

Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil - Acre

Volume 1

Número 1

Organização

André Ferreira Marques

Nepan Editora
Rio Branco - Acre

2021

EDITOR-CHEFE

André Ferreira Marques

EDITORA-ADJUNTA

Emmily Teixeira de Araújo

CONSELHO EDITORIAL

André Ferreira Marques

Cícero de Oliveira Sabino

Emmily Teixeira de Araújo

Hilário de Castro Melo Júnior

Leonardo Vidal Calid

Maísa Justiniano Bichara Martins

Marcos Paulo Pereira Gomes

Paulo Jorge Silva Santos

Vitor Silva Damaceno

CONSELHO CIENTÍFICO

Francisco Raimundo Alves Neto

João Silva Lima

Samarah Rejany Motta Lopes

SUPORTE E DESIGNER

Marcelo Alves Ishii

SOBRE A REVISTA

A Revista Científica da OAB é um periódico eletrônico, anual, editado sob a responsabilidade do Conselho Editorial e Diretoria da OAB/AC, sem fins lucrativos, com objetivo de estabelecer redes de intercâmbio da produção científica de graduação e pós-graduação entre a comunidade jurídica acreana, empenhar-se por sua excelência, primando pelo preenchimento dos Critérios Qualis da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), com o objetivo de melhorar constantemente o estrato de sua classificação, despertar na advocacia privada a vocação acadêmica, incentivar a produção científica dos alunos de graduação e pós-graduação das Instituições de Ensino Superior do Estado do Acre, e divulgar a mais relevante e qualificada produção científica da advocacia, bem como dos alunos de graduação e pós-graduação das Instituições de Ensino Superior do Estado do Acre. Mantida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Acre, órgão de classe representativo da Advocacia Acreana, a Revista Científica da OAB/AC não cobra nenhum tipo de taxa tampouco remunera nenhum dos envolvidos no processo de publicação de trabalhos científicos, e está disponível para leitura online e downloads de seu conteúdo integral ou em versões individuais dos trabalhos científicos. Os trabalhos, divididos em seções de direito público e direito privado, remetem ou fazem referência a aspectos voltados ao estudo do direito, com ênfase para a advocacia, dentro das áreas de concentração de ciências humanas e ciências sociais aplicadas, cujo conteúdo ver-se sobre o direito, também objetivando a sua exogenia, visto que possibilitada a publicação de artigos cujos autores estejam vinculados a instituições localizadas fora do Estado do Acre. Em chamadas específicas e fluxo contínuo, as contribuições (artigos científicos, ensaios, resenhas e traduções) poderão ser livres ou vinculadas a dossiês temáticos organizados por pesquisadores e outras pessoas interessadas.



www.nobrerocha.adv.br



NOBRE ROCHA

A D V O G A D O S

SOLUÇÕES ESTRATÉGICAS

Especialistas em **Direito Corporativo**
e Contencioso de Alta Complexidade

Avenida Brasil, n. 303, 5º Andar, Sl 505/507
Centro Empresarial - 69.900-076
Rio Branco - Acre - Brasil
+55 68 3301-5702 / 3301-5703

Direito com credibilidade, experiência e confiança.

Drumond Leitão & Torres Advogados é um escritório com atendimento personalizado e exclusivo.

Com grande expertise e atuação direta dos sócios (*Senior Hands On*), presta serviços jurídicos com visão estratégica, criativa, com foco nos resultados e máxima segurança. O que nos move é superar as expectativas!

Áreas de atuação

- **Empresarial & Societário**
- **Direito Tributário**
- **Direito Administrativo**
- **Direito Eleitoral**
- **Direito Civil**



Thomaz Drumond
Sócio



Luciano Leitão
Sócio



Rubenício Leitão
Sócio



Thiago Torres
Sócio



SUMÁRIO

A PRESERVAÇÃO DAS VIRTUDES MORAIS NAS AÇÕES EMPRESARIAIS VOLTADAS PARA A SOLIDARIEDADE SOCIAL

THE PRESERVATION OF THE MORAL VIRTUES IN CORPORATE ACTIONS FOR SOCIAL SOLIDARITY

André Ferreira Marques.....9

O PROVIMENTO Nº 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: O REGISTRO PÚBLICO DAS FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS E SEUS EFEITOS

PROVIDE Nº 63 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: THE PUBLIC REGISTRATION OF SOCIOAFFECTIVE MEMBERSHIP AND ITS EFFECTS

Maisa Justiniano Bichara Martin, Leonardo Silva de Oliveira Bandeira, Alinne Rakel Bandeira Zaire, Weverton Thadeu Rodrigues da Costa..... 25

ESTUDO SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

STUDY ON OBSTETRIC VIOLENCE

Ana Paula Pessoa Judar 41

A OFERTA DE CONSULTORIA JURÍDICA DE ASSUNTOS PRIVADOS PELOS SINDICATOS A SEUS TUTELADOS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO ÀS ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DO ADVOGADO

THE OFFERING OF JURIDICAL COUNSELING ABOUT PRIVATE MATTERS BY LABOR UNIONS TO THEIR UNIONIZED AND THE POSSIBLE VIOLATION OF THE EXCLUSIVE LAWYER ATTRIBUTIONS

Roger Vítório Oliveira Sousa, Ana Rayza Santos Costa 53

O ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO NO BRASIL: CONCEITOS, PROCEDIMENTOS E OPORTUNIDADES

ACCESS TO GENETIC PATRIMONY IN BRAZIL: CONCEPTS, PROCEDURES AND OPPORTUNITIES

Hilário de Castro Melo Júnior, Caio Ferrari de Castro Melo 75

A INTOLERÂNCIA SEXUAL E A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

SEXUAL INTOLERANCE AND THE NEED FOR CRIMINAL INTERVENTION

Luanne Natália Haluen Maia Lima, Darling Lopes Vasques, Willian Pollis Mantovani 91

UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

AN ANALYSIS OF JURISPRUDENCE REGARDING THE THEORY OF CONSUMER PRODUCTIVE DEVIATION

Jhovana Rocha da Silva, Danilo Scramin Alves, Willian Pollis Mantovani 103

A SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE SUBJECTION OF HEALTH PLAN ADMINISTRATION TO THE TAX ON SERVICES OF ANY NATURE - ISSQN FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Luciano Oliveira de Melo..... 119

ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR ERRO NA FORMAÇÃO DA VONTADE E DO PROCESSO DE DECISÃO, SEGUNDO O DIREITO PORTUGUÊS

ANNABILITY OF THE LEGAL BUSINESS BY ERROR IN FORMING THE WILL AND THE DECISION-MAKING PROCESS, UNDER PORTUGUESE LAW

Gilliard Nobre Rocha 131

A PRESERVAÇÃO DAS VIRTUDES MORAIS NAS AÇÕES EMPRESARIAIS VOLTADAS PARA A SOLIDARIEDADE SOCIAL

THE PRESERVATION OF THE MORAL VIRTUES IN CORPORATE ACTIONS FOR SOCIAL SOLIDARITY

André Ferreira Marques¹

RESUMO: O presente artigo tem como problemática central a análise da necessidade da preservação das virtudes morais na aplicação da solidariedade social por parte das empresas privadas. A pesquisa, de caráter aplicada e descritiva, se desenvolve por meio do método hipotético-dedutivo, trazendo uma abordagem qualitativa à revisão bibliográfica e documental, buscando situar o princípio da sociossolidariedade no ordenamento jurídico pátrio, com uma breve digressão sobre os princípios clássicos do contrato, passando pela transição do Estado liberal para o Estado social e a posterior aderência dos princípios da função social e solidariedade. Ato contínuo, verifica que, muito embora exista uma carência de instrumentos regulatórios que possibilitem a repressão de práticas não-solidárias, em razão da abstratividade dos princípios, é clara a necessidade de incorporação da função social e solidária também nas relações entre particulares, na busca da máxima efetividade do comando constitucional. Constata, assim, que algumas empresas privadas já compreenderam que é imprescindível a adoção de uma postura atenta à solidariedade social para a criação de um *capital de reputação*, essencial quando se ambiciona sedimentar a sua posição de mercado. Na sequência pondera sobre a ética e as virtudes morais, para concluir que, apesar de representar um avanço social significativo, a adoção de políticas solidárias por empresas privadas, devem ser preservadas as virtudes morais, a fim de que seja criada uma real consciência social nos indivíduos baseada em imperativos categóricos, estimulando que se faça o certo por ser o certo, não para que se tenha alguma vantagem.

PALAVRAS-CHAVES: Solidariedade social. Capital de reputação. Virtudes morais.

ABSTRACT: The main issue of this article is the analysis of the need to preserve moral virtues in the application of social solidarity by private companies. The research, of an applied and descriptive character, is developed through the hypothetical-deductive method, bringing a qualitative approach to the bibliographic and documentary review, seeking to situate the principle of sociosolidarity in the national legal system, with a brief digression on the classic principles of the contract, passing through the transition from the liberal state to the social state and the subsequent adherence to the principles of social function and solidarity. Continued act, it verifies that, although there is a lack of regulatory instruments that allow the repression of non-solidarity practices, due to the abstraction of the principles, the need to incorporate the social and solidarity function is also clear in the relationships between individuals, in

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Graduado em Direito pela Faculdade da Amazônia Ocidental (FAAO). Advogado. Árbitro inscrito nos quadros da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE). Vice-Presidente do Conselho Estadual de Trânsito do Acre (CETTRAN/AC), biênio 2019/2021. Secretário-Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Acre (OAB/AC), gestão 2019/2021. Sócio do escritório Bezerra, Cardoso e Marques Advogados Associados.

the search maximum effectiveness of constitutional command. It finds, therefore, that some private companies have already understood that it is essential to adopt a posture attentive to social solidarity for the creation of a reputable capital, essential when it is ambitious to consolidate its market position. Then he ponders about ethics and moral virtues, to conclude that, despite representing a significant social advance, the adoption of solidary policies by private companies, the moral virtues must be preserved, in order to create a real social conscience in individuals based on categorical imperatives, encouraging people to do the right thing because it is the right thing, not to have any advantage.

KEYWORDS: Social solidarity. Capital of reputation. Moral virtues.

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 foi inaugurada a ordem jurídica atual, que tem a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como seus alicerces principais. Desta forma, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado sob a ótica de tais vetores constitucionais.

A dignidade da pessoa humana sempre teve maior atenção diante da solidariedade social, que, com certo atraso em relação ao cenário internacional, começa a ser difundida e estudada com maior amplitude no Brasil na seara jurídica, em especial pela percepção da necessidade de preocupação com sustentabilidade e com as gerações futuras. Isso porque, os ideais de liberdade e individualismo não mais se mostraram adequados como instrumento de proteção do ser humano, à vista das transformações sociais havidas nos séculos XIX e XX, culminando com o nascimento do Estado social como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado liberal.

Neste contexto, diante do reconhecimento da necessidade de evolução dos paradigmas, tem-se que a função social do contrato, que busca impingir aos contratantes a não se descurarem das expectativas sociais com a imposição de um dever negativo, sob pena de interferência ativa do Estado, tem perdido espaço para a função solidária do contrato, a qual, com conotação diversa, impõe um dever positivo de colaboração social, numa perspectiva de auxílio às pessoas e à sociedade.

De seu turno, ao passo que se mostra pacífica a obrigatoriedade da boa-fé e até mesmo da função social nas relações privadas, ainda se apresenta incipiente a aceitação da aplicabilidade direta e efetiva da solidariedade social nos contratos privados, o que se entende por sua terceira dimensão, visto que deficientes os instrumentos legislativos relativos ao assunto. Porém, muito embora discutível a sua eficácia plena e controvertida sua instrumentalidade e obrigatoriedade imediata, por entender que a reputação é a moeda do futuro, por assim dizer, grandes companhias têm se apropriado do discurso sustentável, e adotado medidas voltadas para a solidariedade social, mesmo que tais práticas importem em diminuição de seu lucro.

Nesse contexto, surge a necessária reflexão sobre a observância dos valores intrínsecos na adoção das mencionadas práticas solidárias empresariais, visto que, a preservação de uma conduta retilínea, assim considerada aquela que preza pela conservação das virtudes morais em seus motivos determinantes, baseada em imperativos categóricos, pode importar na validade do processo de conscientização da sociedade e de seus personagens sobre a essencialidade da solidarie-

dade, ou apenas representar uma necessidade de exteriorização de uma boa reputação perante a sociedade, dissociada de qualquer compromisso social verdadeiro.

Com vistas ao desenvolvimento da investigação descritiva proposta, foi adotado o método hipotético-dedutivo, posto que considerada a hipótese de ser imprescindível a observância das virtudes morais na realização de ações empresariais de caráter solidário, partindo-se de um procedimento de revisão bibliográfica e documental de obras e artigos científicos sobre o tema, em uma abordagem qualitativa a respeito dos pressupostos e dados colacionados.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em quatro seções, a primeira delas iniciando-se com um referencial de caráter técnico e teórico atinente ao princípio da solidariedade demonstrando a importância de sua observância pela sociedade, conforme mandamento constitucional.

Em seguida, o segundo tópico aborda a aplicação do princípio da solidariedade social às relações de natureza privada, em uma obrigação que extrapola a função social do contrato, e impõe adicionalmente, um dever positivo de atuação solidária aos contratantes. No terceiro ponto, são abordadas questões fundamentais sobre ética e as virtudes morais para, então, ato contínuo, a partir de todas essas premissas, abordar a observância das virtudes morais nas ações empresariais solidárias.

Por fim, busca apresentar as considerações finais acerca do problema proposto, de modo a avaliar a importância de serem observadas as virtudes morais nas ações empresariais solidárias como fruto de um imperativo categórico, e não apenas como um artifício para obter uma boa repercussão social.

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Após a Segunda Guerra Mundial, o crescimento populacional, os avanços da tecnologia, a globalização, o fortalecimento da mulher como sujeito de direitos, e o surgimento de uma sociedade de consumo, dentre outros gatilhos sociais, políticos, econômicos e jurídicos, expuseram todas as mazelas do pensamento liberalista e, conseqüentemente, a insuficiência desta ideologia para regência da “nova sociedade” (SANTIAGO; CAMPELLO, 2016), levando o Estado a perceber que não era capaz de atender sozinho à integralidade das demandas da coletividade, reconhecendo a necessidade de que precisaria se reorganizar, para, com o apoio da própria sociedade, clamar por um novo paradigma do direito.

No Brasil, essa nova ordem jurídica foi inaugurada de maneira ampla e formal pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como princípio basilar, já em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, ao dispor que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”. Mais ainda, trouxe no art. 3º, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

A respeito desses objetivos fundamentais, José Afonso da Silva (2009, p. 46) entende que almejava o constituinte que a República Federativa do Brasil fosse edificada por homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva fosse um fator de dignificação da pessoa e em que o senti-

mento de responsabilidade e apoio recíprocos restasse solidificado na ideia de comunidade fundada no bem comum. Assim surgiria a identidade do Estado democrático de direito, valorizando a justiça social, como produto de liberdade igualdade e fraternidade tal qual ocorrido no Estado liberal produto da Revolução Francesa.

Esse ideal de solidariedade, aliás, vem se enraizando cada vez mais na sociedade brasileira, até mesmo em razão da influência internacional, como pode se verificar logo no preâmbulo da Carta da Terra, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no ano de 1992, no Rio de Janeiro, conhecida por Eco Rio 92, que enfatiza a estreita relação entre o meio ambiente, a sociedade e a economia.

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher o seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio da uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Isso significa que o foco voltado precipuamente para o indivíduo foi modificado, passando-se a preservar a dignidade do indivíduo como princípio basilar, conjugado com a responsabilidade social imputada a todos – ao Estado e à própria sociedade – de promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. Mais que isso, a solidariedade alcança um sentido de valor, na medida em que impõe à dignidade da pessoa humana uma leitura que objetive a preservação da vida e da liberdade com igualdade, com justiça, ética e valor da pessoa humana como base de um direito que opere como fator de transformação social (CARDOSO, 2012).

Importa salientar que a ideia contemporânea de solidariedade tem evoluído desde suas origens, que remontam os ideais franceses de fraternidade e irmandade. Em seu conceito, *fraternité*, foi adotado na revolução francesa e tornou-se lema para a construção de uma sociedade de cidadãos igualitários. A partir daí, a concepção de luta da *fraternité* passou a ter um significado de cunho político, conjugado com o conceito romano-legal *in solidum*, que significa o dever para com o todo, resultando em uma ideia de responsabilidade geral, culpa coletiva, obrigação solidária: *obligatio in solidum*. Assim, a *obligatio in solidum* une pessoas desconhecidas com papéis complementares e interesses heterogêneos por meio de um abstrato meio legal (WESTPHAL, 2008).

Esse amadurecimento conceitual pode ser perfeitamente representado pela evolução das dimensões (gerações) dos direitos fundamentais, que teve por primeiro objetivo delineado a preservação da vida, o qual incorporou a liberdade em um segundo momento, e de há muito agregou os ideais de igualdade e qualidade de vida em sentido difuso, tencionando à equidade e cooperação social, razão pela qual se mostra necessária a aplicação desta dinamogênica da solidariedade aos particulares (CARDOSO, 2012).

Diga-se, lateralmente, que muito embora se apresente recente no meio jurídico, a solidariedade social é estudada há tempos em outras ciências, a exemplo da sociologia, com os impactos

da chamada sociedade de risco decorrentes do consumismo exacerbado e da necessidade de conscientização da sociedade e adoção de políticas públicas; e da economia, que há tempos já se utiliza de conceitos de economia solidária, economia participativa, cooperativismo, financiamento coletivo (*crowdfunding*), e até a preocupação política dos governos diante da globalização e escassez de recursos naturais bastantes às futuras gerações.

Essa, portanto, deve ser a concepção ideal da solidariedade social, que importa em alinhar por meio do direito e de outras áreas das ciências, de forma colaborativa, os interesses particulares aos interesses da coletividade. Uma ordem jurídica voltada apenas para o indivíduo não se sustentaria quando os interesses privados se alocassem em choque com os interesses coletivos.

