionamentos de extrema relevância para a compreensão do que seja o Estado: o Estado e a sociedade sempre existiram; a sociedade passou uma boa parte do tempo sem que houvesse uma figura Estatal, surgindo então depois do aparecimento de determinados elementos; por fim, o posicionamento de que apenas haverá Estado quando houver a presença de determinados elementos. Deste último posicionamento, destacam-se os estudos de Karl Schmidt, que aponta o conceito de Estado como sendo algo vinculado às ideias e práticas da soberania, posto que “o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a ideia e a prática da soberania”.

(DALLARI, 1998, p. 22)

Das teorias que justificam a formação do Estado, as três mais expressivas são as doutrinas teológicas; as de contrato e da violência; e a doutrina familiar e natural. A primeira cuida do Estado como sendo uma obra de Deus; a segunda disciplina que o Estado é uma criação humana e, por fim, a última de que o Estado é um produto social, possuindo sua origem cravada no historicismo e evolução. (MENEZES, 2000. p 76.). Não obstante as demais teorias possuam sua carga de contribuição e importância para explicação do tema aludido, é necessário chamar atenção para teoria contratualista, visto que, sua compreensão é basilar ao entendimento do que será desenvolvido. A teoria contratualista, que estipula a convivência social através de uma feição jurídico-política, possui como vetor o Direito Natural e o metafisicismo que o circunda.

Portanto, pautado na ideia de Direito Natural, Thomas Hobbes, Jhon Locke e Jean-Jacques Rousseau, desenvolveram justificativas acerca da formação do Estado, tornando-se expoentes da teoria contratualista. A noção do chamado “estado de natureza”, relacionado ora com a liberdade, ora com belicosidade, é o elemento essencial, para esses publicistas, no que tange ao encaminhamento para situação de sociedade e, conseqüentemente, para o Estado. Destarte, é meritória a definição de Hobbes do que seria um Estado. No livro “O Leviatã”, ao definir o que é uma comunidade o autor conceitua:

Uma pessoa, cujos atos uma grande multidão, por pactos mútuos, realizados entre si, instituir, tendo cada um como autor, para cujo fim pode utilizar a fortaleza, e os meios de todos, como o julgar oportuno, a fim de assegurar a paz e a defesa. O titular se denomina soberano e se diz que tem poder soberano; cada um dos que o rodearam é súdito seu. (1588, p. 162)

Temos então, definições importantes no processo de caracterização de um Estado, de um soberano e dos seus súditos.

A Sociedade Política idealizada por Locke, que refuta o que fora proposto por Hobbes, pode ser sintetizada, conforme afirmado pelo mesmo:

E esta delegação de poder resulta da simples convenção para formar uma sociedade política, que constitui o único contrato necessário para que os indivíduos entrem numa comunidade (Estado) ou criem um novo. Assim o que dá nascimento a uma sociedade política, o que a institui efetivamente, não é outra coisa senão o consentimento para isso de certo número de homens livres, prestes a aceitar o

princípio majoritário, concordando em unir-se para formar um só corpo social. (1690 *apud* MENEZES, 2009, p. 84)

Já a Teoria do Pacto Social, teorizada por Jean-Jacques Rousseau, explanada em sua obra “*O Contrato Social*”, que é a metodização dos seus ideais políticos, pode ser entendida da seguinte forma:

Os princípios os quais poderia se organizar um pequeno Estado e próspero, na persuasão de que o homem só foi feliz na época em que vivia sem problemas, em meio a pequenos grupos, numa vida pastoral e fácil, ocupado com os negócios materiais da existência e com as afeições da família. Depois, quando começou a refletir, o homem inventou: a propriedade, que causou miséria de uns e a riqueza excessiva de outros; o luxo, que criou os vícios; a instrução, que criou a ambição, as inquietações de espírito. (MENEZES, 2009, p. 85)

Cumprido salientar que os ideais contratualistas declinam para ideias absolutistas e o aprofundamento deles não é relevante para composição deste trabalho, bastando que das teorias apresentadas possa ser possível extrair os elementos essenciais que funcionem como guia para compreensão da legitimidade do Estado para impor. Esta imposição traduz-se na forma da soberania, sendo explorada conceitualmente de diversas formas. Sendo assim em suas acepções mais classicistas, o Estado possui três elementos, que são indissociáveis e elementais a sua formação: território, povo e soberania. Existindo concomitantemente o Estado será considerado, no aspecto de formação, perfeito. Enquanto no primeiro e no segundo, as ideias são construídas por características que, de certa forma, são elementos físicos, dentro de universo palpável, no que tange à Soberania, possuímos uma construção densa, não sendo os demais de menor importância em relação a este. Este elemento de composição pode ser conceituado como sendo “autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder” (MALUF, 2010, p. 29). Esta autoridade legitima ações do Estado que, na sua essência, devem atender aos anseios do genfílico que lhe é submisso, possuindo como limitações princípios do direito natural pelo direito grupal, ou seja, por comunidades particulares que fazem parte do Estado, tais como os grupos biológicos, pedagógicos, econômicos e políticos. (MALUF, 2010).

2.3 DA FORMAÇÃO DO ESTADO NO BRASIL

No Brasil, os primeiros indícios de formação do Estado deram-se com as Capitâneas Hereditárias. Posteriormente, houve a implantação do governo-geral, em Salvador, cuja função precípua era salvaguardar o território e manutenção do cultivo. Do Estado Imperial

até o Estado Desenvolvimentista, houve uma série de mudanças paradigmáticas na política brasileira, entretanto em nenhuma delas, deixou de existir no país a soberania.

Uma vez atingida à ideia de legitimação para agir, conseqüentemente adentramos nos modos que essa ação pode desembocar: dever de agir não agindo e as obrigações que podem ser impostas para que seja satisfeito o interesse público. Quanto a primeira não há maiores dificuldades elucidativas, posto que, devido à República Federativa do Brasil ser pautada em um Estado Democrático de Direito, não há estranhamento quando temos um comportamento oriundo do Estado exequível por lei. No que diz respeito ao segundo item, qual seja, das imposições de obrigações oriundas do Estado, enquanto ente político da Administração Pública é possível inferir que a intenção é atingir o interesse público primário, que nada mais é que o interesse da coletividade. Este interesse, conforme lições de Di Pietro (2015), está pautado na busca do bem-estar coletivo. Essas obrigações são imprescindíveis à execução da atividade Estatal. Todavia, não significam necessariamente que haverá um resultado benéfico àqueles que são o alvo dessa conduta: a coletividade.

O Estado, na figura de ente que impõe por estar legitimado para tal, por vezes, pode atribuir obrigações. Estas podem, analisadas sob determinados enfoques, ter conseqüências prejudiciais à coletividade, maculando até mesmo princípios, que deveriam funcionar como limite para atuação estatal. Dois são percebidos, dentre o universo de princípios que balizam o Direito Público, quais sejam: a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Assim, o próximo tópico buscará compreender estes princípios, apresentando seus conceitos em concomitância com o imbróglio ora apresentado como cerne deste artigo.

3 DA RAZOABILIDADE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A estrita obediência à lei por parte dos governantes é uma das características inerentes ao Estado Democrático de Direito, assegurando assim que os princípios devam ser devidamente garantidos. Tais princípios funcionam como sustentáculo para condicionar a compreensão dos demais arranjos que compõem a ciência, analisada através de um aspecto único ou como um todo. À vista disso, os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes, funcionando como um alicerce da ciência. Portanto, não há como analisar as implicações de um comportamento oriundo do Estado, sem realizar o confronto principiológico consequencial que poderá implicar em eventual mácula às referidas proposições. Conforme

retro mencionado, dos princípios, dois irão balizar a compreensão do objeto que será analisado na próxima seção: o princípio da razoabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo a este artigo trazer os conceitos dos referidos institutos com o intuito de dilucidar potenciais imprecisões.

3.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A atuação da Administração Pública (AP) está inteiramente ligada à Legalidade, princípio este não mais importante que os demais, já que não há hierarquia principiológica, mas que funciona como um dos critérios de limite do agir da AP. Tal princípio não acaba por impedir que a referida atuação esteja, dentro de outros critérios de valoração da conduta do administrador em busca do interesse público, dentro do que se entende por moderado e racional. Neste sentido, preconiza Alexandre Mazza:

Ser razoável é uma exigência inerente ao exercício de qualquer função pública. Sob a vigência do Estado de Direito não se pode admitir a utilização de prerrogativas públicas sem moderação e racionalidade. A própria noção de competência implica a existência de limites e restrições sobre o modo como as tarefas públicas devem ser desempenhadas. (2017, p. 128)

A Razoabilidade, princípio do Direito Público, é originária do direito processual norte-americano e tem como função balizar o comportamento estatal, haja vista que ser necessário que a atuação não extrapole os limites do senso comum do homem médio, sendo utilizado como valoração pelo judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2017).

O aludido princípio está implícito no texto da Carta Política de 1988, sendo também chamado de “princípio da proibição de excesso”, posto que, conforme palavras do professor Hely Lopes Meirelles “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais” (2016, p. 98). Doutrinariamente, há uma discussão quanto à Proporcionalidade como sendo corolário da Razoabilidade, portanto a diferença entre estes dois princípios é tênue, pois é possível perceber que um conceito, a depender do caso concreto, esteja intrínseco ao outro. No primeiro, temos a ideia de busca da equiparação entre o ato praticado e os fins colimados pela AP; já no segundo, sua essência está contida na ideia de que o razoável é aquilo que se situe dentro dos limites daquilo que seja aceitável. Sendo assim, é perceptível que a existência de um implica na do outro, sem que haja maiores

conflitos no que tange aplicabilidade dos mesmos ao colocá-los frente a eventuais casos concretos, como, por exemplo, nos casos em que há indícios de extrapolação da discricionariedade. Nesta senda, Mazza infere:

No Direito Administrativo, o princípio da razoabilidade impõe a obrigação de os agentes públicos realizarem suas funções com equilíbrio, coerência e bom senso. Não basta atender à finalidade pública predefinida pela lei, importa também saber como o fim público deve ser atendido. Trata-se de exigência implícita à legalidade. Comportamentos imoderados, abusivos, irracionais, desequilibrados, inadequados, desmedidos, incoerentes ou desarrazoados não são compatíveis com o interesse público, pois geram a possibilidade de invalidação judicial ou administrativa do ato deles resultante. Como exemplos de atos atentatórios à razoabilidade podem ser mencionados: a) ordem emitida pelo Ministro da Previdência obrigando todos os aposentados e pensionistas com mais de 80 anos a comparecer pessoalmente a um posto do INSS, sob pena de suspensão do benefício, a fim de provar que estavam vivos; b) edital de concurso para o provimento do cargo de varredor de ruas que exige dos candidatos nível superior; c) candidato eliminado do concurso para provimento do cargo de médico hospitalar estadual porque tinha uma tatuagem nas costas. (2016, p. 173).