Desta forma, deve ser entendido por solidariedade social a empatia dos indivíduos perante os desafios enfrentados pelo pelos seus pares, e a compreensão de que cabe a cada indivíduo a consciência dos impactos negativos engendrados por seu consumo; às empresas encontrarem meios de produção que reduzam os prejuízos ao meio ambiente e usar componentes menos agressivos e tóxicos; e ao Estado estabelecer normas jurídicas adequadas bem como a fiscalização mediante sanções mais severas que penalizem os recalcitrantes e recompensem os mais cooperativos no resguardo do almejado bem-estar social (BENACCHIO *et al.*, 2017), entendendo, todos, que são corresponsáveis pelos rumos da humanidade, razão pela qual precisam empreender esforços coordenados para assegurarem para si e para as gerações futuras uma sociedade mais justa, saudável e equilibrada.

SOLIDARIEDADE SOCIAL APLICADA AOS CONTRATOS PRIVADOS

Como visto, as constantes modificações sociais exigiram uma evolução natural da teoria clássica dos contratos a fim de tutelar juridicamente as novas relações interpessoais criadas pela sociedade, assim como o estabelecimento de deveres anexos aos contratantes visando à compreensão de uma responsabilidade compartilhada pelos rumos do planeta. Isso porque o mundo não é mais o mesmo. As relações sociais evoluíram, assim como as necessidades das pessoas também se modificaram, de modo que pensar em uma teoria contratual apoiada apenas nos princípios clássicos da autonomia da vontade privada, força obrigatória do contrato, equivalência material, boa-fé, função social, consensualismo e relativismo subjetivo (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 616), não se mostra apropriado ao mundo pós-moderno.

O poder de contratar livremente, também chamado de autonomia da vontade, está limitado pela ordem pública e pela função social do contrato. Esta última está assegurada pelo artigo 421 do Código Civil, conferindo aos contratantes o poder de regular, por sua própria vontade, as relações das quais participam, porém, não da forma ampla e irrestrita permitida pelo princípio da autonomia da vontade. Este direito está limitado pelas normas de ordem pública, de modo particular, pelos princípios sociais contratuais, ou seja, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual (MORO; MAIA, 2014).

Diante dessa necessidade de adaptação, em um primeiro momento, a função social passou a incorporar o negócio jurídico, que antes era voltado apenas para as partes contratantes, importando em um dever negativo de não sobrepor os interesses particulares sobre os interesses coletivos, *facilitando a revisão das prestações e até mesmo a resolução do contrato* (DINIZ, 2002,

p. 36). Passou-se, com isso, a limitar o individualismo e garantir a tutela da coletividade, em limites sociais que se apresentariam em posição hierarquicamente superior às demais limitações contratuais (SANTIAGO; CAMPELLO, 2012). Essa transição do Estado liberal para o Estado social, que se fez necessária e adequada ao momento em que ocorreu, hoje já se apresenta ineficaz a essa nova ordem jurídica exigida. Não se trata, porquanto, de negar validade ou ignorar a relevância dos avanços obtidos com o advento do Estado social, mas de reconhecer que é preciso avançar ainda mais.

O direito brasileiro veio, então, com certo atraso em relação ao cenário internacional, amadurecendo e incorporando à sua estrutura estas novas perspectivas também ao direito privado. O surgimento da consciência da sociedade acerca da imprescindibilidade da adoção de cuidados com as gerações futuras, com sustentabilidade ambiental e econômica e social resultou na necessidade de se agregar, para além de uma função social, uma função solidária aos contratos privados. Assim foi complementada a dinâmica contratual com a inserção da função solidária, assim entendida como uma conscientização de que todos têm um dever positivo de adotar ações para conservar a humanidade, inclusive os contratantes privados. Não lhes caberia mais apenas observar os seus interesses particulares, numa postura individualista. Da mesma forma, não se mostraria suficiente que seus interesses particulares estivessem socialmente equilibrados, num dever negativo de não implicar em prejuízo à coletividade, pelo que passou a ser imposto aos contratantes um dever positivo de cooperação, assistência e cuidado em relação ao próximo, estranho à relação contratual. Um dever de solidariedade. Registre-se, porém, que a solidariedade aqui não deve ser entendida como sinônimo de fraternidade, apesar de se inserir dentro dela, que possui uma carga valorativa mais subjetiva e ampla, altruística.

Assim, sob esse novo viés, passou a ser atribuído como poder-dever dos contratantes, em especial às empresas, buscar, no seu ministério privado, ações deliberadas para fomentar um desenvolvimento sustentável, atuação proativa acerca dos aspectos humanos, adotando práticas éticas, transparentes e “politicamente corretas”, atendendo, pois, a função solidária do contrato.

Diante desse quadro, tivemos somados aos pilares basilares da teoria clássica dos contratos, a função social e a função solidária, ambas com previsão expressa na Carta Magna, fizeram parte do esteio do Código Civil de 2002, concebido sob as diretrizes dos princípios da operabilidade, eticidade e socialidade (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 644).

No entanto, muito embora se mostrem avançados os estudos doutrinários e acadêmicos sobre a aderência de tais princípios à teoria dos contratos, ainda existe um distanciamento legislativo a esse respeito, revelando uma dificuldade quando se pretende dar concretude aos princípios da função social e principalmente da função solidária do contrato. Com efeito, por não inexistirem ferramentas legislativas claras e específicas, o trabalho se torna sobremaneira dificultoso, pois importa em uma interpretação sistemática, nem sempre compartilhada por todos, de modo que ideias como financiamento coletivo, economia colaborativa, acabam por carecer de respaldo jurídico, por vezes inviabilizando a adoção de tais práticas.

Surge, ademais, diante de tal circunstância, o desafio de como mensurar o atendimento da função solidária do contrato e os reflexos jurídicos disto. Quando se trata da função social, onde existe um limite aos interesses individuais claramente estabelecido em razão dos interesses da

coletividade, é concreta e tangível a verificação da sua atuação em conformidade ou não aos interesses sociais, sendo possível a utilização de mecanismos de controle que declarem a inexistência, invalidade, ineficácia, nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos em desacordo com função social. Mas, qual o limite do dever positivo imposto aos indivíduos em razão da função solidária?

Imaginemos que um contratante não viola nenhum dever de informação, boa-fé, lealdade, porém, ainda que de forma transparente, atua de forma “pouco solidária”, quando poderia fazê-lo em maior proporção. É a típica situação ocorrida no Cartel Phoebus, onde se inaugurou a discussão acerca da obsolescência programada (ROSSINI; SANCHES, 2017), diante da manipulação da fabricação de lâmpadas para que tivessem menor tempo de vida útil.

Os objetivos do projeto Phoebus eram a troca de patentes e o controle da produção mundial, com foco principalmente no controle do consumidor que seria conduzido a comprar lâmpadas com regularidade, uma vez que se elas tivessem vida útil reduzida seria uma vantagem econômica. O documentário traz um depoimento de Thomas A. Edison, o inventor da lâmpada, que em 21 de outubro de 1871 fazia a primeira venda de sua invenção, a qual teria duração de 1500 horas, pois possuía um filamento de grande resistência. Até o ano de 1924, as lâmpadas tinham certificado de duração de 2.500 horas, o que era destacado por seus fabricantes. Todavia com o projeto Phoebus, essa longevidade foi gradativamente reduzida e padronizada em 1.000 horas. Porém, em 1925 foi criado o “*Comite de las 1.000 horas de vida*” como o objetivo claro de reduzir tecnicamente a vida útil das lâmpadas. As informações do documentário são baseadas na pesquisa do historiador de Berlim –Alemanha, Helmut Höge, que encontrou documentos secretos que comprovam a existência do cartel e de seus membros. Ele denuncia que empresas como a Phillips na Holanda, a Osram na Alemanha e lâmpadas Teta na Espanha participaram do projeto Phoebus. Entre os documentos encontrados, o historiador destaca um trecho com a seguinte recomendação: “A vida média das lâmpadas de iluminação geral não deve ser garantida e nem oferecida por outro valor que não seja 1.000 horas”. Para garantir essa indicação, o cartel mantinha um rigoroso controle de qualidade que penalizava as empresas que descumprissem o estabelecido no projeto Phoebus. À medida que a indústria verificava os efeitos da obsolescência programada, ou seja, o aumento nas vendas e nos lucros, a durabilidade das lâmpadas caía drasticamente, em apenas dois anos passou de 2.500 horas para menos de 1.500. E, assim nos anos de 1940 o cartel atingiu seu objetivo principal e as lâmpadas comercializadas eram deliberadamente anunciadas com apenas 1000 horas de duração (DOMINQUINI; SANTOS, 2014).

Claramente a conduta dos integrantes do referido cartel não atendeu aos postulados da solidariedade social. No entanto, é possível obrigar que fabriquem produtos com determinada capacidade ou qualidade? Até que ponto é possível impor tal dever positivo? Indubitavelmente, esses ainda são questionamentos que não têm respostas, e talvez nem venham a ter, visto que a abstratividade dos princípios aliada a uma carência de instrumentos regulatórios que estabeleçam concretamente a observância de práticas solidárias, assim como uma ausência de ferramentas que possibilite a repressão de sua inobservância, resulta em uma postura de incerteza e completa inação para a sociedade e Estado.

ÉTICA, MORAL E AS VIRTUDES MORAIS

A ética, ramo da filosofia que se dedica ao estudo dos valores morais que orientam o comportamento do ser humano na sociedade, muitas vezes é confundida com a própria moral, consideradas por muitos como se sinônimo fossem. Ambas as palavras possuem significação semelhante, que remetem a expressões como: bom, mau, certo e errado, no entanto, não devem ser confundidas. A origem etimológica da palavra “ética” vem do grego “*ethos*”, que significa modo de ser, enquanto a moral é oriunda do latim “*mores*”, que significa costumes. A moral, portanto, pertine a um valor, relacionado ao meio social que se vive, de modo que pode variar conforme a época, região, até do grupo de pessoas envolvidos. É, pois, um sistema de regras que ordenam o comportamento dos indivíduos em um determinado meio social.

A consciência do que se entende por moral sempre existiu na sociedade, e sempre foi transmitida por meio da tradição e educação, de modo que todo ser humano tem formada uma ideia de moral, que o conduz a distinguir o que é moralmente correto ou reprovável, no contexto em que é analisada. De outro lado, a ética se apresenta de maneira menos universal, sem variação de seus valores e conceitos em razão do meio social ou do grupo de pessoas considerado, induzindo o agir não apenas por hábito ou costume, mas especialmente por convicção e inteligência do próprio indivíduo.

Ambas se relacionam e se completam mutuamente, pois, na ação do indivíduo, o conhecer e o agir são indissociáveis e podem até vir a coincidir em muitas situações, sobretudo quando se tratarem de situações extremas, ou de moral inflexível, mas não necessariamente andarão juntas em todas as hipóteses. Como visto, a moral se relaciona a uma consciência geral social, enquanto a ética é mais relacionada a uma conduta concreta do indivíduo, e sob a perspectiva da ética kantiana, a ação humana será sempre baseada em imperativos, assim considerados quaisquer princípios através dos quais um agente racional se obriga a agir com base em fundamentos objetivos ou razões (WOOD, 2008, p. 166). Os imperativos, segundo Kant (2008, p. 62), podem ser classificados em hipotéticos, quando se relacionarem a uma paixão, desejo, uma vontade do agente que, apesar de não se apresentar necessária, o deixaria mais feliz (PACHECO, 2015), e importaria em uma ação possível como meio de alcançar um determinado fim (MINOTTI, 2012).

O imperativo categórico, de seu turno, não tem por objetivo alcançar qualquer resultado com determinado comportamento. Ele impõe a adoção do comportamento por si, sem se relacionar com a matéria da ação ou com o que pode vir a resultar, mas com o princípio do qual ele deriva. Este, para Kant, é o imperativo que se relaciona com a moral, visto que não se limita por nenhuma condicionante, e se apresenta necessário (KANT, 2008, p. 62).

Com esse ideário de imperativo categórico que o filósofo buscou estabelecer uma fórmula moral para as questões relativas à ação humana, partindo sempre das ações individuais, ele apresentou três formulações na sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que se complementam e formam o eixo central da chamada moral kantiana, a saber, *fórmula da lei da natureza*: age como se a máxima de tua ação devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza (KANT, 2008, p. 52); *fórmula da humanidade com fim em si*: age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio (KANT, 2008, p. 66-67); e *fórmula da autonomia*: age

como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais (KANT, 2008, p. 70).

De outro lado, ao tratar sobre a virtude em sua obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2015, p. 45) a classifica, dentre uma das três coisas que são encontradas na alma, como uma disposição de caráter, não se confundindo com uma paixão ou faculdade, já que não podemos ser elogiados ou censurados por nossas paixões ou faculdades, mas podemos ser quando sentimos tais coisas de certa maneira. Ou seja, não é o caso das paixões (dos sentimentos pelos quais somos tomados) não terem nenhuma relação com as virtudes ou os vícios, mas sim de essas paixões serem emocionalmente recebidas e expressadas de uma maneira boa, quando se tratar de uma virtude e de uma maneira ruim, no caso de vício. Assim, uma disposição não diz respeito à simplesmente uma paixão que sentimos, mas ao modo pelo qual somos capazes de sentir essa paixão, e isso depende das circunstâncias nas quais nos encontramos. De igual modo, não pode ser considerada uma faculdade, pois não se pode escolher se será afetado ou não por determinado sentimento, tampouco julgar alguém por isso. Mas, da mesma forma, é possível valorar a postura que ele adotou ao ser atingido pelo sentimento. Além disso, reconhece quatro formas pelas quais pode se originar: pelo acaso, pela necessidade, pela natureza e pela escolha deliberada. Que as virtudes morais surjam ao acaso, é algo sem sentido, pelo que é de plano rechaçada. Em razão da necessidade ou da natureza, afastaria qualquer colaboração do agente para o reconhecimento de um ato de bravura ou covardia, o que também se apresenta irrazoável. Assim, resta a escolha deliberada, que decorre de um condicionamento voluntário do indivíduo, que o tornará virtuoso. Ao assim reconhecer, as virtudes morais são tratadas como hábitos, decorrentes de disposições de caráter, devidamente alinhadas às diretrizes éticas (ARISTÓTELES, 2015, p. 47).

Neste ponto, registre-se que, para considerar que um indivíduo preserva seus valores morais alinhados com a ética, com base na observação de seu comportamento, além de a ação analisada ser considerada virtuosa, deve este indivíduo ter consciência da conduta proba que adotou, e ter escolhido os respectivos atos por eles mesmos, como resultado de um caráter firme e imutável.

(...) não é pela presença de algumas características intrínsecas que elas são feitas de modo justo ou temperante; é preciso ainda que o próprio agente esteja em condição ao praticá-las; em primeiro lugar, ele deve saber o que ele faz, e, em seguida, escolher livremente a ação em questão e escolhê-la em vista da própria ação; por fim, sua ação deve partir de uma disposição moral firme (ARISTÓTELES, 2015, p. 47).

Por isso devem ser diferenciados os atos feitos conforme a virtude e os atos feitos pela virtude. Alcançar um padrão ético e moral de conduta, por mais que possa ser considerado resultado de treinamento e hábito, difere de ações artísticas e esportivas onde a repetição como forma de adestramento pode conduzir o indivíduo à excelência. Ao contrário, as ações virtuosas para serem assim consideradas, e como não meros atos com conformidade com a virtude, exigem, como dito, conhecimento, escolha pelo próprio ato, e motivação por uma segura disposição de caráter. É dizer, pois, confluindo o pensamento de ambos filósofos, que a ação para ser considerada ética, deve ser baseada em um imperativo categórico (ou, conforme a virtude), e não em um imperativo hipotético (apenas em conformidade com a virtude).

AS VIRTUDES MORAIS NAS AÇÕES EMPRESARIAIS SOLIDÁRIAS

Como mencionado anteriormente, ao passo que existe resistência na concretização do combate às práticas não-solidárias, há entendimento de que a reputação da empresa é sobremaneira importante na sua colocação no mercado. A sociedade como um todo tende a ter maior empatia com empresas que possuem boas práticas relacionadas às futuras gerações, à sustentabilidade, à transnacionalidade, e, além disso, adotam uma postura proativa de participação na construção de uma sociedade mais saudável, pela via da solidariedade social (SANTIAGO; MEDEIROS, 2017).

Portanto, a ética ambiental e empresarial, bem como a função social da empresa é assunto de grande relevo na atualidade, pois assumir a responsabilidade pela promoção do desenvolvimento sustentável, é uma forma de a empresa promover a responsabilidade social. Duas são as possibilidades que se vislumbra nessa linha de pensamento: ou a empresa contemporânea assume este seu papel de responsabilidade social, ou poderá não sobreviver a uma sociedade cada vez mais preocupada com essa postura ética e responsável das empresas, fornecedores e prestadores de serviços (MORO; MAIA, 2014).

De igual maneira, há a repulsa por empresas que não contribuem para um desenvolvimento sustentável, ou pior, têm atuação negativa a esse respeito, degradando o meio ambiente e utilizam do seu poder econômico para explorar o trabalho de uma forma desumana, sem se importar com a realidade da comunidade na qual estão implantadas e onde auferem lucros (SANTIAGO; MEDEIROS, 2017). São exemplos recentes desta realidade, o ocorrido com empresas da indústria da moda associadas a trabalho escravo, e de empresas de construção civil envolvidas em escândalos de corrupção no Brasil, que tiveram enorme impacto social negativo.