Ora, se há então imposição de alguma obrigação conferida pelo Estado, então deverá haver suporte do mesmo. Seja durante o cumprimento desta obrigação, aplicando-se esse supedâneo até mesmo em situações eventuais. Brevemente, analisando o primeiro caso trazido por Mazza na citação acima (Idosos de 80 anos e a obrigatoriedade de atestar estarem vivos), podemos depreender que Estado deve proporcionar condições favoráveis àquela parcela que será afetada. Decompondo um pouco mais tal situação, advém a possibilidade de mácula a outro princípio, que será abordado no próximo tópico, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Expresso na Carta Magna de 1988 como um direito fundamental ao cidadão, a Dignidade da Pessoa Humana é considerado o valor constitucional supremo, servindo como diretiva para elaboração, interpretação e aplicação de normas. Neste sentido, assevera Marcelo Novelino:

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. (2016, p. 251)

No mesmo sentido, expõe o professor José Afonso da Silva:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (2005, p.38)

Tal princípio é uma construção social, fruto de inúmeras conquistas sociais, mas que possui certa indeterminação quanto ao seu significado, sendo, “mais fácil de intuir do que definir” (DI PIETRO, 2014). Está presente em diversos artigos da Constituição Federal de 1988, como no artigo 277, em que, dentre outros deveres incumbidos à família, também está o de assegurar a dignidade; no artigo 230 outorgam a família, a sociedade e ao Estado, além de outros direitos aos idosos, garantir sua dignidade.

Portanto, a atuação do Estado deverá ser pautada em respeito ao princípio em comento, seja quando elaborar as normas e quando impuser ao cidadão determinadas obrigações, com fulcro no enalço do interesse público. Desta forma, buscando satisfazer o interesse público, a AP deverá proporcionar meios para que exista a redução de impactos negativos, bem como para evitar que aqueles atingidos pelo que fora imposto tenha sua dignidade devidamente respaldada. Os atos que são emanados pelo Estado devem emanar tais preceitos, como pode ser depreendido das palavras de Di Pietro:

No âmbito do direito administrativo, dos temas que mais têm a ver com o respeito à dignidade da pessoa humana, como mínimo existencial, é o referente aos serviços públicos, especialmente os de caráter social, como saúde, educação, previdência, assistência, fundamentalmente. Também a atividade de fomento contribui para o mesmo fim, na medida em que o Estado incentiva a iniciativa privada quando ela esteja voltada para o atendimento de necessidades relevantes para a coletividade. Dentre os princípios da Administração, talvez um dos mais relevantes seja o da participação popular, inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, instaurada com a Constituição de 1988. (2014, p. 9)

Elucidados os referidos princípios, passemos então ao estudo do caso, cujo cerne será a análise de determinada situação, confrontada à luz dos princípios supramencionados.

4 ANÁLISE DE CASO: RECADASTRAMENTO BIOMÉTRICO

O objeto de análise desse estudo é o Caso do Recadastramento Biométrico, aqui tratado como RB, realizado em todo território nacional, facultativo para alguns municípios e obrigatório para outros, sendo o propósito desta análise investigar se factualmente houve violação aos princípios retro mencionados, bem como, ao final, adentrar na seara da responsabilidade do Estado e se há cabimento de uma eventual reparação por ofensa

principlológica.

4.1 O RECADASTRAMENTO BIOMÉTRICO

O RB serve para identificar o eleitor por meio da impressão digital, fotografia e assinatura digital, habilitando-o para o voto após o seu reconhecimento (<http://www.treba.jus.br/eleitor/recadastramento-biometrico>). Fundamentado na possibilidade de revisão do eleitorado tendo como base dados estatísticos, em consonância ao disposto no artigo 92 da Lei nº 9.504/1997 e art. 58, §1º, da Resolução nº 21.538/2003, o Tribunal Superior Eleitoral, através dos Tribunais Regionais Eleitorais, implantou o procedimento experimentalmente em anos eleitorais anteriores, passando a torna-lo executável a partir do pleito eleitoral de 2018.

Para que possível o referido procedimento de revisão, é necessário que esteja presente, de maneira cumulativa, os seguintes requisitos legais: o total de transferências de eleitores ocorridas no ano em curso seja dez por cento superior ao do ano anterior; o eleitorado for superior ao dobro da população entre dez e quinze anos, somada à de idade superior a setenta anos do território daquele Município e o eleitorado for superior a sessenta e cinco por cento da população projetada para aquele ano pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Não realizar o procedimento no tempo estipulado, terá como sanção, o cancelamento do título de eleitor que, conseqüentemente, implicará em uma série de restrições previstas na lei (citar lei), como impossibilidade de tirar passaporte; impedimento para votar; a não possibilidade de inscrição em concurso público ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; bem como outras implicações. Tais sanções são similares às impostas aqueles que deixaram de votar ou não justificaram o voto, disposto no artigo 7º da Lei nº 4.737/1965, *ipsis litteris*:

Art. 7º (...)

§ 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:

1.I – inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;

1.II – receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;

- 1.III** – participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos estados, dos territórios, do Distrito Federal ou dos municípios, ou das respectivas autarquias;
- 1.IV** – obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;
- 1.V** – obter passaporte ou carteira de identidade;
- 1.VI** – renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;
- 1.VII** – praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

Como supradito, o procedimento tornou-se obrigatório em diversas cidades brasileiras, mas o recorte de análise deste trabalho será a partir dos fatos decorridos na cidade de Salvador, Bahia. Por força de determinações oriundas do TSE o RB, na Bahia, teve início em 2016, havendo a convocação oficial para realização do procedimento em 2017. Segundo o site do TRE-BA, o procedimento foi disponibilizado na capital em 2016.

4.2 A OBRIGAÇÃO IMPOSTA ANALISADA SOB O PRISMA PRINCIPIOLÓGICO

O princípio é uma das fontes do Direito, sendo elemento basilar para formulação de uma norma, que funcione como regramento de determinadas condutas, conforme já fora explicitado no tópico 3, constituindo faceta substancial do ordenamento jurídico. Neste sentido, assevera Norberto Bobbio:

Em princípio, um ordenamento é um conjunto de normas. O ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todas as suas normas, em que estão incluídas todas as espécies que mencionamos ao classificá-las. No entanto não apenas. Nele estão contidos critérios de classificação, como é o caso das classificações legais das coisas (Código Civil Brasileiro de 1916, arts. 43 ss e Código Civil de 2002, arts. 79 ss). [...] Concretamente, seu repertório não contém apenas elementos normativos, mas também não normativos. (2008, p. 189)

Logo, havendo fundamentos essenciais à construção de uma sociedade que funcione de acordo com os regramentos positivados em lei para gerar uma espécie de linearidade, no sentido de pacificidade social, em que temos em um polo o Estado, impondo obrigações, e do outro o povo que, por diversos motivos, seguem os comandos, é salutar evidenciar quaisquer comportamentos do primeiro que de alguma forma trazem transtornos a vida do segundo.

Já possuindo uma ideia clara do cerne deste trabalho, pensemos na seguinte conjectura: cidadãos, por força de uma determinação imposta pelo Estado, acabam passando por uma verdadeira odisseia para regularizar-se diante do seu propositor; acabam ficando

horas em filas, independente da condição física, com um parco amparo de higiene disponível. Tais situações poderiam ser consideradas impensáveis em qualquer outro local, mas, por infortúnio dos eleitores, foi à

realidade durante o período de recadastramento biométrico, em vários pontos do Brasil.

O conceito nuclear do Princípio da Razoabilidade, seja no âmbito Constitucional ou Administrativo, incide sobre a ação Estatal pautada na adequação entre os meios e fins, devendo fazer com que aquelas persigam tal premissa, não havendo, como fora dito, situações que maculem outros princípios (buscar citação sobre não haver hierarquia entre princípios). A questão é que não estamos falando sobre preferências ou comportamentos desiguais. Até porque, conforme o clássico brocado, cravado por Aristóteles e fundamento do princípio da igualdade, qual seja, “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.

Tomemos nota da seguinte notícia:

A fila no Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA) chega até a Avenida Paralela neste domingo, 28, no último fim de semana antes do encerramento do prazo para recadastrar a biometria. De acordo com a assessoria do órgão, o movimento está mais intenso do que o domingo anterior, quando foram atendidos cerca de 8 mil eleitores. A fila começou a ser formada na noite de sábado, 27, por volta das 23h30, quando o TRE-BA encerrou o expediente. Inicialmente, o horário de atendimento é estipulado entre 8 e 18 horas. Mas quem estiver na fila até esse horário será biometrizado. (A TARDE, 2017)

Analisando a situação notificada, podemos incidir na conclusão de que uma grande parte das pessoas apenas compareceu ao órgão com a proximidade do termo final para realização do procedimento de RB, afinal o prazo estava próximo de findar e o TRE-BA havia disponibilizado um prazo considerável, bem como outros locais, para que fosse realizado o processo, sem que houvesse transtornos. Entretanto, o pleito eleitoral é realizado em único dia, no primeiro domingo de outubro e consegue ter níveis de abstenção significativamente medianos.

Este procedimento poderia ter sido realizado em único dia ou até mesmo em dias diversos, mas de acordo com a zona eleitoral de cada eleitor. Obrigar – pois aqui falamos sobre as sanções que possuem caráter coercitivo para adimplemento da obrigação imposta – cada cidadão a enfrentar horas e mais horas de filas, quando meios mais práticos poderiam ter sido elaborados e executados, é completamente desarrazoado. Neste sentido, assevera Matheus Carvalho:

Quando uma determinada decisão administrativa for proferida de forma desarrazoada, sob alegação de análise de critérios de oportunidade e conveniência,

esta conduta será ilegal e ilegítima, por ofender a lei em sua finalidade e poderá o Poder judiciário corrigir a violação, realizando o controle de legalidade da atuação viciada. (2017, p. 90)

Finalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, observemos mais uma matéria que fora veiculada no período do RB:

Sílvia Souza está impaciente. Mexe nas unhas, levanta a vista, escaneia o ambiente, balança a cabeça em negação e, repetindo o ciclo, volta a atenção às unhas. A fila do Tribunal Regional Eleitoral em Salvador, onde Sílvia aguarda há quase 10 horas para fazer o cadastramento biométrico e poder votar nas próximas eleições, anda um pouco mais.