Assim, vê-se que a preocupação com o lucro direto, tem sido considerado de forma secundária, uma vez que o fato de as empresas se adequarem aos valores atualmente importantes para a sociedade, preocupando-se não só com as suas atividades empresariais, mas também mostrando-se conscientes de seu papel como parte da engrenagem social, traz a elas inúmeras vantagens (MORO; MAIA, 2013). Dito isso, é clara a importância da manutenção da boa conduta por parte das empresas, em todos os aspectos possíveis, desde a gestão eficiente, comprometimento dos dirigentes e equipe de funcionários, todos pensando e agindo colaborativamente com compromissos pautados em valores morais para o cumprimento de seus objetivos sociais, e desenvolvendo o chamado “*capital de reputação*”.

Esse reconhecimento pela sociedade de uma empresa socialmente responsável constitui um estímulo para que as empresas se preocupem e se desdobrem para alterar sua forma de atuar, adotando ações e posturas ambientalmente sustentáveis. Afinal, divulgar valores ética e socialmente responsáveis, altamente valorizados na atual sociedade, atrai atenção do mercado e seus consumidores (MORO; MAIA, 2013).

Isso também é reflexo da pós-modernidade, visto que, com a velocidade que as informações circulam entre os consumidores, sobretudo na *internet*, a presença de recomendações, depoimentos e experiências de consumidores anteriores, que genuinamente passaram pela experiência de compra de um produto ou serviço em determinada empresa, fazem um papel de aconselhamento, com sinceridade e segurança maior que a dos vendedores, visto que questionável diante do interesse na concretização do negócio.

Porém, se a boa reputação é considerada como a moeda do futuro, na verdade, o movimento corporativo não estaria diminuindo sua lucratividade ao adotar práticas sustentáveis por uma verdadeira preocupação com os interesses sociais, mas sim assegurando sua posição de mercado, em busca de se posicionar melhor, cativar e captar mais clientes. No entanto, diante da necessidade de auto-regulamentação exacerbada enraizada no seio social, muitas ações se iniciaram como obrigações impostas pelos poderes públicos, mas foram significativamente ampliadas por empresas que conseguiram fazer essa acertada leitura do mercado da criação do capital de reputação para agregar valor à sua marca.

Têm se destacado no cenário comercial as empresas que possuem certificação ambiental como “Selo Verde” e “ISO-14001”, posto que capitalizam maior aceitação social e, por via de consequência, valorizadas. Mais até que uma simples valorização, o seu próprio ingresso e permanência nos mercados nacional e internacional exige uma adequação às normas da ABNT e certificação ambiental (MORO; MAIA, 2014).

Todavia, diante deste cenário, surge uma interessante reflexão sobre a necessidade da observância de valores morais nas condutas, que a princípio pode parecer irrelevante, mas quando analisada com mais vagar, pode demonstrar que trará efeitos contrários numa alteração do cenário. Como dito, via de regra, as primeiras ações solidárias geralmente são resultado de uma imposição legal, cuja ampliação tem se mostrado vantajosa em razão da percepção da importância de se investir no capital de reputação. Mas, com propósitos errados, ou seja, sem a observância das virtudes morais, por mais que traga o mesmo resultado prático imediatamente, tem-se que tal comportamento pode vir a se tornar indesejado, deixando de alcançar o ideal de sustentabilidade social pretendido.

Pensar nos reais objetivos existentes por trás das ações adotadas se apresenta tão ou mais importante que as próprias ações. Isso porque, se as razões que fundam tais práticas se basearem em uma verdadeira preocupação com o futuro e com a sociedade, teremos uma mensagem real e concreta que certamente se perpetuará no tempo com as futuras gerações. Ao contrário, se os objetivos revelarem um interesse puramente econômico de criação de um capital de reputação desprovido de qualquer valor moral, será abandonada tão logo seja possível um novo caminho para alcançar a mesma finalidade.

É o que se pode observar, por exemplo, nos municípios em que foram editadas leis que proíbem o uso de canudos plásticos. Apesar de posições controvertidas por parte de empresários e até mesmo de usuários sobre a necessidade e adequação da medida, ela demonstra uma preocupação do poder público com o meio ambiente, e impõe uma obrigação aos particulares em suas relações privadas. Em muitos desses municípios, assim como em outras localidades em que não há tal determinação legal, é possível identificar empresas privadas adotando práticas correlatas ao abolirem o uso de sacolas plásticas, fomentando o uso de sacolas retornáveis. Não se discute, pois, o fato de se apresentarem interessantes e importantes tais ações. Porém, imprescindível a análise dos motivos determinantes para adoção dessas práticas voluntárias voltadas para a sustentabilidade e solidariedade social, visto que, acaso desalinhadas das virtudes morais, certamente poderão importar, por exemplo, em uma cobrança pelas sacolas retornáveis, que, aliada com a desoneração do custo da sacola plástica, manteria a lucratividade da empresa,

ao tempo que agregaria pontos à sua reputação perante a sociedade, ou, em última análise, a ação poderia ser descartada na medida em que não lhe acrescentasse mais qualquer valor. Não seria fazer o certo por ser o certo. Mas fazer o certo por que lhe é vantajoso de alguma forma. Esse é o ponto. Quem faz o certo por ser certo, cria uma consciência social valiosa que reflete na educação da sociedade como um todo, que inexistiria naquele que objetiva alguma vantagem pessoal, empresarial ou econômica. Tão logo seja possível uma outra forma para trazer maior vantagem, será abandonada a adoção da “conduta ética”.

Essa essência remonta ao traço altruísta inserto nas ações morais, que se entende quando existe um juízo que considera e valoriza as perspectivas do outro *como tal*, em um verdadeiro *descentramento* do eu.

Este ocorre quando reconheço os interesses do outro porque são bons para o outro, sejam eles benéficos ou prejudiciais a mim. O altruísmo está na base de todo ato moral; ele caracteriza, em suas grandes linhas, o reconhecimento do outro *como tal*. Entendido dessa maneira, o altruísmo pode ser o outro que convive comigo em uma dada comunidade, em um certo momento histórico, e em uma localidade geográfica precisa; ou pode ser qualquer outro, de qualquer lugar e qualquer tempo, desde que seja um agente racional ou mesmo que tenha somente uma base emocional reconhecível, como no caso dos animais (ZINGANO, 2013, p. 16-17).

José Renato Nalini (2011, p. 121), ao discorrer sobre a questão da ética empresarial e da sustentabilidade, entende que se faz necessário que se tenha compromisso com a verdade, visto que a transparência e franqueza não igualmente exigidos pela sociedade. Não se mostra bastante que a empresa se diga ecologicamente correta, se de fato não é. O refinamento do mercado e a consciência dos consumidores permitem que seja evidenciado o valor do produto/serviço e do próprio fornecedor, de modo que transparência, verdade e franqueza são valores que as pessoas e as empresas não podem ignorar.

Por apresentar uma série de benefícios, a adoção de ações socialmente responsáveis, invariavelmente acaba sendo objetivo de ações mal-intencionadas de empresas que busca esse capital de reputação, sejam elas efetivamente preocupadas com a solidariedade social ou não. Desta forma, muitas empresas veiculam seus produtos e se autodenominam como sustentáveis e socialmente responsáveis, quando na verdade não o são. A este tipo de publicidade enganosa, que não corresponde à realidade, denomina-se *greenwashing*, que em tradução livre, significa “banho verde”, em alusão a uma “maquiagem ecológica” às ações empresariais não-sustentáveis, buscando ludibriar os consumidores e a sociedade.

De igual maneira verificamos que a preocupação com esse capital de reputação de forma desconectada das virtudes morais, mesmo que inexistia uma propaganda enganosa ou incompleta, como ocorre no *greenwashing*, pode levar ao cometimento de práticas odiosas que não têm uma real preocupação com as finalidades sociais almejadas. É o caso, por exemplo, do descarte de materiais eletroeletrônicos. Diversos países possuem rígidas legislações a respeito do descarte desse tipo de material, o que conduz as grandes corporações a buscarem países subdesenvolvidos, não-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, para exportar os resíduos sólidos, com a justificativa de que se tratam de material usado, e não do lixo

que realmente é, cumprindo, assim, as normas que regulamentam o descarte de seu país, mas provocando um desequilíbrio natural no país de destino.

O aumento da geração de lixo eletrônico se torna um problema ainda maior quando esse resíduo não somente é gerado no país, mas sim é advindo de importações ilegais como vem acontecendo na China e Índia. Estas importações ocorrem alavancadas pela expansão de um novo setor econômico que lida com equipamentos de segunda mão, e que nesses países são usados no reparo de outros eletrônicos. Porém o que a primeira vista parece ser um salto econômico, na verdade traz riscos para os seres humanos e o meio ambiente local, como já indicava a Convenção de Basiléia. Nos Estados Unidos, é estimado que cerca de 50 a 80% do lixo eletrônico coletado não é reciclado, mas sim enviado para países emergentes como a China (WIDMER *et al.*, 2005 *apud* BARRETO; BARATA, 2018).

O descarte de materiais desta forma, além dos óbvios impactos ecológicos que provocam no meio ambiente dos referidos países, acaba por causar sérios danos à população que acaba se utilizando desse lixo eletrônico para tirar seu sustento por meio da reciclagem de componentes como o cobre, prata e ouro, apesar dos riscos à saúde e dos esforços das empresas para reduzirem o quantitativo de elementos poluentes e contaminantes dos quais os equipamentos são produzidos (ROBINSON, 2009 *apud* BARRETO; BARATA, 2018).

O excesso de lixo eletrônico gerado e, principalmente, o descarte de seus componentes tóxicos, poluentes ou de valor, é uma das grandes problemáticas mundiais da atualidade. O aumento do uso de aparelhos eletrônicos e, conseqüentemente, o aumento da quantidade de descarte fica evidente ao se analisar que, em 20 anos, de 1994 a 2004, a quantidade de computadores que foram inutilizados aumentou em 80 milhões ao redor do mundo. Se descartado incorretamente, o lixo eletrônico certamente causa impactos ao meio ambiente e a saúde humana. O resíduo eletrônico contém variadas substâncias, muitas delas tóxicas, como o mercúrio, arsênio, cádmio, selênio, entre outros metais pesados, em contato com o ser humano podem causar alergias, danos cerebrais e até câncer (PUCKETT; SMITH, 2002, *apud* BARRETO; BARATA, 2018).

Por isso, é extremamente importante a conscientização dos indivíduos e da sociedade como um todo, para que possam, por meio de ações voluntárias, e cômicas dos propósitos virtuosos almejados, adotar políticas solidárias para garantir a sua autopreservação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade está em constante evolução. A visão individualista da teoria clássica contratual se mostrou insuficiente à proteção dos próprios contratantes, bem como da sociedade como um todo. Diante das mudanças do cenário mundial, agora globalizado, o Estado liberal passou a ser substituído pelo Estado social, que passou a ter a função social como causa do negócio jurídico, alcançando também os contratos privados, considerada a sua segunda dimensão. Entretanto, percebeu-se que apenas a imposição do dever negativo aos contratantes não seria o bastante para proteger os indivíduos da chamada sociedade de risco. É necessário que todos os indivíduos atuem colaborativamente, se ajudando mutuamente para conservar a humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós, consoante o princípio da função solidária. Alcançada a consciência de tal imperativo de dever positivo, inclusive nos

contratos de natureza privada, restou constatado o desafio para se alcançar uma concretude de tal princípio.

Quando se trata de função social, pode ser claramente verificada uma ação ou uma omissão em desconformidade com o interesse social da coletividade, visto que se trata de um dever negativo de não atuar de forma conflitante, e que é possível a utilização de mecanismos de controle dos negócios jurídicos. Porém, tal não ocorre com a função solidária; por se tratar de um dever positivo de atuar colaborativamente em prol da coletividade, se apresenta incerta como pode vir a ser mensurada a conformidade de tal atuação. Inegável que ao analisar determinadas situações, será possível identificar facilmente se houve o atendimento da função solidária, mas, na maior das vezes, com uma zona de indeterminação bem superior, outras situações se apresentam como um desafio a ser enfrentado pela sociedade, e em especial pelos operadores do direito.

De qualquer modo, ainda que latentes questões relativas à instrumentalização e fiscalização do cumprimento de uma função solidária, houve uma percepção das empresas de um modo geral de que a sua atenção às questões sociais, e principalmente às solidárias, lhe proporcionaria um capital de reputação, que atualmente tem sido mais visado do que o próprio lucro em si, uma vez que, com a velocidade que as informações são transmitidas na internet, a popularização de uma imagem negativa pode ser rapidamente disseminada a ponto de inviabilizar a sobrevivência de qualquer empresa no mercado contemporâneo.

De seu turno, considerando os significados de ética e de moral, tem-se que a ética deve ser aferida em ações concretas, enquanto a moral importa em uma consciência valorativa geral do meio social ou do grupo de pessoas considerado. Assim, pode-se afirmar que para a manutenção de virtudes morais, que aqui são tratadas como ações baseadas em hipotéticos categóricos, não basta que a ação seja praticada *conforme* a virtude moral, mas sim que o indivíduo tenha consciência exata da motivação racional de sua ação, e aja de maneira ética, conforme a moral, movido pelo firme propósito de fazer o certo por ser o certo. De tal modo, conclui-se que não basta que a empresa realize ações que pareçam se alinhar à sustentabilidade, ou que efetivamente o sejam em determinado aspecto, mas seja não-solidária sob outra análise. É preciso ir além.

Em resposta à problemática posta no presente estudo, resta claro que a manutenção das virtudes morais na consecução das ações solidárias é imprescindível. Em que pese represente uma importante mudança de paradigma a observância da solidariedade social por parte dos contratantes privados, visto que produz efeitos positivos imediatos para a sociedade, quando estas ocorrerem exclusivamente em razão da busca inescrupulosa de capital de reputação, baseada em imperativos hipotéticos, sem a observância de qualquer virtude moral, representarão, em verdade, condutas esvaziadas do que se entende por solidariedade social. Por isso, satisfazer-se com essa leitura míope do princípio da solidariedade não se mostra desejável aos propósitos que lhe são próprios.

O ideal de solidariedade social deve se concretizar *pela* virtude moral, e não apenas *em conformidade* com a virtude moral, fundada em imperativos categóricos, alinhados à moral, objetivando a conscientização de todos os partícipes da sociedade, em especial os indivíduos e as empresas, para que possam, por meio de ações deliberadas e conscienciosas dos propósitos virtuosos almejados, adotar políticas solidárias para assegurarem para si e para as gerações futuras uma sociedade mais justa, saudável e equilibrada.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- BENACCHIO, Marcelo; DOMINQUINI, Eliete Doretto; ROMAN, Daniel Mário Bártolo. Análise comparativa de políticas de sustentabilidade entre os Estados Unidos da América do Norte e Brasil frente ao bem-estar social. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 23, p. 730-750, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-S.Bernardo_23.05.pdf. Acesso em: 31 dez. 2020.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, p. 10-29, 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793/4209>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **Cursode direito civil brasileiro: teoriadas obrigaçõescontratuaise extracontratuais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DOMINQUINI, Eliete Doretto; SANTOS, Helena Roza. A Insustentabilidade da Obsolescência Programada: uma violação ao Meio Ambiente e aos Direitos do Consumidor. p. 51-67. In: KNOER, Viviane Coêlho de Séllos; MARTINS, Fernando Rodrigues; HAONAT, Angela Issa (coord). **Direito do Consumidor**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eazaf5ea4aabdcac1>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.
- MINOTTI, Camila Ribeiro. A concepção do imperativo categórico na ética de Husserl. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 5, p. 213-228, jul. 2012.
- MORO, Maitê Cecilia Fabbri; MAIA, Claudia Elly Larizzatti. A função social e solidária do contrato como instrumento para o desenvolvimento sustentável. In: Carlos André Hüning Birnfeld; Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci; Luiz Ernani Bonesso de Araujo. (Org.). **Direito e Sustentabilidade I**. Florianópolis: CONPEDI, p. 250-276, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=32e3b25cfdad877>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- MORO, Maitê Cecilia Fabbri; MAIA, Claudia Elly Larizzatti. A responsabilidade social da empresa como forma de concretização do direito ao desenvolvimento. In: Juarez Freitas, Jerônimo Tybush, Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches. (Org.). Empresa, **Sustentabilidade e Funcionalização do Direito**. Florianópolis: FUNJAB, p. 449-473, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d74bf8864f7a59c>. Acesso em: 31 dez. 2020.
- MOTTA, Nair de Souza. **Ética e vida profissional**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.
- NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. In: SILVEIRA, Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.). Justiça, empresa e sustentabilidade. vol. 2. Empresa, **Sustentabilidade Funcionalização do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta a Terra**. Rio de Janeiro, RJ: Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, 1992. Disponível em: http://www.cartadaterrabrasil.com.br/prt/Principios_Carta_da_Terra.pdf. Acesso em: 31 dez. 2020.
- PACHECO, Alison Camargo. Contribuições da filosofia moral kantiana na bioética. **Filogênese**, Marília, v. 8, p. 16-31, 2015. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/2_alisonpacheco.pdf. Acesso em: 31 dez. 2020.
- PUCKETT, Jim; SMITH, Ted. Exporting harm: the high-tech trashing of Asia The Basel Action Network.

Silicon Valley Toxic Coalition, Seattle, 2002, *apud* BARRETO, Felipe Elsemann; BARATA, Ana Júlia Senna Sarmento. Lixo eletrônico: uma análise do descarte nas organizações privadas do município de São Gabriel, Rio Grande do Sul. **Educação ambiental em ação**. Novo Hamburgo, n. 62, 2018. Disponível em: <http://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=2982>. Acesso em: 31 dez. 2020.

ROBINSON, Brett. E-waste: An assessment of global production and environment impacts. *Science of the total environment*, v. 408, p. 183-191, 2009, *apud* BARRETO, Felipe Elsemann; BARATA, Ana Júlia Senna Sarmento. Lixo eletrônico: uma análise do descarte nas organizações privadas do município de São Gabriel, Rio Grande do Sul. **Educação ambiental em ação**. Novo Hamburgo, n. 62, 2018. Disponível em: <http://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=2982>. Acesso em: 31 dez. 2020.