A auxiliar de construção civil de 34 anos recolhe do chão dois volumes que deixou encostados na grade ao lado da fila. Em uma das mãos, agora leva uma sacola com cobertor e travesseiro, e, na outra, um guarda-sol. Este é o terceiro encontro de Sílvia com a fila do TRE baiano. Nas outras duas vezes ela desistiu, por causa da demora e do calor. Desta vez, como ela disse, veio para “resolver de vez esse negócio”. Chegou na noite anterior e dormiu no chão, sob o prédio anexo ao Tribunal. (FOLHA DE SÃO PAULO. 2017)

Esta é somente mais uma dentre muitas notícias que foram veiculadas neste mesmo sentido: filas quilométricas, banheiros sujos e horas e mais horas na fila. Claro que não nos esqueçamos do que fora dito mais acima, quanto ao prazo aberto durante todo ano de 2017. Mas em novembro de 2017, já tínhamos uma situação similar. E volto: obrigar as pessoas a passarem por tais situações é desumano. Todos precisam ter sua dignidade assegurada. Até os que estão presos por terem cometido crimes hediondos possuem proteção. Por que não reservar tal proteção às demais pessoas? Afinal, a garantia de preservação da dignidade da pessoa é um mínimo existencial, garantido pela Carta Magna de 1988 em diversos artigos, sendo que deverá ser resguardada a incolumidade em suas mais diversas facetas, seja no que se refere a questões físicas e materiais, quanto no que se estendem as questões de cunho imaterial, como a imagem, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após termos percorrido a gênese da formação do Estado e compreendido, através do prisma contratualista, como o mesmo é detentor de poder legítimo para impor, chegamos à conclusão de que este deve buscar a satisfação do interesse coletivo, primando por uma série de princípios que balizam sua conduta.

É factível que existem condutas impostas pelo Estado que trazem mácula aos

princípios que foram explanados, qual seja, o da Razoabilidade e o da Dignidade da Pessoa Humana. O Estado, desde sua concepção como figura política, possui poderes para obrigar as pessoas que estão sob sua tutela. Entretanto é preciso que haja oferta de suporte eficaz para cobrir o máximo de situações esperadas, com o intuito de assegurar o interesse público e manter o mais intacto possível toda gama de proteções conferidas ao cidadão no ordenamento jurídico.

Portanto, do que fora exposto até o presente momento, verifica-se que o RB maculou princípios protegidos constitucionalmente e causou uma série de transtornos aos eleitores, visto que, foi notória a situação infame pelo qual os eleitores foram submetidos durante a realização do procedimento e que poderia ter sido realizado de outra forma, como fora sugestionado na seção anterior. Bastou haver um contingente maior para que restasse comprovada tal conclusão.

Não restam dúvidas de que o Estado deve sim fazer o máximo para que as pessoas tenham sua dignidade preservada dentro do que fora positivado na Constituição Federal de 1988, assegurando-lhes diversos meios para que seja alcançado esse patamar, não somente na esfera ideológica, mas também na esfera física. Impor obrigações, sem o devido ponderamento dos impactos que tais imposições causarão as pessoas, deve ser evitado o máximo possível. Prover as pessoas de que o Estado comete erros na sua busca pelo interesse público deve ser um alvo a ser atingido nos próximos anos.

REFERÊNCIAS

A TARDE. **Fila para recadastramento biométrico no TRE chega até a Av. Paralela.** Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/politica/noticias/1931626-fila-para-recadastramento-biometrico-no-tre-chega-ate-a-av-paralela>>. Acesso em: 15 mai.2018.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6ª Edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** 1º edição. São Paulo: Editora Edipro, 2001.

BRASIL. **Lei nº 4.737,** de 15 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acessado em: 15 mai. 2018.

_____. **Lei nº 9.504,** de 30 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acessado em: 15 mai. 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 15 de jun. 2018.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo.** 4ª Edição. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

DALLARI, D. de A. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 30ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Em Salvador, eleitor passa a noite em fila para poder votar em outubro.** Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/em-salvador-eleitor-passa-a-noite-em-fila-para-poder-votar-em-outubro/>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MALUF, S. **Teoria Geral do Estado.** 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINELA, F. **Direito Administrativo.** 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro.** 42ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENEZES, A. de. **Teoria Geral do Estado.** 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo.** 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2005.

FUNÇÃO SOCIAL COMO LIMITADORA AO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

MARCOS VINÍCIUS VIANA DA SILVA

EDUARDO AUGUSTO FERNANDES*

RESUMO

A propriedade é um instituto de direito real que surge quase que de forma conjunta com o próprio direito, servindo de base não apenas para as relações de compra e venda, mas também para justificar a existência do próprio Estado. Assim, o presente artigo tem por objetivo estudar, através de pesquisas legais e doutrinárias, o direito real da propriedade, seus poderes, restrições e limitações, bem como o princípio da função social, para depois analisá-los conjuntamente. O estudo busca discutir a função social como limitadora ao direito real de propriedade. Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. No campo metodológico, por sua vez, aplicou-se o método indutivo e da revisão bibliográfica e da utilização das técnicas de pesquisa. No que tangem as considerações finais, verificou-se que a propriedade não é apenas limitada pela função social, mas a função social é parte integrante do conceito de propriedade, uma vez que não se pode afirmar que existe realmente propriedade sem que exista uma função social a ela atrelada.

PALAVRAS CHAVE: Direito Real de Propriedade; Função Social; Limitações.

RESUMEN

La propiedad es un instituto de derecho real que surge casi de forma conjunta con el propio derecho, sirviendo de base no sólo para las relaciones de compra y venta, sino también para justificar la existencia del propio Estado. Así, el presente artículo tiene por objetivo estudiar, a través de investigaciones legales y doctrinarias, el derecho real de la propiedad, sus poderes, restricciones y limitaciones, así como el principio de la función social, para luego analizarlos conjuntamente. El estudio busca discutir la función social como limitadora al derecho real de propiedad. En la metodología, se utilizó el método inductivo en la fase de investigación; en la fase de tratamiento de datos el método cartesiano y en el informe de la investigación se empleó la base inductiva. En el campo metodológico, a su vez, se aplicó el método inductivo y de la revisión bibliográfica y de la utilización de las técnicas de investigación. En cuanto a las consideraciones finales, se constató que la propiedad no sólo está limitada por la función social, pero la función social es parte integrante del concepto de propiedad, ya que no se puede afirmar que existe realmente propiedad sin que exista una función social a ella enganchada.

PALABRAS CLAVE: Derecho Real de Propiedad; Función Social; Limitaciones.

INTRODUÇÃO

*

Eduardo Augusto Fernandes, Acadêmico do 9º período da Universidade do Vale do Itajaí, eduardoaugustof@hotmail.com; Marcos Vinícius Viana da Silva, docente da Universidade do Vale do Itajaí, Mestre em Direito e doutorando em Ciências Jurídicas na Universidade de Alicante – Espanha. mvsilva0805@gmail.com.

Muito se discute, no âmbito jurídico, sobre o impacto que sofre o direito real de propriedade com o princípio da função social, o qual, numa primeira análise, demonstra limitar o instituto. O artigo 5º, inciso XXII, da CRFB disciplinou o direito real de propriedade, tratando-o, ao mesmo tempo, como um direito e como uma garantia fundamental. Em contraponto, o inciso XXIII do mencionado dispositivo, afirma que a propriedade atenderá a sua função social, fazendo nascer uma limitação àquele direito, atrelado e condicionando-os. Quer dizer, o direito à propriedade, em âmbito urbano e rural, deve cumprir sua função social, atender aos anseios sociais, e está sujeitar-se às limitações e restrições impostas pela Lei, em prol de do bem comum e do interesse social.

Tudo está regulamentado na Lei, a qual traz diversos dispositivos legais que regulam a utilização da propriedade em consonância com sua função social, e que possibilitam a intervenção do Estado neste domínio privado, em atendimento ao instituto do bem comum, caso o proprietário descumpra a regra.

Frente a este cenário, o objeto o objeto desta pesquisa é estudar a função social como limitadora ao direito real de propriedade. Este artigo parte do seguinte problema: A função social é uma limitadora ao direito de propriedade?

Para responder ao problema, buscar-se-á compreender, no primeiro capítulo, o instituto do direito de propriedade. Já no segundo capítulo, estudar-se-á a função social da propriedade, conceito e previsões legais. E, por último no terceiro capítulo, investigar-se-á a função social como limitadora ao direito de propriedade.

No que pese a metodologia, o método de investigação é o dedutivo, aplicando na fase de Tratamento dos Dados o método cartesiano, já no tocante as técnicas, serão utilizadas as técnicas do Referenteⁱ, da Categoriaⁱⁱ, do Conceito Operacionalⁱⁱⁱ e da Pesquisa Bibliográfica^{iv}.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE

Muitas são as teorias que buscam conceituar e fundamentar o direito de propriedade. Ao que se sabe, desde que existe a sociedade, existe a propriedade. Este instituto, assim como a ideia de religião e de família, formou-se com a própria ideia de sociedade e aprimorou-se com o passar dos anos, com a evolução da população e modificação dos interesses comuns.^v

A origem da propriedade nos remete obrigatoriamente a um processo histórico do homem e seu estado de natureza. A necessidade de sobrevivência fez com que os indivíduos

se agrupassem, levando a crer que a primeira propriedade construída tenha sido a comunal, e não a privada, considerando-se o vínculo da terra com os grupos familiares e religiosos, bem como os costumes e tradições da época.^{vi}

Com o passar dos anos essa propriedade comunal teria sofrido um processo de individualização, justificado pelos anseios pessoais e pelo advento das especializações de produção de subsistência, prática de atividades agrícolas, domínio de terras por conquistadores, entre outros fatores. Na Idade Moderna, fatores como o Mercantilismo, o Iluminismo e a Revolução Industrial tornaram a propriedade um alvo mais almejado, servindo de capital para gerar mais capital, até se tornar o que é hoje^{vii}.

A propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do artigo 5º da Constituição Federal. Segundo Silva, o direito de propriedade fora concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Com a evolução do conceito, passou-se a entendê-lo como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o que tem o dever de respeitá-lo. Assim, o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito.^{viii}

O Código Civil Brasileiro não conceitua a propriedade em si, mas sim o que seus proprietários podem fazer com ela, conforme Art. 1228: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Sendo assim, o direito de propriedade mostra-se como um instituto complexo, dotado de possibilidades, obrigações e limitações.