ROSSINI, Valéria; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Obsolescência programada e meio ambiente: a geração de resíduos de equipamentos eletroeletrônicos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 3, p. 51-71, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2044/pdf>. Acesso em: 31 dez. 2020.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, p. 119-143, abr. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/19877/18798>. Acesso em: 31 dez. 2020.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função solidária: a terceira dimensão dos contratos. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU, 2012, Uberlândia/MG. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU**. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>. Acesso em: 31 dez. 2020.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MEDEIROS, Elizângela. Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 99-122, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2028/1307>. Acesso em: 31 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009. STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da idéia de solidariedade. **Revista Katalysis**, v. 11, p. 43-52, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 dez. 2020.

WIDMER, Rolf; OSWALD-KRAPF, Heidi; SINHA-KHETRIWAL, Deepali; SCHNELLMANN, Max; BÖNI, Heinz. Global perspectives on e-waste. *Environmental Impacts Assessment Review*, v. 25, p. 436-458, 2005, *apud* BARRETO, Felipe Elsemann; BARATA, Ana Júlia Senna Sarmento. Lixo eletrônico: uma análise do descarte nas organizações privadas do município de São Gabriel, Rio Grande do Sul. **Educação ambiental em ação**. Novo Hamburgo, n. 62, 2018. Disponível em: <http://www.revistaea.org/artigo.php?idartigo=2982>. Acesso em: 31 dez. 2020.

WOOD, Allen. **Kant**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artemed, 2008.

ZINGANO, Marco. **As virtudes morais**. Coleção Filosofias: o prazer do pensar. Dirigida por Marilena Chaui e Juvenal Savian Filho. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

Submetido em: 20/12/2020

Aprovado em: 14/04/2021

O PROVIMENTO N° 63 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: O REGISTRO PÚBLICO DAS FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS E SEUS EFEITOS

PROVIDE N° 63 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: THE PUBLIC REGISTRATION OF SOCIOAFFECTIVE MEMBERSHIP AND ITS EFFECTS

Maisa Justiniano Bichara Martin¹

Leonardo Silva de Oliveira Bandeira²

Alinne Rakel Bandeira Zaire³

Weverton Thadeu Rodrigues da Costa⁴

RESUMO: O parentesco não é apenas definido pelo vínculo biológico, mas também por meio da afetividade, e para que produza todos os efeitos jurídicos de seu reconhecimento é necessário que conste no registro civil. O presente estudo tem por objetivo analisar o Provimento n° 63/2017 do CNJ que implementou o registro civil das filiações socioafetivas e esclarecer quais os desdobramentos gerados no ordenamento jurídico. O caminho metodológico observa a abordagem qualitativa, pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados evidenciam que o ato prolatado pelo CNJ possui efeitos positivos, no entanto faz-se necessária a atuação legislativa sobre a temática, pois os efeitos advindos da implementação ainda estão envoltos em dúvida.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação socioafetiva. Parentalidade Socioafetiva. Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT: Kinship is not defined by the biological link, but by affection, and in order for it to produce all the legal effects of its recognition, it must be included in the civil registry. This study aims to analyze Provision No. 63/2017 of the CNJ that implemented the civil registry of socio-affective affiliations and to clarify the consequences generated in the legal system. The methodological path observes the qualitative approach, bibliographic and documentary research. The results show that the act carried out by the CNJ has positive effects, however, legislative action on the theme is necessary, as the effects of implementation are still shrouded in doubt.

KEYWORDS: Socio-affective affiliation. Socio-affective parenting. National Council of Justice.

¹ Bacharel em Direito (Faculdade da Amazônia Ocidental- FAAO) e Letras Inglês (Universidade Federal do Acre - UFAC), Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito Econômico (Universidade de Marília - UNIMAR). Professora do Centro Universitário U:Verse. Advogada.

² Bacharel em Direito e Especialista em Prática da Advocacia Cível (Faculdade da Amazônia Ocidental - FAAO). Advogado.

³ Bacharel em Direito (Centro Universitário U:Verse). Pós-graduanda em Prática da Advocacia Cível (Centro Universitário U:Verse).

⁴ Bacharel em Direito (Centro Universitário U:Verse). Pós-graduando em Prática da Advocacia Cível (Centro Universitário U:Verse).

INTRODUÇÃO

As relações humanas são complexas. O afeto é em grande medida um sentimento que a depender do contexto e do grau poderá produzir vínculos sólidos entre indivíduos.

Sendo assim, o afeto pode ser considerado um importante fator para o estabelecimento de vínculos familiares. Em regra, tais vínculos são calcados tendo em vista a consanguinidade.

Denota-se que historicamente os filhos socioafetivos não possuíam direitos em igualdade com os filhos biológicos e civis. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a positivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade passaram a ser observados inclusive nas relações particulares, tal como a família.

Neste sentido, faz-se necessário reconhecer que existem outras formas de constituição familiar, bem como outras formas de firmar vínculos paterno-filiais, tal qual a filiação socioafetiva. Sendo assim, por meio do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, estabeleceu-se o registro público das filiações socioafetivas.

Ao dispor sobre a possibilidade do registro público das filiações socioafetivas no Brasil, seguiram-se diversos desdobramentos, dentre elas apontam-se os efeitos quanto à possibilidade de estender a outros familiares a parentalidade calcada em vínculos socioafetivos, o dever de prestar alimentos, a inclusão do parente socioafetivo quanto aos direitos sucessórios, à possibilidade de incluir o nome dos parentes socioafetivos, dentre outros desdobramentos.

Esta pesquisa acrescentará no âmbito científico no que diz respeito a compreensão do conceito de parentalidade socioafetiva e os limites e requisitos para o seu reconhecimento no direito brasileiro, a partir disto pode-se apontar com maior precisão os efeitos e desdobramentos de tal reconhecimento.

Tal compreensão é necessária tendo em vista que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Os efeitos e desdobramentos de tal implementação ainda são alvos de críticas e dúvidas, pois tal reconhecimento não se deu através da via legislativa, de modo que, até então, está a cargo da doutrina e jurisprudência dirimir tais dúvidas.

Desta feita, este trabalho tem por escopo compreender os fundamentos da parentalidade socioafetiva e os desdobramentos provocados no direito brasileiro a partir da criação do Provimento nº 63 do CNJ.

Diante disso, buscou-se compreender quais os fundamentos jurídicos da parentalidade socioafetiva, de modo a apontar as bases sobre as quais tal direito está coligado.

Buscou-se ainda apontar os principais efeitos gerados no direito brasileiro a partir da implementação do Provimento nº 63 do CNJ, quais sejam, os efeitos quanto à extensão da parentalidade socioafetiva a outros familiares, direito a alimentos, direitos sucessórios e a possibilidade de modificação do nome.

O caminho metodológico observa a abordagem qualitativa, pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á em doutrinas, jurisprudências e na legislação brasileira o conteúdo para a composição deste trabalho.

Inicialmente, busca-se compreender as diferenças entre as filiações biológicas e socioafetivas. De modo a identificar os fundamentos da parentalidade socioafetiva e fixar os requisitos e

limites para o seu reconhecimento, bem como o meio pelo qual o direito é exercido, conforme o Provimento nº 63/2017 do CNJ.

Por conseguinte, estuda-se os efeitos registrais da parentalidade socioafetiva, com vistas a analisar os principais desdobramentos no direito brasileiro, quais sejam a extensão da parentalidade socioafetiva a outros familiares, do direito a alimentos, direitos sucessórios e o direito a modificação do nome.

Sustenta-se que a problemática não é atual, arrasta-se por décadas, diante das novas interpretações padece de legislação própria de modo a não restar dúvidas quanto ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva. A implementação do registro público de parentes socioafetivos através do provimento em apreço levanta dúvidas quanto a legitimidade para tal, tendo em vista que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro norma que permita de forma expressa o procedimento.

A Constituição Federal de 1988 consubstancia tal regramento, sendo assim, tem-se o seguinte resultado, não há qualquer óbice a aplicação do provimento, necessita-se a atuação legiferante para firmar os desdobramentos e efeitos nos demais ramos do direito, atualmente cabe ao judiciário e a doutrina apresentar tais respostas.

DAS FILIAÇÕES

Filiação em suma pode ser compreendida como o liame entre o filho e o genitor. Com o desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, este conceito passou a ampliar-se.

Para a compreensão da filiação, deve-se compreender o conceito de parentesco, que de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1305):

Entende-se por parentesco a relação jurídica, calcada na afetividade e reconhecida pelo Direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade).

Nesta toada, dispôs o art. 1.593, do Código Civil que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

Depreende-se do dispositivo supracitado que, apesar de não apontar especificamente o cabimento do liame socioafetivo, temos que o termo “ou outra origem”, abarca tais situações.

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico temos três formas de filiações: filiação socioafetiva; filiação civil e a filiação biológica.

DAS FILIAÇÕES BIOLÓGICAS

As filiações biológicas referem-se aos vínculos consanguíneos, objeto de disposição legislativa explícita no art. 1.593, do Código Civil, supramencionado. Sendo assim, havendo o nascimento de filhos gerados através da concepção biológica, aos genitores originários atribui-se a alcunha de pais biológicos.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 391), temos que:

Em sentido estrito, a palavra “parentesco” abrange somente o consanguíneo, definido de forma mais correta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto, inclui o parentesco por

afinidade e o decorrente da adoção ou de outra origem, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida [...].

Sendo assim, compreende-se que a filiação biológica se refere a vínculos de parentesco consanguíneos. A disposição constante no art. 1.593, do Código Civil a qual cita de forma explícita tal modalidade já era conhecida em ordenamentos jurídicos anteriores, tal como o Código Civil de 1916.

Temos que a partir desta modalidade desdobraram-se outras, atente-se que a alusão simples de “outros meios”, no dispositivo supracitado, demonstra que ante todas as inovações que abarcam o direito de família o legislador preferiu não adotar uma posição restritiva. Ainda que diversas as formas de filiações e ainda que haja certa resistência em nossa sociedade é louvável a posição adotada.

DAS FILIAÇÕES CIVIS

Além das disposições legislativas afetas a filiação biológica, aponta-se existência das filiações civis, oriunda da adoção e fecundação heteróloga.

Por meio da adoção temos o estabelecimento de uma ficção legal, na qual o adotado não possui necessariamente os laços de sangue com o adotante, no entanto, por meio de um procedimento judicial amparado por lei a filiação é estabelecida.

De acordo com o art. 227, §6º, da CF, temos que os “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O constituinte, de modo a não deixar qualquer dúvida, estabelece que os filhos consanguíneos ou não, ou por adoção, possuem os mesmos direitos. Aplicação do princípio da isonomia.

Ao abordar o parentesco civil, oriundo de adoção, Maria Berenice Dias (2017, p. 188), diz que:

A adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, sendo vedada qualquer designação discriminatória (CF 227 §6.º). Assim, não deve constar nenhuma observação no registro de nascimento do adotado sobre a origem da filiação (ECA 47 §4.º). O registro anterior é cancelado. No novo registro deve constar, além do nome do adotante, também o de seus ascendentes (ECA 47 §1.º).

No que tange a filiação por meio de fecundação heteróloga, tem-se esta moderna técnica de geração de seres humanos que trata de um vislumbre dos avanços científicos perpetrados nos últimos séculos.

Sendo assim, temos que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 393):

A inovação teve em vista alcançar, além da adoção, as hipóteses de filhos havidos por reprodução assistida heteróloga, que não têm vínculo de consanguinidade com os pais. Em razão do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como da presunção de paternidade do marido que consente que sua esposa seja inseminada artificialmente com sêmen de terceiro, conforme o art 1.597, inciso V, a pessoa oriunda de uma das técnicas de reprodução assistida deve ter vínculo de parentesco não só com os pais, mas, também, com os parentes destes, em linha reta e colateral.

Trata-se de técnica na qual o sêmen de um doador desconhecido é utilizado para a reprodução. Neste sentido, havendo a concordância do casal, e o preenchimento dos requisitos de ordem técnica, o filho havido por tal técnica será objeto de registro pelos pais, tal qual um filho de origem biológica.

Sendo assim, seja por meio da adoção ou por meio da reprodução heteróloga, temos que não há qualquer distinção entre estes e os filhos consanguíneos, devendo sobretudo tratá-los de forma isonômica.

DAS FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS

As inovações dispostas na Constituição Federal de 1988, e os desdobramentos nas legislações infraconstitucionais, enfim estabeleceram as filiações socioafetivas em igualdade, para com as filiações biológicas e civis.

Dispõe o art. 1.593 do Código Civil que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim, é natural o parentesco resultante de laços de sangue. O civil recebe esse nome por tratar-se de uma criação da lei. O emprego da expressão “outra origem” constitui avanço verificado no Código Civil de 2002, uma vez que o diploma de 1916 considerava civil apenas o parentesco que se originava da adoção. (GONÇALVES, 2017, p. 393).

As filiações socioafetivas dizem respeito ao vínculo existente entre filhos e pais calcado na relação de afeto. O afeto relaciona-se além da estima, remete-se ao amor e os sentimentos de cuidado e proteção tão peculiares dentro das relações parentais.

De certo, este status não é uma regra, tendo em vista que é possível existirem filiações biológicas, nas quais inexistente qualquer relação de afeto.

Sendo assim, para que haja uma avaliação justa, deve-se observar no caso concreto, tomando por objeto de análise, não apenas os atores os quais já o são objeto de análise, mas sim, todo o núcleo familiar e seus desdobramentos, de modo a compreender com profundidade as relações que ali se desenvolvem.

No que tange a igualdade de direitos, tem-se que não deve haver qualquer discriminação entre os filhos, sejam eles oriundos de filiações biológicas, civis ou socioafetivas, por força do disposto no art. 1.593, do Código Civil, objeto de análise em capítulo anterior.

[...] entendemos que a parentalidade socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas. [...] E, caso seja comprovada, entendemos que os filhos socioafetivos deverão ter os mesmos direitos dos biológicos, em razão da igualdade prevista em nossa Constituição. (CASSETARI, 2017, p. 25)

Observa-se que as verdades biológicas e socioafetivas divergem, no sentido em que no primeiro caso para que haja o seu reconhecimento faz-se a constatação de um ato, a concepção e registro. Noutro giro, a filiação socioafetiva requer a constatação de um fato.

Cada vez mais a verdade biológica e a verdade registral cedem frente a realidade da vida, que privilegia os vínculos da afetividade como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da filiação socioafetiva, que tem origem não em um ato - como a concepção ou

o registro - mas em um fato: a convivência que faz gerar o que se chama de posse de estado de filho. (DIAS, 2016, p. 185).

Havendo a constatação dos vínculos sólidos de afeto que vinculam os indivíduos, o Direito passa a compor uma série de direitos e deveres advindos do instituto filiação. Direitos inclusive que nascem para as duas partes desta relação.

Trata-se de uma moderna interpretação adotada, que ainda necessita solidificar-se no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda vigem em diversos grupos as concepções anteriores, que não abordam a nova realidade. A verdade genética é tão importante quanto a verdade afetiva, para a constatação da parentalidade, e por consequência a constatação da filiação.

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1299), ao debruçarem-se sobre a temática, observam que:

O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva, ou seja, situações há em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica.

Denota-se que os vínculos biológicos no direito brasileiro ainda carregam consigo um peso e um fato determinante, quanto ao reconhecimento da filiação. No entanto, com o passar dos anos, a legislação e, em larga medida, o judiciário passam a sofrer diversas provocações, juntamente quanto à análise de constatações fáticas ocorridas em sociedade. “Afim, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.” (DIAS, 2016, p. 56).

A compreensão das formas de filiação, e o reconhecimento da filiação socioafetiva, relaciona-se diretamente com as obrigações advindas, dentre elas aponta-se a existência da posse do estado de filho.

DA POSSE DO ESTADO DE FILHO

A posse do estado de filho remete-se a relação paterno-filial, na qual ambos são reconhecidos como pais perante a sociedade. Trata-se da reputação diante de terceiros.

De acordo com Maria Berenice Dias (2016, p. 651) a posse do estado de filho ocorrerá quando:

[...] as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado. Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera desfruta da posse de estado de filho, ou de estado de filho afetivo.

Neste eito, observa-se que a posse do estado de filho se trata de uma constatação de situações de fato. Características que em conjunto constituem-se na relação paterno-filial.

No que tange a fixação de tais características, temos que não há no ordenamento jurídico previsão expressa quanto à posse do estado de filho, trata-se de um conceito criado pela doutrina e jurisprudência, com vistas a facilitar a identificação e orientar o intérprete quando da análise de casos concretos.

O autor Cassetari (2017, p. 34), destaca tal situação e remete-se ao disposto no art. 1.605, II, do Código Civil:

Mesmo não estando prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico, entendemos que deve ser aplicada como um dos fatos geradores da parentalidade socioafetiva, em razão do art. 1.605, II, do Código Civil, que determina: Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: [...] II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Poderá, também, o julgador se utilizar dos princípios constitucionais que informam as relações de filiação, a fim de analisar o caso concreto. Ela está baseada na vontade, no desejo de uma pessoa ter outra como se filho fosse [...].

A compreensão da posse do estado de filho e a sua concepção é essencial para o reconhecimento da filiação socioafetiva, tendo em vista que o afeto é um sentimento deveras amplo. O direito por outro lado exige para que haja segurança jurídica a criação de regras e critérios, de modo a não criar dúvidas.

O desafio está em criar critérios abstratos o suficiente para serem aplicados em casos concretos vários, e restritos o suficiente para que sejam aplicados somente em situações de afeto sólidas e capazes de conduzir para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência não criaram tais caracteres sem o estudo sistemático da ordem jurídica, tal como explicita Tartuce (2017, p. 787):

Anote-se que, para a caracterização da posse de estado de filhos, são utilizados os clássicos critérios relativos à posse de estado de casados, conceito que constava do art. 203 do Código Civil de 1916 e que está no art. 1.545 do Código Civil de 2002, [...] Da prova de estado de casados igualmente decorre a posse de estado de filhos, principalmente se não houver qualquer documento que possa atestar o vínculo anterior. Os critérios para tal configuração são três.