O direito de usar conceitua-se em si mesmo, podendo o proprietário usar a propriedade para si ou terceiros. O direito de gozar engloba os frutos que venham a vir dessa propriedade, assim como a utilização dos produtos da coisa. O direito de dispor, o mais forte de todos, confere ao proprietário a possibilidade de abusar, se desfazer ou até destruir o bem. O direito de reaver nada mais é do que o direito do proprietário de ter de volta sua propriedade que lhe foi tomada por alguém que a possuiu injustamente ou a deteve sem título.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que propriedade é um direito constitucional que não está acima nem abaixo dos outros, porém, está sujeito a adaptações corriqueiras em prol do interesse público não sendo, portanto intocável.^{ix} Sílvio de Salvo Venosa ensina que o direito de propriedade configura o direito mais amplo da pessoa em relação à coisa, pois, o

titular de tal direito pode de forma ampla utilizar a coisa, inclusive, este direito engloba ainda a conduta estática de manter a coisa em seu poder, mesmo que não haja utilização dinâmica.^x

Logo, constata-se que a propriedade é o direito real por excelência, por abranger a coisa em todos os seus aspectos, sujeitando-a totalmente ao seu titular. É a plenitude do direito sobre a coisa, composta pela unicidade de poderes interligados^{xi}, discutido este ponto, já é possível estabelecer a sua relação com a função social, elemento que recai entre outros sobre a propriedade.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade, por sua vez, apresenta-se como uma regra a ser atendida, em prol do bem comum. É difícil precisar quais foram os fundamentos basilares de sua origem. De certa forma o seu conceito e sua história confunde-se com os conceitos historicamente adotados pela propriedade. No Brasil o princípio da função social da propriedade foi introduzido a partir da Emenda Constitucional nº 10, de 19 de novembro de 1964 à Constituição de 1946.

A Constituição Federal de 1988^{xii} associou propriedade e função social em vários de seus dispositivos: art. 5º, inc. XXII e XXIII, art. 156, I, § 1º, art. 170, inc. II e III, art. 182, § 2º e § 4º, art. 184, art. 185, art. 186. No que pese a soma destes artigos expõe-se aqui apenas o inciso e XXIII do artigo 5º: “Art. 5º - (...)XXIII – a propriedade atenderá à sua função social”.

O Código Civil Brasileiro^{xiii} não apenas ratificou o texto constitucional, como também transformou a propriedade em instituto de finalidade social, conforme se verificado do Art. 1.228 em seu § 1º “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial [...]”.

Como se vê, trata-se de um direito fundamental que para deve atender a uma função em prol de toda uma coletividade, ou seja, o uso da propriedade está ligado ao cumprimento de uma função social, ligado à ideia de bem comum. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que “esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia”^{xiv}.

Existe uma preocupação especial ao todo. Deixa-se de olhar para o indivíduo detentor do direito de propriedade para se analisar o bem comum. Passa-se do bem individual ao bem comum. A função social se apresenta como uma norma regulamentadora, para que um direito tão amplo e poderoso seja compatível com os anseios da sociedade, atento à coletividade, conforme Leciona Alexandre de Moraes^{xv}:

A referência constitucional à função social da propriedade como elemento estrutural da definição do direito à propriedade privada e da limitação legal de seu conteúdo demonstra a substituição de uma concepção abstrata de âmbito meramente subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade por uma concepção social de propriedade privada, reforçada pela existência de um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também à finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de domínio deve cumprir.

A função social da propriedade está vinculada à produtividade do bem, assim como, a noções de justiça social, pois deve ser afastado o uso abusivo e egocêntrico da propriedade em prol do coletivo.

Em síntese, por força da função social, o proprietário deve sempre ter em mente que há um interesse geral e comum a rodear o seu interesse particular, e por isso, deve dar ao bem uma destinação que se alinhe à função social respectiva, sob pena de ser privado de seu direito. Agora, esta função social pode ser considerada como um dos elementos limitadores do direito a propriedade, ou apenas é instituto que existe em paralelo a este.

4 A FUNÇÃO SOCIAL COMO LIMITADORA AO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

Por mais amplo e rico que seja, o direito real à propriedade pode sofrer restrições, limitações e imposições, deveres e ônus, tudo para atender ao princípio da função social^{xvi}. Ensina Gabriel Dezen Júnior^{xvii}:

Função social da propriedade é um conceito que dá a está um atributo coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. Ou seja, a propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade.

À primeira vista, a função social pode se mostrar como uma regra limitadora ao direito real de propriedade. Contudo, apesar de seus efeitos restritivos e impositivos, o termo “limitadora” é bastante conflitante entre a doutrina. De acordo com Maria Helena Diniz, o fundamento das limitações ao direito de propriedade “Encontra-se no primado do interesse coletivo ou público sobre o individual e na função social da propriedade, visando proteger o interesse público social e o interesse privado, considerado em relação à necessidade social de coexistência pacífica”^{xviii}.

Para a autora a função social deve ser vista como uma norma que visa regular, da melhor forma, o exercício do direito de propriedade, e não como uma norma limitadora em sua origem.

Robert Alexy, por sua vez, defende que a propriedade, mesmo se tratando de um direito fundamental, pode ser restringida para garantia de outros direitos fundamentais. A restrição, contudo, deve ser controlada e proporcional, possibilitando que o exercício do direito à propriedade seja garantido na maior medida possível, de modo que não afete o mínimo existencial e efetivo do mesmo.^{xix}

Maria Helena Diniz^{xx} ainda informa que Restrições à propriedade em virtude do interesse social, que podem ser de caráter constitucional, administrativo, militar, eleitoral e quanto ao direito de propriedade rural, pressupõe a ideia de subordinação do direito de propriedade privado aos interesses públicos e às conveniências sociais. São restrições imprescindíveis ao bem-estar coletivo e à própria segurança da ordem econômica e jurídica do país.