Sendo assim, sob a égide do art. 1.545 do Código Civil, temos as disposições afetas a posse do estado de casados. Primeiramente, temos a compatibilidade entre os institutos, visto que a posse do estado de casados, em suma, tem por objetivo enumerar requisitos ao reconhecimento de fato de um casamento. A posse do estado de filho, tem por objeto o reconhecimento da relação paterno-filial.

Por óbvio que não se aplica tal qual o constante no dispositivo, adaptações são necessárias, visto que a relação paterno-filial, conforme explicitado em capítulos anteriores, pode ser reconhecida por meio de vínculos afetivos.

A doutrinadora Maria Berenice Dias (2016, p. 652) sintetiza os caracteres necessários ao reconhecimento da posse do estado de filho:

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: (a) *tractatus* - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* - é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Confe-re-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória. (DIAS, 2016, p. 652).

Aponta-se a existência de três requisitos necessários ao reconhecimento da posse do estado de filho. Não se trata de requisitos taxativos, visto que não há disposição legal neste sentido, ainda assim, trata-se de um marco para a definição no caso concreto a existência ou não da posse do estado de filho.

Primeiramente, tem-se o tratamento do pai para com o filho e vice-versa. Neste quesito, faz-se necessária a constatação do cumprimento de certas obrigações dos pais para com o filho, qual seja o de oferecer educação e direcionamento. Ademais, os pais apresentam o filho para a sociedade de modo que se presume tal relação, neste eito, faz-se necessária a verificação de fato de todos os atos e meandros da relação paterno-filial.

Ademais, o segundo requisito é um forte indicativo da existência da relação paterno-filial, a utilização do nome da família, entre os familiares e perante a sociedade.

Assim sendo, o último requisito remete-se a aparência. Neste aspecto, toma-se por base as famílias médias brasileiras.

Denota-se que a socioafetiva é algo recíproco, sendo assim, observa-se tanto os atos dos pais e filhos, que de forma conjunta, sob a análise de tais requisitos, apontará à existência ou não da socioafetividade, tal como alerta Domith e Assis (2018, p. 12):

Para que exista o vínculo é necessário que seja percebido reciprocamente pelos envolvidos, não bastando que os pretensos pais socioafetivos se considerem pais de alguém, tendo este (a) como filho (a), se o (a) mesmo (a) não se sente nesta posição com relação àqueles.

Em última análise, temos que os requisitos supracitados são amplos, tendo em vista que não se pode ignorar o fato de que existem famílias fora dos padrões impostos pela sociedade. Denota-se, portanto, que diante de situações de fato, tais caracteres podem ser relativizados.

O que não se pode olvidar é que para que haja a caracterização da posse do estado de filho deve-se examinar as relações desenvolvidas entre as partes de modo profundo, tomando por base atos e gestos, que remetem a relacionamentos característicos de pais e filhos.

Por derradeiro, assinala-se que:

A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. (DIAS, 2016, p. 652).

Constata-se a relevância que a afetividade possui nas relações paterno-filiais, ocorre que para o reconhecimento da filiação calcada em vínculos socioafetivos, deve-se observar os requisitos da posse do estado de filho.

DO PROVIMENTO 63/2017 DO CNJ E O REGISTRO PÚBLICO DAS FILIAÇÕES SOCIOAFETIVAS

Tendo em vista o reconhecimento da legitimidade da filiação socioafetiva, o direito brasileiro necessitou adaptar-se aos desdobramentos perpetrados por tal fenômeno. Substancialmente, no que toca ao seu reconhecimento em órgãos responsáveis pelo registro público.

Sendo assim, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e não havendo qualquer distinção entre as filiações biológicas, civis e socioafetivas, os filhos socioafetivos possuem o direito de serem reconhecidos por meio do registro público.

Situação esta defendida por Cassetari (2017, p. 155):

[...] a parentalidade socioafetiva, depois de reconhecida, deve, obrigatoriamente, ser averbada no registro civil, nos assentos de nascimento, casamento e óbito, para ganharem publicidade e conseguirem, de forma mais efetiva, a produção dos seus regulares efeitos, e para facilitar a prova dessa questão para os atos do dia a dia, [...].

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por meio do provimento nº 63 estabeleceu regras que orientam justamente o registro civil da parentalidade socioafetiva.

Observa-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação que positive tal estado de coisas, posto isso, parte da doutrina sustenta que a regulamentação do CNJ é inconstitucional, visto que aborda situação não disposta em lei.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ

Dispõe na seção II, entre os artigos 10 a 15, regramentos relativos à paternidade socioafetiva. Dentre as normativas constam regras de cunho formal, de cunho procedimental, de outro modo, há também disposições de cunho material.

Inicialmente, temos a autorização expressa do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais (art. 10, *caput*).

Por conseguinte, temos que o reconhecimento voluntário possui o caráter irrevogável, apenas com a possibilidade de desconstituir o assentado através da via judicial (art. 10, §1º).

Anota-se ainda que o reconhecimento pode se dar por meio de provocação dos pretensos pais ou filhos, para isso faz-se necessário que o filho possua mais de 18 anos, quando o impulso parte deste, e para os pretensos pais, temos que devem possuir mais de 18 anos e serem, no mínimo, 16 anos mais velhos do que o filho a ser reconhecido (art. 10, §§ 3º e 4º).

Ademais, destaca-se o procedimento relativo ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Após conferir os documentos de praxe, deve-se, caso o filho possua menos de 12 anos, proceder a coleta da assinatura dos pais em termo próprio no qual consta o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Ocorre que se o menor for maior de 12 anos, para o prosseguimento do registro, faz-se necessário o seu reconhecimento expresso da parentalidade socioafetiva (art. 11, §§ 3º e 4º).

Denota-se ainda que o provimento dispõe sobre o reconhecimento voluntário no âmbito extrajudicial, não havendo o cumprimento dos requisitos dispostos, bem como não havendo a anuência das partes, obsta-se o procedimento e encaminha-se para resolução no judiciário (art. 12).

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO Nº 63/2017 DO CNJ

Há tempos discussões relativas à competência e legitimidade do CNJ na expedição de certos atos é aventada, posto que alguns intérpretes em certas passagens compreenderam que o

conselho ultrapassou o seu âmbito de atuação. Trata-se de uma “usurpação”, visto que o poder para legislar pertence ao legislativo e não ao judiciário.

De acordo com Borgarelli e Kumpel (2018), ao questionar-se sobre o conteúdo do provimento e se este está de acordo com as atribuições do CNJ, explicitam que:

Sem dúvida, o Poder Judiciário tem competência para fiscalizar o serviço de notas e registros (artigo 236, parágrafo 1º CF/88). Também é clara a competência do CNJ para “regular a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e certidão de inteiro teor”. O grande problema está no fato de o órgão sedimentar, através do ato, questões que deveriam passar antes pelo processamento legislativo, especialmente pela relação com garantias constitucionais.

Observa-se, ainda que aborde temas afetos a competência do CNJ, é inegável o conteúdo normativo, de ordem material, não se limitando o conselho a regulamentação, mas sim com claro interesse em legislar.

Neste quesito, aponta-se o claro desinteresse do legislador em positivar disposições afetas a parentalidade socioafetiva. Ainda que advinda dos princípios constitucionais basilares, amplamente reconhecida no judiciário, não há qualquer movimentação pelo legislativo neste sentido. Tal fenômeno inviabiliza o exercício do direito já reconhecido, pensando nisso o CNJ editou tal regulamento.

Os riscos perpetrados para a ordem jurídica são enfatizados por Borgarelli e Kumpel (2018):

Não se está a negar o papel de notários e registradores na efetivação de direitos. Tanto a qualificação de partes e formalização de sua vontade (pelo tabelião), quanto o registro de fatos e atos jurídicos (pelo registrador), constituem atividades fundamentais para o fluxo jurídico e econômico do país. São agentes indispensáveis para que o cidadão veja seus direitos eficacizados perante a coletividade. Mas isso não pode implicar uma redistribuição dos poderes e da organização do Estado. [...] O risco é enorme. Nas frestas dessas soluções pacificadoras sobre temas polêmicos escondem-se problemas institucionais tão graves quanto os do ativismo, que é a face mais cruel de um movimento tipicamente brasileiro de desconsideração do direito positivo em nome de um apanhado de teorias e pseudoteorias que estão há muito tempo se arrastando pelas estradas do país.

Ocorre que o Provimento nº 63 do CNJ encontra-se vigente e produzindo plenos efeitos. Ainda que discutível a forma como foi reconhecida a parentalidade socioafetiva, ressalta-se que se trata de um importante avanço para o direito de brasileiro.

Anteriormente ao ato, todas as demandas relativas ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva eram discutidas no judiciário. Após a sua criação, o judiciário limita a sua atuação tão somente aos casos complexos, no qual careçam os requisitos, tal como a voluntariedade da concordância das partes.

Sob o viés da desjudicialização, sem a concepção de uma legislação própria sobre o assunto, de modo a afastar qualquer dúvida sobre o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, temos que atualmente os cartórios de registro civil de pessoas naturais possuem a legitimidade para proceder com tais registros.

Sobre a importância do ato produzido pelo CNJ, temos a opinião de Calderón e Toazza (2018, p. 5):

Ressalte-se que a possibilidade de registro extrajudicial da paternidade ou maternidade socioafetiva facilita o acesso a um direito já reconhecido e aceito na realidade jurídica brasileira há muitos anos. A formalização deste vínculo filial diretamente nas serventias permite que a afetividade chegue até os balcões dos cartórios, o que representa um estágio significativo do seu percurso.

Ante o exposto, temos que o movimento iniciado com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, calcada nos princípios constitucionais da solidariedade e dignidade da pessoa humana, bem como no princípio da afetividade culminaram na produção do provimento nº 63 do CNJ, positivando o reconhecimento civil da filiação socioafetiva através da via extrajudicial. Destarte, a partir do reconhecimento de tal filiação, diversos desdobramentos são produzidos na ordem jurídica, tendo em vista a igualdade de direitos entre filhos, o que era positivado na ordem jurídica para os filhos de ordem biológica e civil passa a vigor para os filhos socioafetivos.

OS EFEITOS REGISTRAIS DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Tal como explicitado alhures, a partir do registro civil da filiação socioafetiva decorrem diversos desdobramentos. Os efeitos advindos do reconhecimento são vários, pois decorrem da igualdade entre os filhos biológicos, civis e socioafetivos.

Sob tal aspecto a doutrinadora Maria Berenice Dias (2016, p. 186), explicita que a realidade constante nos assentamentos de registro civil deve adaptar-se à realidade fática, o reconhecimento da parentalidade socioafetivo e seus desdobramentos faz-se pois:

Cada vez mais a verdade biológica e a verdade registral cedem frente a realidade da vida, que privilegia os vínculos da afetividade como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da filiação socioafetiva, que tem origem não em um ato - como a concepção ou o registro - mas em um fato: a convivência que faz gerar o que se chama de posse de estado de filho.

Ante o exposto, passa-se à análise dos certos efeitos diretos do reconhecimento da filiação socioafetiva.

DA EXTENSÃO DA PARENTALIDADE A OUTROS FAMILIARES

Evidentemente o reconhecimento da filiação socioafetiva vinculará pais e filhos por meio de um liame paterno-filial. Ocorre que tal relação também atinge os outros membros da família, seja ela em linha reta ou colateral, pensando neste âmbito, tem-se um rearranjo da árvore genealógica da família.

O art. 1.591 do Código Civil estatui que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” Neste eito, o art. 1.592 do código, complementa especificando que são “parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.”

Desta feita, o filho socioafetivo ganhará avôs e avós, como parentes em linha reta, bem como, primos e tios, como parentes em linha colateral.

Dessa forma, quando uma paternidade ou maternidade socioafetiva se constitui, essas pessoas estarão unidas pelos laços parentais, que dará ao filho não apenas um pai e/ou uma mãe, mas também avós, bisavós, trisavós, tataravós, irmãos, tios, primos, sobrinhos etc. Já os pais também receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinotos e tataranetos socioafetivos. Isso se dá em relação de igualdade estabelecida nessa parentalidade, que trará, como já dito, as mesmas consequências do parentesco biológico. (CASSETARI, 2017, p. 80).

A dinâmica da família modifica-se tendo em vista o reconhecimento do ingresso de um novo indivíduo. Ressalta-se que a parentalidade socioafetiva, por relacionar-se a constatação de uma situação de fato, de certo não provocará impactos na relação familiar. O que se extrai de tal modificação é tão somente o reconhecimento de direitos e deveres inter-relacionados.

DOS ALIMENTOS

O dever de assistência entre os familiares, advindo do princípio constitucional da solidariedade, permeia todo o universo das relações familiares. Sendo assim, havendo o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, nasce o dever de prestar alimentos entre pais, filhos e outros familiares.

O dever de prestar alimentos encontra-se explicitamente disposto na Constituição Federal (art. 229), bem como no Código Civil (art. 1.696). Quanto a ordem de exigibilidade da prestação temos que:

Se o pai que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer aqueles de grau imediato (CC 1.698). Tais dispositivos legais deixam claro que a obrigação alimentar, primeiramente, é dos pais, e, na ausência de condições destes, transmite-se aos seus ascendentes, isto é, aos avós, que são os parentes em grau imediato mais próximo. (DIAS, 2016, p. 1093).

Assim sendo, temos que na falta da prestação de alimentos pelos pais, serão responsáveis os demais membros da família, pois guardam entre si o dever de assistência e solidariedade. Sejam parentes em linha reta ou colateral, todos guardam tal dever.

O dever de assistência advindo do princípio da solidariedade é fundamental para a garantia da função social da família. Ainda que as relações familiares sejam em sua essência de cunho privado, o Estado com o fito de garantir o bem estar social e a harmonia, implementa regras mandamentais a fim de esclarecer que o bem estar é dever precípua do núcleo familiar, ademais da sociedade e por último do Estado.

Neste contexto, dispõe o enunciado nº 341 do CJF que para “os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.” Sedimentando, enfim, o dever de prestação de alimentos aos filhos seja qual for a origem.

As disposições supramencionadas podem ser encaradas como uma repetição de um conceito amplamente conhecido. No entanto, para que não restem dúvidas quanto ao dever de prestar alimentos, faz-se necessário a exposição clara e objetiva de tal feito. Adverte-se que ainda que amplamente reconhecida, a filiação socioafetiva ainda não foi objeto de disposição legislativa explícita.

Maria Berenice Dias (2016, p. 125), adverte ainda que:

Impõe a lei a solidariedade familiar de forma recíproca, estabelecendo a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges e companheiros, para viver de modo compatível com sua condição social e atender às necessidades de educação (CC 1.694). Além de identificar quem são os obrigados, são estabelecidos limites para a quantificação do valor dos alimentos: necessidade de quem pede e possibilidade de quem paga (CC 1.694 § 1.º).

Assim sendo, temos que o dever de prestar alimentos soma-se aos demais direitos de ordem prestacional e solidária, no qual familiares possuem uns para com os outros.

DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Dentre as certezas da vida, temos a morte. Ocorre que o direito tutela as consequências ao patrimônio do “de cujus”.

Fato é que a morte faz parte da vida, sendo a única certeza de toda a nossa trajetória, independentemente de credo ou filosofia. Encerrando o ciclo existencial da jornada humana, a morte desafia, há séculos, a curiosidade de diversos pensadores, em vários ramos do conhecimento, desde a antiga Alquimia, chegando à moderna Física Quântica, singrando os mares da Biologia e atracando no próprio Direito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 1354).

Sabe-se que um patrimônio não permanecerá sem titular, tendo em vista os conceitos de função social, a sucessão trata da substituição de pessoa ou a transmissão deste patrimônio. Em vida, tais atos de transmissão são executados por meio da venda e da doação. Com a morte tem-se a transmissão por meio da sucessão “mortis causa”.

A sucessão “mortis causa” pode ser dividida em legítima e testamentária. A primeira remete-se a situações em que o “de cujus” não confeccionou um testamento, contendo suas disposições de última vontade, sendo assim, o código civil estabelece uma ordem de indivíduos que receberão a herança.

O Código Civil em seu art. 1.788, o seguinte:

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; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Destarte, o art. 1.829 do Código Civil estabelece a ordem de sucessão hereditária, quais sejam: os descendentes; não havendo filhos, os ascendentes; não havendo filhos e ascendentes o cônjuge ou companheiro herdará tudo; não havendo filhos, ascendentes e cônjuge ou companheiro serão os parentes colaterais.

O doutrinador Cassetari (2017, p. 88), observa situação reversa, na qual o indivíduo não mantinha uma relação paterno-filial, mas apenas detinha o registro por ser um filho biológico, sustenta o autor que neste caso não haverá direito a herança:

[...] serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito. Porém, devemos ver com cautela o direito sucessório, pleiteado post mortem, quando o autor nunca conviveu com o pai biológico em decorrência de ter sido criado por outro registral, e dele já ter recebido a herança. Acreditamos que a tese da socioafetividade deve ser aplicada às avessas, ou seja, também para gerar a perda de direito, pois, se a convivência com o pai

afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela.

Trata-se de uma posição inovadora, a qual atribui a relação socioafetiva um status superior ao biológico. Atualmente, a noção que impera é a de igualdade entre filhos, não importando a origem.

DO DIREITO A MODIFICAÇÃO DO NOME

O nome integra o direito a personalidade, trata-se do termo que distingue o indivíduo na sociedade. Tal direito, inclusive, é reconhecido pelo código civil, art. 16, estabelecendo que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

O nome carrega consigo o fator de imutabilidade, tendo em vista a segurança dos negócios jurídicos. Sendo assim, a alteração do nome torna-se uma exceção.

Neste eito, havendo o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, em relação do liame paterno-filial o registro do filho poderá ser alterado para incluir o sobrenome do pai.

Toda esta mobilidade passou a prevalecer, inclusive, frente ao princípio da imutabilidade do nome, consagrado para manter a segurança das relações jurídicas. Não foi outro o propósito, ao ser admitida a inclusão do nome do padrasto. E cada vez mais a jurisprudência vem sendo sensível e admite a alteração do nome quando o registro não preserva o próprio direito à identidade. Assim possível é a supressão do sobrenome do pai registral, mediante a prova do abandono. Também é possível a substituição pelo sobrenome do guardião. (DIAS, 2016, p. 186).

Ante o exposto, sob o viés do direito da personalidade e sob o princípio da igualdade entre os filhos, temos que há plena possibilidade de alteração do nome, para inclusão do sobrenome da família. Isto é, flexibilização do princípio da imutabilidade do nome.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tempo representa para o direito de família um importante fator de amadurecimento e evolução. Trata-se de um ramo do direito intimamente ligado à vida cotidiana, desta forma, as digressões e dinâmicas ocorridas na sociedade provocam grandes impactos nos institutos jurídicos.

A realidade, tal como observou-se é imbatível, ainda que necessite de um largo lapso temporal é insustentável a manutenção de certas regras e disposições legais que não possuem relação com o praticado na sociedade.

Razão disso, a parentalidade socioafetiva ganhou contornos nas últimas décadas muito diferentes do tratamento e da forma a qual legava-se a tal vínculo no passado. A Constituição Federal de 1988 é um importante marco para o reconhecimento do afeto como um princípio, calcado na dignidade da pessoa humana e solidariedade.

Por conseguinte, para que houvesse a efetivação deste direito, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio do Provimento nº 63 de 2017 estabeleceu a possibilidade de, por meio do registro público, que haja o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Sendo assim, com o advento do provimento, não mais é necessário a prestação da tutela jurisdicional para o reconhecimento da filiação socioafetiva, para os casos em que todas as partes são concordes e os requisitos estão preenchidos.

Desta feita, o reconhecimento da filiação socioafetiva gera consequências várias, tanto para os pais quanto para os filhos. Tem-se a extensão da parentalidade socioafetiva aos demais familiares. Impacto este que reverbera na árvore genealógica da família.

Ao incluir-se o filho socioafetivo na árvore genealógica da família, temos que entre os familiares haverá o dever de prestação de alimentos. Tem-se, então, em razão do princípio da solidariedade, a garantia de que caso os pais não possam arcar com os alimentos os familiares podem ser acionados de modo a sanar a problemática. Com a inclusão do filho, tendo em vista a parentalidade socioafetiva, este adquire o direito a sucessão. Infere-se, portanto, que com o falecimento do pai ou da mãe, por exemplo, os filhos concorrerão em igualdade, não havendo qualquer restrição quanto à origem.

Os efeitos advindos do reconhecimento da relação paterno-filial não se esgotam dos direitos de ordem patrimonial. Trata-se de um novo paradigma para o direito, no qual reconhece a importância dos vínculos afetivos na vida dos seres humanos.

De fato, diversos obstáculos foram ultrapassados e atualmente temos um avanço neste sentido, ocorre que a parentalidade socioafetiva não se encontra positivada de forma explícita na legislação brasileira. Sendo assim, para o atingimento do status e o reconhecimento sólido faz-se necessária a edição de normativa com delicada urgência. Desta feita, enquanto não alcançamos tal realidade, pode-se utilizar de meios de integração tal como expostos no presente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 12 de out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. **Filiação socioafetiva: repercussões a partir do provimento 63 do CNJ**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/6916/Filiação+socioafetiva%3A+repercussões+a+partir+do+provimento+63+do+CNJ>. Acesso em 10 out. 2020.

CJF. **Enunciado nº 341**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>. Acesso em 10 out. 2020.

DOMITH, Laura Carone Rachid; ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. **O Risco de Desnaturação do Conceito de Socioafetividade pelo Provimento 63 do CNJ**. Revista de Direito de Família e Sucessão, v.

4, n. 1, p. 1, 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4026>. Acesso em 10 out. 2020.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio, **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**, Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em 6 de out. de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual De Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **Provimento reaviva debate sobre limites do CNJ em cartórios**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-29/direito-civil-atual-provimento-reaviva-debate-limites-cnj-cartorios>. Acesso em: 10 out. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Submetido em: 31/12/2020

Aprovado em: 18/04/2021

ESTUDO SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

STUDY ON OBSTETRIC VIOLENCE

Ana Paula Pessoa Judar¹

RESUMO: A expressão violência obstétrica retrata todos os tipos de maus tratos passíveis de serem sofridos, não só durante o parto, mas também durante todo o acompanhamento pré-natal e, inclusive no pós-parto ou abortamento. O objetivo deste estudo é justificar a necessidade da prevenção da violência obstétrica, bem como a importância de levar o conhecimento para mulheres grávidas como estratégia de enfrentamento da institucionalização da violência gestacional. Os dados foram adquiridos através da apuração de artigos acadêmicos, pesquisas bibliográficas e pesquisas estatísticas, sem delimitação de período específico, buscando-se observar o tratamento legislativo destinado à temática no Brasil, bem como a observação de como as recomendações da Organização Mundial da Saúde-OMS são tratadas de fato nos hospitais brasileiros. O resultado obtido foi o de um modelo de atendimento focado na prevenção da violência, partindo desde a formação do profissional da saúde, com inclusão de matérias de humanística na grade curricular até, finalmente, aos exames pré-natais e de pós-parto. Constatou-se a imprescindibilidade de trabalhos futuros para fortalecer o diálogo com o poder público; vencer as barreiras institucionais, com o objetivo de formular políticas públicas focadas na prevenção e superação das estatísticas negativas.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica. Parto. Institucionalização da violência.

ABSTRACT: The term obstetric violence portrays all kinds of ill-treatment that can be suffered, not only during delivery, but also during the entire prenatal care and even in the postpartum or abortion. The objective of this study is to justify the need to prevent obstetric violence, as well as the importance of bringing knowledge to pregnant women as a strategy to cope with the institutionalization of gestational violence. The data were acquired through the investigation of academic articles, bibliographic research and research. Statistics, without delimiting a specific period, seeking to observe the legislative treatment aimed at the theme in Brazil, as well as the observation of how the recommendations of the World Health Organization-WHO, are actually treated in Brazilian hospitals. The result obtained was that of a service model focused on the prevention of violence, starting from the training of health professionals, with the inclusion of humanistic subjects in the curriculum until, finally, prenatal and postpartum exams. Future work was found to be essential to strengthen the dialogue with the public authorities; overcome institutional barriers, with the objective of formulating public policies focused on the prevention and overcoming of negative statistics.

KEYWORDS: Obstetric violence. Childbirth. Institutionalization of violence.

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Processo Civil pela Escola Brasileira de Direito.

INTRODUÇÃO

A definição dada pela Organização Mundial da Saúde-OMS (*World Health Organization*) para violência é a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis, que resulte ou possa resultar em qualquer dano psicológico, deficiência, lesão ou morte.

Ao longo da história, inúmeras designações já foram utilizadas para tratar sobre o tema da violência, tais como “abuso obstétrico”, “violência no parto”, “violência de gênero e institucional no parto e aborto”² e “crueldade no parto”. Nesse sentido, cabe esclarecer que, como em outros países da América Latina, no Brasil, o termo “violência obstétrica” é utilizado para classificar as diversas faces da agressão contra mães e seus filhos em todas as etapas do parto e até mesmo em situações de abortamento.

A violência obstétrica é a somatória de dois tipos de violência: violência institucional, que ocorre nos hospitais públicos e privados, cometidos por equipes da área da saúde; e a violência de gênero propriamente dita, marcada por anos de patriarcalismo e descaso com as mulheres e tudo o que envolve suas respectivas sexualidades.

Quanto à violência de gênero, é um problema que aflige as mulheres pelo simples fato de serem mulheres e decorre de relações de poder e subordinação entre homens e mulheres e pela dominação e discriminação exercidas historicamente.

Já quanto à violência institucional, tema priorizado no estudo, tem-se, segundo a Organização Mundial de Saúde, em um estudo divulgado em 2015, a existência de sete tipos de violência no parto: abuso físico, abuso sexual, preconceito e discriminação, não cumprimento dos padrões profissionais de cuidado, mau relacionamento entre as mulheres e os prestadores de serviços e condições precárias do próprio sistema de saúde.

O tipo de violência mais comum verificada é a violência verbal, observada, principalmente, pelo fato de as pacientes não conhecerem o processo biológico do nascimento, aliado à falta de informação dada pelos profissionais da área da saúde sobre todas as fases do parto.

Nesse diapasão, a violência pode ser percebida em diversas atitudes, desde a má recepção no ambiente hospitalar por equipes com baixo treinamento, até a realização de procedimentos desnecessários, não autorizados, frieza, rispidez, falta de atenção, negligência e maus-tratos por parte dos profissionais.

Outro conceito utilizado e muito aceito para designar a violência obstétrica vem de um artigo de lei venezuelano que, de forma inovadora, foi o primeiro país da América Latina a criar uma legislação específica sobre o tema. Define-se da seguinte forma:

Entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicação e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na vida das mulheres. (TESSER, 2015, p. 30).

Apesar do avanço significativo na citada legislação, ainda existem limites na proteção, tendo em vista seu caráter abstrato, não trazendo a clareza necessária para a materialização da solução.

² (D'Oliveira; Diniz; Schraiber, 2002)

O estudo da violência no parto demonstra que se trata um problema de saúde pública complexo e plurifacetado que acarreta gastos para o Estado, que poderiam ser evitados com investimento público adequado.

As doenças acometidas aos seres humanos cujas mães, no momento do parto, foram vítimas de violência obstétrica, terminam por onerar a máquina pública, tendo em vista que estes, no decorrer da vida, serão os que demandarão contra a Fazenda Pública pleiteando medicamentos para tratar as doenças advindas da violência, como por exemplo o uso de toxina botulínica para tratamento de distonia muscular.

O mesmo se aplica às mulheres vítimas, que após sofrerem abusos no parto, em sua maioria precisam de assistência médica secundária. Outrossim, não se pode fazer uma análise da problemática da violência obstétrica sem associá-la a violações de direitos humanos.

A OMS traz que “os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente” (OMS, 2014, p. 2) e dita recomendações aos Estados signatários quanto o dever de aumentar a pesquisa e desenvolvimento para proteger as mulheres contra os maus tratos, além de investir em programas que visam melhorar a qualidade de atendimento às mulheres na gravidez e envolver todos os sujeitos nos debates para melhorar o tratamento hospitalar das pacientes.

Não obstante, em que pese a saúde do parto ser considerado um direito humano, e presente em compromissos internacionais incorporados pelo direito interno, o Brasil ainda a trata como mera norma programática, ou seja, que não necessita ser efetivada de imediato, havendo absoluta discricionariedade dos profissionais da saúde em relação aos direitos que serão dados às mães, sempre priorizando interesses políticos.

A violação de direitos humanos ignora garantias fundamentais protegidas constitucionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como direito à vida, à autodeterminação, dignidade da pessoa humana, direto aos direitos reprodutivos, submetendo as gestantes a uma condição de inferioridade de gênero.

O presente estudo se fundamenta em uma recapitulação de literatura, na qual se efetuou uma consulta em livros e trabalhos da área de obstetrícia, escolhidos por intermédio de buscas no Google Acadêmico, utilizando durante a pesquisa termos como “violência obstétrica” e “legislação sobre violência no parto”. Os fundamentos de inserção para o estudo foram os enfoques em torno de Violência Obstétrica e o seu contexto.

Justifica-se o estudo por ser a proteção na gestação e parto um direito fundamental da mulher, mas que é constantemente ignorado e banalizado, devendo, pois, ser objeto de maior atenção no meio acadêmico e social, de forma a alterar essa realidade. Utiliza-se, assim, o estudo sobre a temática como uma forma de enfrentamento e superação, já que uma das armas para erradicar essa espécie de violência de gênero é orientar e informar a população para que saibam notar e perceber os vários tipos de violação passíveis de ocorrer durante uma gestação.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

Conforme estudado alhures, a violência obstétrica é a adição de dois tipos de violência: a violência institucional e a violência baseada em gênero.

Em 1981, com a publicação do trabalho “Espelho de Vênus: Identidade Sexual e Social da Mulher” (ALVES, 1981) no Brasil, uma das obras pioneiras a ocupar-se do assunto no país, a violência obstétrica é tratada como um problema mais profundo, tendo raízes na cultura patriarcal.

Ao dizer “Não é apenas da relação sexual que a violência aparece marcando a trajetória existencial da mulher. [mas] também na relação médico-paciente [...]” (GRUPO CERES, 1981, p. 349), deixa claro que tudo o que envolve a sexualidade feminina é tratado com desrespeito, inclusive nas instituições da saúde que, ao contrário, deveriam fornecer apoio e respeito.

Vale ressaltar que o tratamento inadequado também é dispensado às mulheres em situação de abortamento. A principal queixa desse grupo é justamente o sentimento de julgamento pela equipe médica, derivado de suspeitas de que a paciente teria cometido autoaborto, conforme dados da pesquisa de Venturi e Godinho (2013), o que demonstra a estigma sofrida pelo feminino quando relacionado à sexualidade e ao sistema reprodutor.

O paradigma tecnicista utilizado nos hospitais, que estima pela absoluta racionalidade e falta de humanização na assistência à mulher puérpera, reforça a autoridade dos profissionais da saúde sobre a paciente, retirando a autodeterminação da mulher em um momento que deveria exercer o protagonismo e ignorando princípios como o da dignidade da pessoa humana. Logo, resta claro que a atual formação acadêmica dos profissionais da saúde tem íntima relação com o atual panorama de violência institucional no Brasil.

É corriqueiro em hospitais situações em que mulheres são objetificadas em prol do treinamento de internos. Inúmeros exames são realizados sem uma real necessidade para que sirva de aprendizado aos alunos, por exemplo, priorizando a técnica e ignorando o ser humano que necessita de amparo.

E, nesse sentido, não há como negar que a trivialização da violência contra as mulheres puérperas está diretamente relacionada com a educação pouco humanizada, que prioriza a prática da medicina de forma cega em detrimento do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, menosprezando as relações intersubjetivas.

Necessário se faz revisar os ideais de balizamento ético e moral, em todas as fases do estudo médico, mas principalmente na graduação, visando priorizar a humanidade no tratamento, para que a mulher não deixe de ter um fim em si mesma, passando a ser tratada como objeto de estudo.

Ainda nesse sentido, a pesquisa “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”, efetuada pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o SESC mostra que uma a cada quatro mulheres sofre violência obstétrica durante a gravidez. A pesquisa também demonstra que 27% das mulheres atendidas na rede pública afirmam ter sofrido violência, enquanto no setor privado, a taxa cai para 17% (VENTURINI; GODINHO, 2013).

Além de demonstrar que a violação ao direito de mulheres é, infelizmente, uma realidade “banal” nos hospitais, resta evidente que não é um problema puramente social e que atinge apenas

mulheres de baixa renda, mas sim um problema cultural em que tudo o que envolve a sexualidade feminina, como dito, é negligenciado, prevalecendo o que é conveniente ao médico e à instituição.

De qualquer forma, não é possível descuidar do fato de que o índice de violência é maior na rede pública de saúde, o que demonstra que a maioria das vítimas são mulheres pertencentes a setores sociais com maiores riscos e desvantagens, como mulheres jovens, pobres, da área rural, talvez pela dificuldade no acesso à informação.

Segundo informações do Ministério da Saúde, mais de 90% das mortes de mulheres ocorridas durante o parto poderiam ter sido evitadas, assim como outros procedimentos considerados invasivos, como a episiotomia, que ocorre em 53,5% dos casos, ou até mesmo a cesariana, que ocorre em 56,51% dos partos, sendo, Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico³, um dos índices mais altos do mundo. (AGÊNCIA SENADO, 2018). Em 1996, com a publicação do trabalho “Assistência ao parto normal: um guia prático” pela Organização Mundial de Saúde (OMS, 1996), houve a sistematização das intervenções no parto, de acordo com evidências científicas, demonstrando práticas ineficazes que devem ser abandonadas dos protocolos médico-hospitalares.

A exemplo dessas práticas, encontram-se a Manobra de Kristeller (pressão na parte superior da barriga para expulsão do nascituro); impedimento do acompanhante sob argumento de contaminação; restrição alimentar e hídrica e uso indiscriminado de ocitocina, que ainda são rotina nos hospitais brasileiros.

Tecidas essas singelas considerações, nota-se que é preciso perceber que a problemática da violência obstétrica vai além da conduta dos agressores e precisa ser seriamente enfrentada devolvendo à mulher o controle pleno do seu destino, de seu parto e de seu corpo.

ARCABOUÇO NORMATIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir da visão histórica e conceitual trazida anteriormente, faz-se necessário o estudo do arcabouço normativo de proteção à dignidade das mulheres gestantes e ao neonato.

Começando a análise por tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário, temos como um dos marcos mais relevantes a Convenção de Belém do Pará de 1994⁴, realizada pela Organização dos Estados Americanos - OEA, com objetivo de erradicar a violência contra a mulher. Nela ficou estabelecido que deve ser entendido como violência contra a mulher “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como privado” (BRASIL, 1996), podendo ocorrer, conforme trata o artigo 2º, também nas entidades prestadoras de serviço de saúde.

Surge, então, a preocupação estatal com o combate da violência institucional, conforme resta claro da leitura da Convenção: “inclusive a (ação ou omissão) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra” (BRASIL, 1996).

Os recém-nascidos também merecem a proteção conferida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA no artigo 7º: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde,

³ Organisation for Economic Co-operation and Development

⁴ Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir E Erradicar A Violência Contra A Mulher, “Convenção De Belém Do Pará” Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral.

mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990a). Resta cristalino, dessa forma, que o recém-nascido é visto como sujeito de direitos, devendo ser protegido ao seu nascimento.