O uso da propriedade, em atenção à Lei, deve ser socialmente adequado, para que além da satisfação de interesses particulares, seja atendido ao interesse público e ao cumprimento de deveres para com a sociedade. As restrições, servidões e desapropriação são espécies de limitações. As restrições limitam o caráter absoluto da propriedade, as servidões (e outras formas de utilização da propriedade alheia) limitam o caráter exclusivo, e a desapropriação, o caráter perpétuo. São exemplos de restrições constitucionais a desapropriação e a privação.

Na desapropriação é promovida a justa utilização dos bens, prevalecendo o interesse público em relação aos interesses individuais. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIV,

prevê a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Assim, dispõe o Código Civil: “Art. 1228 § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”. Ainda há a possibilidade da desapropriação para fins de reforma agrária:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

O descumprimento da função social da propriedade também pode levar à desapropriação, como forma de sanção, tanto no âmbito rural como no urbano, conforme previsto na Constituição Federal:

Art. 182. § 4º - “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Segundo José de Oliveira Ascensão, as limitações seriam “normas através das quais se assegura na prática a coincidência da atuação do titular com o interesse social” e que ocorreriam em momento diferido, afetando o exercício do direito, nunca a sua essência. André Osório Godinho compartilha deste entendimento e acrescenta que a função social não representa um ônus para o proprietário, ou uma limitação, pois, na realidade, a mesma visa simplesmente fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina.^{xxi}

Pode-se dizer então que a função social de fato cria limitações, mas representa algo muito maior do que uma simples regra limitadora, pois vai além do direito de propriedade e

adentra em sua própria estrutura. Cria regras ao instituto não com um olhar particular, mas visando atender aos anseios sociais e coletivos, mostrando-se como uma norma necessária ao bom exercício do direito, o qual deve ser exercido de forma a melhor atender à sua função social considerando o bem comum.

A propriedade não deve ser vista como um direito limitado por sua função social, mas como um instituto dotado, em sua essência, pela função social. Neste cenário, e por conta de todos os fundamentos abarcados nesta pesquisa, pode-se dizer que, a função social deve ser tida como princípio básico e basilar que incide e compõe o próprio direito de propriedade, devendo ser somada às suas outras faculdades, quais sejam, usar, gozar, dispor e reivindicar.

Considerá-la pura e simplesmente uma regra limitadora seria deixar de considerar todo o contexto e função a que está atrelada, a função social é muito mais um elemento conectivo na manifestação da propriedade que propriamente um limitador deste.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvida a pesquisa, constatou-se que a função social de fato tem efeito limitador, o qual está regulamentado em diversos dispositivos legais e devem ser respeitados. Porém, apesar de tais regras, a função social não pode ser vista tão somente como um princípio limitador ao direito real de propriedade.

Por força de sua existência, a propriedade deve ser exercida pelo titular do direito em atendimento ao interesse comum, ou seja, deve ser respeitada a sua função social. A propriedade deixa de ser vista como um direito particular e passa a ser tratada com um olhar comum e coletivo. Ao contrário, a função social deve ser tratada como parte integrante do instituto e somada aos demais elementos de usar, gozar, dispor e reaver, pois visa simplesmente fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina.

O uso da propriedade deve ser socialmente adequado, para que além da satisfação de interesses particulares, seja atendido ao interesse público e ao cumprimento de deveres para com a sociedade, harmonizando-se proporcionalmente o direito individual e o direito coletivo.

Assim, não é o caso da propriedade limitar o direito real, mas sim do direito real ser baseado, ainda que indiretamente, pela função social que a propriedade possui. Desta feita a

propriedade individual existe porque a sociedade, ainda que indiretamente, também se beneficia dela, sendo imperioso sua

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20/01/2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em 20/01/2018.

COSTA, C. C. P. M. da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. 2003.

_____. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. 2003.

COULANGES, F. de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas – Volume 4**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. Volume 4**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GODINHO, A. O. **Função Social da Propriedade. In Problemas de Direito Civil Constitucional**. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

DEZEN JUNIOR, G. **Direito Constitucional**. 11 ed. Brasília: Vestcon Editora, 2006.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 6 ed. Atualizada até a EC n. 52/06, São Paulo: Atlas, 2006.

PASOLD, C. L. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2011.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: direitos reais**. 13. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

- ⁱ REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. P. 207
- ⁱⁱ CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia (sic)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. P. 199
- ⁱⁱⁱ CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias (sic) expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. P. 198
- ^{iv} PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. P. 207
- ^v COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- ^{vi} COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 45.
- ^{vii} COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. 2003, p. 46.
- ^{viii} SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 271.
- ^{ix} FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ^x Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 13. ed. São Paulo : Atlas, 2013. v. 5.
- ^{xi} COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 47.
- ^{xii} BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em 20/01/2018.
- ^{xiii} BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406** de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20/01/2018.
- ^{xiv} FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 212.
- ^{xv} MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 6 ed. Atualizada até a EC n. 52/06, São Paulo: Atlas, 2006. P. 268.
- ^{xvi} SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 273.
- ^{xvii} JUNIOR, Gabriel Dezen. **Direito Constitucional**. 11 ed. Brasília: Vestcon Editora, 2006. p. 51.
- ^{xviii} DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas – Volume 4**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 307.
- ^{xix} ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 284.
- ^{xx} DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas – Volume 4**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 263-310.
- ^{xxi} GODINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. In Problemas de Direito Civil Constitucional. Coordenador: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.