Além disso, o mesmo diploma legal estabelece em seu artigo 8º, parágrafo 8º que “a gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos” (BRASIL, 1990a).

Ainda, a Portaria 1.067/05 Ministério da Saúde estabeleceu orientação em relação ao plano obstétrico e neonatal, definindo a humanização do serviço como forma de homenagear a dignidade da mulher e do nascituro como sujeito de direitos e visando a melhoria da qualidade da atenção obstétrica e neonatal no País (BRASIL, 2005).

Esta portaria considera que a atenção obstétrica e neonatal humanizada e de qualidade é direito da mulher e do recém-nascido, buscando resgatar a naturalidade do parto por meios menos invasores e baseados na participação constante da mulher.

Nesse mesmo sentido, o Ministério Público Federal, nos autos do Procedimento Preparatório nº 1.16.000.001544/2016-49, onde foi noticiado situação de violência obstétrica nos atendimentos a parturientes no Hospital Regional de Samambaia – HRSam, estabeleceu a recomendação, com base na Portarias MS nº 569/2000 e nº 1.067/05 e da Resolução Anvisa RDC nº 36/2008 que:

Toda gestante tem direito a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério, bem como toda mulher grávida e todo recém-nascido têm direito à assistência de forma humanizada e segura, o que inclui ser chamada pelo nome, ser tratada com respeito, ter suas dúvidas esclarecidas, compartilhar as decisões sobre as condutas a serem tomadas, ter liberdade de posição e de movimento durante o trabalho de parto, ter acesso a métodos para alívio da dor, não ser submetida a episiotomia de forma rotineira, permanecer em alojamento conjunto com o bebê desde o nascimento etc. (BRASIL, 2016, p. 2)

Também, é válido destacar a Lei Estadual do Estado de São Paulo, n. 15.759/2015 (SÃO PAULO, 2015), que traz em seu bojo a proteção ao parto humanizado, garantindo, através de princípios, a segurança, transparência e mínima invasão, que podem ser facilmente efetivados com práticas simples, como devolver o poder de escolha à gestante quando não representar riscos para sua saúde.

Além desses pontos, há no Brasil iniciativas legislativas no Congresso Nacional, em trâmite ou suspensas, tais como: a PEC 100/2015, de autoria do agora senador Veneziano Vital do Rêgo, que visa disponibilizar uma equipe multidisciplinar para cuidados no pré-parto, parto, pós-parto pelo Sistema Único de Saúde; e a PLS 75/2012, senadora Maria do Carmo Alves, aprovada por comissão em decisão terminativa e já remetida à Câmara dos Deputados, que proíbe gestantes sem situação carcerária de passarem pelo parto algemadas.

No entanto, a falta de materialização dos direitos protetivos em políticas públicas firmes, alimentam a gravidade do problema e aliam-se à inércia por parte da comunidade e dos governantes.

Desta forma, é possível notar que, o sistema legislativo brasileiro não é completamente omissivo em relação às violências sofridas durante o nascimento, embora não haja legislação específica que abarque o tema. Vale ressaltar, que muito embora tenha um avanço legislativo, ainda não se tem a possibilidade de punição pela criminalização da violência obstétrica ou legislação específica de reparação civil pelos danos sofridos nesses casos.

Nessa vertente argumentativa, válido, ainda, reiterar que a ausência de uma legislação específica traz prejuízos para a responsabilização civil da equipe médica, tendo em vista a ausência de previsão sobre o prazo prescricional.

Tema nada pacífico na jurisprudência, alguns tribunais tendem a aceitar a prescrição trienal do Código Civil (BRASIL, 2002), enquanto outra parte da jurisprudência traz a prescrição quinquenal, do artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), por se tratar fato do serviço na relação de consumo e, ainda, uma terceira corrente que aceita a violência obstétrica como fato na prestação de serviço, mas, utilizando a teoria do Dialogo das Fontes, aplica o prazo decenal do artigo 205, do Código Civil.

Segundo a teoria do Diálogo das Fontes, as normas do ordenamento jurídico podem se compor e não há transtornos em utilizar, por exemplo, o Código Civil juntamente com o Código de Defesa do Consumidor.

A Jurista Claudia Lima Marques ensina, inclusive, que a “doutrina atualizada, porém, está a procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão” (MARQUES, 2009, p. 90).

No caso e comento, por não haver lei que fixe prazo menor para a situação específica, deve-se, em prestígio ao princípio do *in dubio pro consumidor*, prevalecer a norma protetiva.

Além da problemática formal da ausência de previsão prescricional, deve-se levar em conta a falta de informação que assola a violência obstétrica. Explica-se: a retirada da mulher do protagonismo no parto, somado à falta de conhecimento do processo biológico do nascimento e falta de informações acessíveis à gestante faz com que muitas mulheres experimentem a violência obstétrica e nem ao menos a reconheça como tal, vindo a descobrir anos depois que as práticas realizadas em seu parto foram abusivas, ou até mesmo que os problemas de saúde enfrentados por seu bebê, tem conexão direta com o parto mal realizado.

Logo, é imperioso que na tratativa em questão seja considerada a teoria da *actio nata*, de forma que o dia inicial do prazo prescricional deve ocorrer no exato momento em que a parte lesada tomou ciência do dano, em respeito ao princípio da boa-fé.

Nesse sentido, tem-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CONHECIMENTO DA LESÃO POSTERIORMENTE AO FATO LESIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DE CIÊNCIA. [...] 1. O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da *actio nata* (BRASIL, 2011).

Dessa forma, é possível observar que a teoria da *actio nata* fornece segurança jurídica ao indivíduo ao permitir que busque o socorro do Estado Juiz ao tomar ciência de seus direitos.

Ainda sobre a responsabilização civil, não restam dúvidas que as indenizações devem ser individualizadas, sendo paga uma indenização à mulher vítima dos mais diversos tipos de maus tratos admitidos em uma situação de parto, mas, também, à criança que, por vezes carregará por toda a vida as sequelas de um parto violento, tendo em vista que em uma situação frágil como a do nascimento, a mulher padece a dor e a criança as consequências do mal atendimento.

Nessa vertente argumentativa, o Estado, por cometer uma omissão importante no tocante a elaboração de legislação atinente ao tema e, ainda na fiscalização e na ausência de políticas públicas efetivas, deve responder de forma solidária com a instituição hospitalar à responsabilização civil.

Por último, deve-se destacar que no caso da violência obstétrica é cristalina a incidência de responsabilização objetiva. Primeiro por se tratar de relação de consumo, conforme artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b). Em segundo lugar, pela teoria do risco da atividade exercida pelo agente, que justifica a responsabilização objetiva, já que, nos termos do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), surge o dever de reparação, independentemente de culpa, sempre que o agente exercer atividade que, por sua natureza, implique em riscos para direitos de outrem.

PREVENÇÃO E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Destarte, para abolir com todas as formas de violência contra a mulher, deve-se, de pronto, admitir todas as circunstâncias enfrentadas na hora do parto, tendo foco em proteger a saúde mental, o bem-estar e a dignidade, como direito fundamental, da mãe e da criança, garantindo a saúde do núcleo familiar.

A redução da violência no parto passa por inúmeras fases e em diversas esferas sociais, desde a formação acadêmica dos profissionais da área da saúde, ao poder legislativo, consideravelmente omissos na temática. Ainda, tem-se que para a chegar à uma solução para a problemática estudada, deve-se adotar nova postura e trazer a visibilidade para a causa, de forma a enfrentar a cultura do desconhecimento e promover o reconhecimento dos direitos das mulheres, fomentando a criação de políticas públicas efetivas.

Ao fazer um exame no sistema normativo brasileiro, percebe-se que não há uma omissão total do legislador, no entanto, a inexistência de uma lei específica que permita a responsabilização e punição da equipe agressora, bem como o contínuo desrespeito das recomendações expedidas pela Organização Mundial da Saúde, continuam por colocar a mulher parturiente em uma situação de medo e risco.

Nesse sentido, não se pode negligenciar que a falta de uma legislação específica, juntamente com a falta de aplicação das normas jurídicas existentes cria um cenário de impunidade e corporativismo que desestimulam a denúncia da violência pelas vítimas que, quando assim o fazem, não recebem o devido apoio do Estado e não recebem uma orientação consistente de onde encontrar programas de assistência à vítima.

Países da América Latina como Venezuela e Argentina, em 2007 e 2009, respectivamente, criaram suas legislações específicas para tutelar a violência no parto, que poderiam facilmente

servir de modelo para o legislador brasileiro, tendo em vista que, por sua inovação e completude, são muito aceitas por estudiosos sobre o tema.

Outrossim, deve-se compreender a influência das unidades de saúde despreparadas causam na problemática em estudo.

Como estudado alhures, equipes médicas despreparadas e uma formação acadêmica que deixa de tratar o ser humano como um fim em si mesmo, passando a ser visto como um mero objeto de estudo, reforçam a violência no parto como algo natural e “aceito”.

Portanto, urge inserir, na graduação em saúde e nas demais formas de especialização, o estudo por uma óptica humanística, fortalecendo o ensinamento dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher e demonstrando a relação da autonomia a autodeterminação com a dignidade da pessoa humana.

Modificar, também a forma de ensino no estudo da saúde, de modo que não haja a exposição de alunos a procedimentos e intervenções sem evidências científicas que comprovem a real inevitabilidade, propiciando, dessa forma, atuações que sobrecarregam a parturiente.

Igualmente, deve-se haver o fomento de pesquisas e estudos na área da violência obstétrica, com fim de desenvolver indicadores e estatísticas das ocorrências, para solver lacunas no tocante ao tema e observar a evolução nas práticas hospitalares e o real desempenho das políticas públicas.

Da mesma forma, promover debates entre todos os sujeitos envolvidos, incluindo profissionais ligados à assistência social, médicos, enfermeiros, gestores hospitalares públicos e privados, juntamente com as Defensorias Públicas e Ministério Público para, com um olhar multidisciplinar, possibilitar a redução de acontecimentos tão danosos para a família e sociedade como a violência no parto e, ainda, auxiliar no cuidado físico e psicológico de mulheres vítimas que busquem o apoio estatal.

Como ótimo exemplo, pode-se citar a Defensoria Pública do Estado da Bahia, que possui o Núcleo de Defesa da Mulher - NUDEM, da Especializada de Proteção aos Direitos Humanos, que disponibiliza canal de contato para denúncias de violência no parto e, também, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que elaborou material informativo com linguagem simples e acessível para orientar mulheres sobre seus direitos, através do Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, além de promover capacitações para que os servidores sejam capazes de detectar essa demanda e tratar as assistidas de maneira adequada.

Deve-se por fim, conceber centros de apoio e assistência para o acolhimento de mulheres e crianças vítimas de violência no parto, para o oferecimento de tratamento físico, psicológico e de reabilitação para minorar os danos causados pelo mau atendimento médico prestado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como objetivo entender o que é a violência obstétrica, bem como apresentar a recorrência da prática no Brasil, para buscar medidas de enfrentamento, tanto no setor público, quanto no setor privado.

Identificou-se, todavia, que a institucionalização da violência no parto não é uma realidade exclusiva do Brasil, sendo notada em diversos países do mundo, estando associada à violência

de gênero. Possível notar, ainda, que se trata de um problema de saúde pública complexo e de importância indiscutível, com reverberação em toda a sociedade.

Nesse sentido, a pesquisa permitiu constatar que o Brasil se encontra em posição de atraso com relação às legislações de proteção à mulher e à parturiente, tendo em vista que países da América Latina possuem, desde 2007, legislação específica para tutelar a violência no parto, enquanto o Brasil não possui lei específica, sendo mencionada a proteção à grávida e ao recém-nascido em diplomas como o Estatuto da Criança e do Adolescente e Portarias do Ministério da Saúde.

Para que os direitos da mulher parturiente sejam colocados em prática, urge, pois, iniciar a prevenção nas instituições de educação voltadas para saúde e universidades, humanizando o ensino e a assistência médica, de forma a melhorar a relação profissional-paciente, considerando as necessidades pessoais da gestante como um todo.

Além disso, empoderar mulheres e levar conhecimento sobre seus direitos aparece como umas das principais estratégias de combate à violência, com o fito de devolver o protagonismo do parto à mulher que, com seu direito à autodeterminação, escolherá as práticas toleráveis para o nascimento de seu filho. Isso porque a falta de diálogo e informação, somados ao medo da experiência do parto, acabam por colocar a mulher em uma posição de vulnerabilidade e colocando o profissional da saúde como centro único do conhecimento, o que torna a violência mais frequente e naturalizada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Violência obstétrica é uma realidade cruel dos serviços de saúde, apontam debatedores. **Senado Notícias**. Brasília, 20 jun. 2018, 19:22. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/06/20/violencia-obstetrica-e-uma-realidade-cruel-dos-servicos-de-saude-apontam-debatedores> Acesso em: 28 abr. 2021, 15:56.

ALVES, Branca Moreira *et al.* **Espelho de Vênus: Identidade Social e Sexual da Mulher**. São Paulo: Brasiliense, 1981. 383 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília: Casa Civil, 1 ago. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 13 de jul. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 11 set. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº. 1.067, de 4 de julho de 2005. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília: Ministério da Saúde, 6 jul. 2005. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=193664> Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procedimento preparatório nº 1.16.000.001544/2016-49**. Denúncias de prática de violência obstétrica no Hospital Regional de Samambaia e em outras unidades públicas de saúde do Distrito Federal. Procuradora: Luciana Loureiro Oliveira, 13 jul. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-violencia-obstetrica> Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.020.801-SP (2007/0310759-9)**. Indenização por danos morais decorrente de responsabilidade civil. Recorrente: Maria do Socorro Souza dos Santos. Recorrido: Alberico José de Barros Pires. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 26 abr. de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19098660/recurso-especial-resp-1020801-sp-2007-0310759-9-stj/relatorio-e-voto-19098662> Acesso em: 29 abr. 2021.

D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo; SCHRAIBER, Lilia Blima. Violence Against Women In Health-Care Institutions: An Emerging Problem. **THE Lancet**, [s.l.], v. 360, set. 2002. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673602085926> Acesso em: 20 abr. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411 p.

OMS (Organização Mundial de Saúde). **Assistência normal ao parto**: um guia prático. Brasília: Ministério da Saúde, 1996. 53 p.

OMS (Organização Mundial da Saúde). **Prevenção e eliminação de abusos**: desrespeito e maus tratos durante o parto em instituições de saúde. Genebra: OMS, 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jssinid=07B9D1AAEEB8267E5B32F62C83A73E71?sequence Acesso em: 20 abr. 2021.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei Nº 15.759, de 25 de março de 2015**. Assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado e dá outras providências. São Paulo: Palácio dos Bandeirantes, 25 mar. 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=174293> Acesso em: 26 abr. 2021.

TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina da Família e Comunidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 35, 2015, p.1-12

VENTURINI, Gustavo; GODINHO, Tatau (org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: SESC/Fundação Perseu Abramo, 2013. 504 p.

Submetido em: 23/12/2020

Aprovado em: 18/04/2021

A OFERTA DE CONSULTORIA JURÍDICA DE ASSUNTOS PRIVADOS PELOS SINDICATOS A SEUS TUTELADOS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO ÀS ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DO ADVOGADO

THE OFFERING OF JURIDICAL COUNSELING ABOUT PRIVATE MATTERS BY LABOR UNIONS TO THEIR UNIONIZED AND THE POSSIBLE VIOLATION OF THE EXCLUSIVE LAWYER ATTRIBUTIONS

Roger Vitório Oliveira Sousa¹
Ana Rayza Santos Costa²

RESUMO: Quando a lei estabeleceu que aos sindicatos caberia a prestação de serviços de assessoria e de consultoria jurídica a seus associados, surgiu um possível conflito com as atribuições privativas do profissional advogado, impostas pelo Estatuto do Advogado e da OAB. Nesse sentido, buscou-se elucidar essa questão, desvendando se há realmente dissonância entre as disposições e se seria possível às entidades sindicais prestar consultoria e assessoria jurídica a seus associados no tocante a matérias privadas destes. Usando-se do método dedutivo, inicialmente desvendou-se a evolução do acesso à jurisdição e seu vínculo com o advogado enquanto profissional instrumental ao acesso à justiça. Posteriormente, verificou-se a definição de sindicato, sua origem como reflexo da liberdade estabelecida como direito fundamental pela Constituição vigente, um breve termo histórico de seu surgimento e suas atribuições. Evoluindo o tema, analisou-se a conjugação entre o estabelecimento do dever de prestação dessas atividades privativas de advogados pelos sindicatos, o finalismo que permeia as condutas de tais sindicatos e a norma que impõe a privatividade das referidas práticas aos Advogados, dissecando decisões de Tribunais de Ética de seccionais da OAB do país para elucidar se seriam válidas as consultorias, pelo sindicato, de matérias privadas de seus sindicalizados, e, se sendo ilegais, quais as ramificações de tais práticas. Destarte, a partir desse estudo, verificou-se que a atuação dos sindicatos está limitada aos interesses da categoria, no âmbito das relações de trabalho, conforme a norma constitucional e, por isso, revela-se prática ilegal das atividades atribuídas aos advogados a oferta, pelas entidades sindicais, de assessoria jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: Consultoria e Assessoria Jurídicas. Advogado. Sindicato.

ABSTRACT: When the law determined that the labor unions should offer to their unionized services such as juridical counseling, it began a possible conflict between this and the lawyer's privative attributions established by the Law-

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade Descomplica. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Descomplica. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Pró-Minas.

² Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau. Pós-graduada em Direito Processual pela PUC-Minas. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela ESAPI/OAB/PI.

yer's Statute. It was objectivated to clarify this matter, discovering if there is in fact a conflict that involves those two law dispositions and if it would be possible to the unions to offer the juridical counseling and assessing to their unionized when the matter involves only the private lives of the associates. Using the deductive method, initially the discussion developed through the evolution of the principle of free access to the jurisdiction and its connection to the lawyer, a worker that is a true instrument of access to justice. Later, it was studied the definition of labor unions, their origins as a reflex of the right to freedom guaranteed by the Constitution, and a brief historical analysis of it's beginning as well as their attributions. Following the logical evolution of the theme, it was necessary to analyse the dynamic between the duty, imposed by law to the union, of juridical counseling, the finalism that permeates the conducts of said labor unions, and the law that imposes the exclusivity of those activities to lawyers, dissecting decisions from the Ethics Councils of state brazilian law bars to discover if it would be valid for unions to offer the juridical counseling to their unionized about private matters of them and if, being ilegal such activity, what would be the consequences of such practices. Thus, from this study, it was found that the work of the unions is limited to the interests of the category, within the scope of labor relations, according to the constitutional norm and, therefore, the offer attributed to lawyers is illegal, by union entities, for legal advice.

KEYWORDS: Juridical counseling. Lawyers. Labor Unions.

INTRODUÇÃO

É inegável que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer o ordenamento jurídico vigente, inovou ao definir um novo patamar social para os súditos do Estado brasileiro. Nesse sentido, foi prevista expressamente como direito fundamental a liberdade. Decorrencia expressa dessa liberdade é o direito de livre associação, de que é espécie qualificada a liberdade sindical. Quanto à essas associações específicas, os sindicatos, a lei tratou de estabelecer suas atribuições e seus deveres, incluindo entre os mencionados deveres a prestação, por parte de tais figuras, de assessoria e consultoria jurídica aos filiados.

Surge, assim, o questionamento: há conflito entre essa imposição legal e o estabelecimento, pelo Estatuto do Advogado e da OAB, de privatividade da prestação dos mencionados serviços pelo profissional causídico? O objetivo mor deste ensaio é elucidar essa antinomia e desvendar a real significação da imposição legal do mencionado dever aos sindicatos, em conjugação ao elenco de atividades privativas do advogado estabelecido pelo estatuto.

Para atingir esse escopo, na primeira seção do desenvolvimento, inicialmente passar-se-á pela noção de inafastabilidade da justiça, compreendendo-se a posição ostentada pelo advogado na realidade jurídica atual e suas atribuições e deveres. Seguintemente, na segunda seção do desenvolvimento, tentar-se-á desvendar a figura peculiar dos sindicatos. Tangencia-se a origem dessas peculiares entidades, progredindo para a definição atribuída a elas pela doutrina pátria para, posteriormente, descobrir quais as suas atribuições e os seus deveres conforme determinados pela Lei.

Na parte final do desenvolvimento, a última seção, atingir-se-á o ápice do debate, através da conjugação do dever imposto pela lei, na forma da CLT, de que os sindicatos prestem assessoria jurídica e consultoria jurídica a seus sindicalizados, com a privatividade estabelecida pelo Estatuto do Advogado às mesmas atividades. Indagar-se-á, neste ponto, se esse dever prestacional estabelecido à associação trabalhista permite a essas entidades fornecer tais serviços apenas no que tangê às finalidades essenciais da entidade e aos motivos pelos quais foram criadas ou se podem dizer respeito, também, a matérias de ordem pessoal e particular dos trabalhadores, ou seja, se a

assessoria e a consultoria jurídica impostas como prestações obrigatórias a serem ofertadas pelos sindicatos aos associados podem se referir a questões íntimas desses associados ou se estarão limitadas às matérias trabalhistas que justificam a existência de tais associações qualificadas.

Com o intuito de desvendar esse verdadeiro mistério jurídico, far-se-á uso da doutrina pátria para entender as definições iniciais das figuras estudadas – o advogado e o sindicato – bem como das suas atribuições legais. Posteriormente, usar-se-á como lastro interpretativo apto a justificar a solução do conflito aparente de atribuições aqui mencionado a jurisprudência dos Tribunais de Ética de diversas seccionais da OAB pelo país inteiro. O trabalho será realizado com o uso do método dedutivo, tendo em vista que, após a análise dos conceitos iniciais aqui mencionados, o de advogado, de sindicato e a análise das atribuições de ambos, será possível, partindo dos conhecimentos gerais, atingir uma conclusão específica acerca da possibilidade ou não de o sindicato ofertar, a seus sindicalizados, serviços jurídicos para matérias pessoais destes últimos.

O ACESSO À JURISDIÇÃO E O ADVOGADO

A Carta Política de 1988 positivou o princípio do acesso à justiça, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, como o principal instrumento de garantia dos direitos subjetivos do homem, revestido de obrigatoriedade e imperatividade. A partir desse princípio, desdobra-se um conjunto de garantias constitucionais destinadas a assegurar o respeito, a efetividade e a exigibilidade dos direitos individuais, especialmente, no tocante ao direito de defesa (SILVA, 2005).

Para tanto, a Constituição contempla a advocacia como uma das funções indispensáveis à administração da justiça e à defesa dos direitos do homem, sendo o advogado figura inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (artigo 133, CF). Antes de adentrar-se sobre as atribuições conferidas a essa figura, todavia, cumpre, inicialmente, compreender o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra residência permanente no inciso XXXV, do artigo 5º, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conforme outorgado pelo poder constituinte originário (BRASIL, 1988). Dialogando acerca da natureza jurídica de tal mecanismo, é adequada a perspectiva de Bulos (2014, p. 629), para quem tal princípio colocar-se-ia como “uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie”. Consiste, assim, em direito universal, positivado não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas também nos tratados e nas convenções internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 10), da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art.6º, 1) e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1). Encontra morada ainda na Convenção Americana de Direitos Humanos³, alcunhada de Pacto de São José da Costa

³ Tal instrumento internacional foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/92.

Rica, a qual preceitua em seu artigo 8º, I, que todo indivíduo tem direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas.

Observada a natureza jurídica do instituto e sua quase onipresença em instrumentos de direito internacional, nota-se que, com a separação das competências do Poder do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário, este último tomou para si a função de compor os conflitos diante do caso concreto. Isso, conforme Silva (2005), chama-se função jurisdicional, a qual realiza, por meio de um processo judicial, o sistema de composição de conflitos de interesses. Nesse diapasão, quando o dispositivo constitucional, ao aduzir a inafastabilidade da jurisdição, menciona a palavra “lei”, não se está a restringir o alcance da vedação meramente àqueles instrumentos normativos produzidos pelo Poder Legislativo (as leis em sentido estrito). É tanto que emendas constitucionais, decretos legislativos, resoluções, leis complementares, ordinárias e delegadas não podem ter por objeto propostas tendentes a impedir, direta ou indiretamente, a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. (BULOS, 2014).

Frise-se: por força deste princípio, não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (são ressalvadas, por oportuno cumpre mencionar, as exceções trazidas pela própria Lei das Leis).⁴ É notável, pois, que até mesmo a lei encontra um limite inafastável em tal disposição, tendo em vista que não poderá o Poder Legislativo, por meio de sua função típica, excepcionar algo da apreciação judiciária (DIDIER, 2018). Essa mesma linha interpretativa é adotada por Wambier (2015, p. 14), ao fazer até mesmo breve menção a momento histórico pátrio no qual se tentou afastar o livre acesso à jurisdição e a tutela judiciária das lesões a direito:

O Estado-juiz tem o dever de se pronunciar quando provocado – vedada que é a autotutela (art. 345 do CP) – para assegurar a vida em sociedade e a paz social. Neste campo, não existe a possibilidade de excluir do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, como ocorreu no Brasil através do art. 11 do Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968 (cuja redação assim dispunha: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”).

Para o alcance da jurisdição, se utilizam leis gerais e abstratas para compor e solucionar as lides, ou seja, os juízes e tribunais devem julgar com base no direito objetivo, constante nas leis ou nas normas gerais, não podendo os julgadores utilizar critérios particulares para decidir os conflitos ou fundamentar suas decisões de acordo com suas convicções íntimas. (SILVA, 2005). Essa também é a visão do Supremo Tribunal Federal – STF, conforme elucidou o Ministro Relator Marco Aurélio sobre o dever de entrega da prestação jurisdicional, “[a] garantia constitucional alusiva ao acesso ao judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes” (BRASIL, STF, 1994).

Ademais, a prestação da jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro se dá de forma ampla, atingindo não apenas direitos individuais, mas também direitos coletivos, podendo envolver

4 Para a tutela dos direitos, na perspectiva temporal, a Lei Maior não condicionou o acesso à justiça à previa da instância administrativa, todavia, faz-se a ressalva para as questões desportivas, uma vez que, a função jurisdicional só será aplicada às ações relativas à disciplina e às competições desportivas após o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, regulada em lei (art. 217, § 1.º, da CF).

a sindicabilidade dos atos da Administração Pública. Isso não significa, porém, que aos particulares é vedado adotar, voluntariamente, outros meios de solução de lides, a exemplo da jurisdição arbitral (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018). Destarte, a própria Suprema Corte declarou a constitucionalidade da Lei 9.307/96, a qual prevê a possibilidade de instituição de arbitragem para a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, desde que entre pessoas capazes.

Outro ponto a ser mencionado refere-se à imposição de recolhimento de valores a título de taxa processuais como condição de acesso à justiça, ou seja, a tutela jurisdicional não implica litigância gratuita, conforme observa Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018). O condicionamento do exercício da ação ao pagamento de taxa judiciária visa a impedir atos peremptórios e proteger a prestação jurisdicional (AGRA, 2018). Todavia, embora seja possível a cobrança de taxa judiciária para remunerar o serviço prestado, o STF já afirmou, peremptoriamente, que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa (Súmula Vinculante 21).

O princípio da inafastabilidade do acesso à justiça consagra o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma vez que o Estado veda a autotutela. Esse direito é exercido mediante a propositura de uma ação, a qual deve ser satisfeita a partir de um processo justo. Não basta, assim, apontar os direitos, faz-se necessária a instituição de meios organizados e adequados para se atingir a efetiva proteção dos direitos. Reconhecendo o caráter irretratável do acesso à justiça como direito básico do homem, defende Capelletti lucidamente (1988, pag. 12) que “[o] acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Dito isso, para o alcance da proteção jurisdicional torna-se necessária a garantia do direito de ação, o qual é veículo indispensável para a concretização da prestação do Poder Judiciário (ANGRA, 2018). Na toada do previamente exposto, há, atualmente, um direito de ação qualificado, posto que deve a tutela jurisdicional ser efetiva, adequada e tempestiva – passa, assim, a ação a ser vista por um prisma segundo o qual ela consiste em instrumento para o alcance a uma tutela jurisdicional com os caracteres que a qualificam (efetiva, adequada e tempestiva) (MITIDIERO, ARENHART, MARINONI, 2015). Em suma, pode-se afirmar, portanto, que (LEAL, 2018, p. 101) “[o] acesso à jurisdição faz-se pelo direito de ação (procedimento) criado pela norma constitucionalizada como direito incondicionado de movimentar a atividade judicial [...].”

Constata-se a existência do direito de ação, reflexo da inafastabilidade da jurisdição, mas quem pode ingressar em juízo? Via de regra, todos que possuem personalidade jurídica têm capacidade para estar em juízo; ademais, não só isso, a própria lei adjetiva estabelece certas figuras, destituídas de personalidade jurídica, as quais podem integrar os polos da relação processual, a exemplo do espólio, ou, até mesmo, conforme parte da jurisprudência, os Ofícios de Registro (GALESKI JÚNIOR, 2015). É o que também observa Didier (2018, p. 214-215), em momento no qual informa o alcance real do direito de ação:

O direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias disso. Não apenas as pessoas naturais, mas também as pessoas jurí-

dicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (PROCON, p. ex.) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder judiciário. Todo sujeito de direito tem o direito de ação. Tem o direito de ação todo aquele que tem capacidade de ser parte [...].

Mas, para acessar o judiciário, via de regra exige-se o intermédio de profissional o qual ostente capacidade postulatória. Cumpre, assim, elaborar um pouco sobre a figura do advogado.

O ADVOGADO E SUAS ATRIBUIÇÕES

A Carta Política consagrou a advocacia no capítulo destinado às funções essenciais da justiça, a fim de desempenhar atividades profissionais propulsoras da jurisdição. Isso porque, o Poder Judiciário, para alcançar a imparcialidade, é inerte, necessitando de provocação das partes para então atuar (BULOS, 2014). Nesse contexto, o advogado “é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art. 133, da CF). Tal valorização da figura do advogado já havia sido verificada pelo Superior Tribunal de Justiça ao registrar que (BRASIL, STJ, 1995):

Os advogados prestam importante serviço de contribuição para o bom exercício da Justiça, sendo natural que, no desempenho regular da atividade, o façam, até, com ardor e veemência. Nunca, porém, deixando de lado o essencial, que é a defesa da causa, para uma lita contra o colega adverso, ou contra o representante do Ministério Público, ou ofendendo a honra, desabusada e desnecessariamente, fora dos limites da causa ou da defesa de direitos e prerrogativas de que desfrutam.

A figura do advogado existe como instrumento de acesso à jurisdição. Isso porque, por força de lei, a regular inscrição nos quadros da OAB atribui ao profissional a capacidade postulatória exigida para que se acione o judiciário (VIVEIROS, 2015). O Código de Processo Civil, ao impor, em seu art. 103, a necessidade de representação da parte por advogado acaba por veicular disposição tremendamente conformada à realidade imposta pela Constituição (BRASIL, 2015). Ademais, o dispositivo vem como reforço ao art. 1º do Estatuto da OAB e do Advogado – EOAB, o qual impõe serem atividades privativas do profissional da advocacia tanto a postulação em juízo quanto as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (BRASIL, 1994).

Com isso, há uma sinergia evidente entre as imposições legais, as quais, ao mesmo tempo em que traduzem faticamente o respaldo abstrato que a Constituição trouxe em seu bojo no tocante ao advogado, realizam a manutenção da ordem jurídica ao impor a necessidade de que a busca pela tutela jurisdicional se dê por intermédio de um agente qualificado, o qual passou por uma formação jurídica, na forma do curso de direito, e um exame que atesta possuir os conhecimentos mínimos necessários ao exercício da profissão, o Exame da Ordem. Sintetizam essa visão Mitidiero, Arenhart e Marinoni, expondo o fundo constitucional do regramento e a interpretação finalística do art. 103 (2017, p. 255, grifo nosso):

O advogado legalmente habilitado representa a parte em juízo, outorgando-lhe capacidade postulatória, sendo indispensável à administração da justiça (art. 133, CF), cumprindo-lhe traduzir em linguagem técnica e adequada as alegações de seu constituinte e comunicar à parte tudo que se passa no processo. É a interface da parte com o órgão jurisdicional e do órgão jurisdicional com a parte.

Entretanto, ainda que a função do advogado seja indispensável para a postulação em juízo, há exceções à regra da indispensabilidade do advogado nos casos do *jus postulandi*, estabelecido em lei, que pode ser exercido por qualquer pessoa. Como exemplo, cita-se a dispensa do advogado nas causas cíveis de valor até vinte salários-mínimos, nos juizados especiais cíveis (art. 9º, da Lei 9.099/1995), a impetração de Habeas Corpus (art. 654, do CPP) e o pedido de revisão criminal feito pelo próprio condenado (art. 623, do CPP). O Supremo Tribunal Federal já declarou a relatividade do princípio constitucional da indispensabilidade do advogado (BRASIL, STF, 1990):

A indispensabilidade da intervenção do Advogado traduz princípio de índole constitucional, cujo valor político-jurídico, no entanto, não é absoluto em si mesmo. Esse postulado – inscrito no art. 133 da CF – acha-se condicionado, em seu alcance e conteúdo, pelos limites impostos pela lei, consoante estabelecido pelo próprio ordenamento constitucional. Portanto, é legítima a outorga, por lei, em hipóteses excepcionais, do *jus postulandi* a qualquer pessoa [...]

Para Novelino (2016) o advogado desempenha função importante dentro do Estado constitucional democrático, sem vínculo hierárquico ou subordinação, para o exercício da administração da justiça. Com esse intuito, os advogados são selecionados pela Ordem dos Advogados, entidade representativa da classe, que atua para os interesses e atribuições dos advogados, independentemente de qualquer órgão público. Nessa toada, no âmbito de suas atribuições legais o advogado deve exercer a função pública a ele outorgada com “paciência, humildade, profundo conhecimento técnico, cultura humanística, relacionamento sadio, boa vontade, senso de justiça, criatividade, etc.” (BULOS, pag. 1432).

Como garantias de sua isenção e tutelas de sua liberdade profissional, dado o caráter ímpar que esses profissionais apresentam dentro do universo jurídico pátrio, a Carta Política, assegurou a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações, em juízo ou fora dele, inclusive na imprensa, desde que relacionados ao exercício da função, portanto, sendo excluídas as questões pessoais. No entanto, o princípio da inviolabilidade encontra restrições nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, manifestações absurdas ou desarrazoadas não têm proteção constitucional (NOVELINO, 2016).

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) definiu em seu art. 1º as atividades privativas do advogado: “I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.” (BRASIL, 1994). Ao assim o fazer, a lei tratou de excluir interpretações que outorgassem a pessoas jurídicas não advocatícias a habilidade de prestação de serviços de consultoria jurídica. E isso com o claro intuito de afastar a mercantilização profissional da esfera jurídica, possibilitando que os patronos possam sempre oferecer serviços personalizados e individualizados a seus assistidos e reafirmando os deveres éticos os quais implicam na negação de captação ilícita de clientes, realidade que seria recorrente caso se admitisse que empresas de objetos não-jurídicos – ou até mesmo pessoas jurídicas em geral, que não envolvam como seu objeto principal a advocacia ou a prestação de serviços advocatícios, tais quais as associações de moradores e os sindicatos de trabalhadores – oferecessem, de forma escancarada e irretratável, assessoria e consultoria jurídica a seus associados e clientes.

A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS E AS ATRIBUIÇÕES SINDICAIS

Para o avanço deste diálogo, é oportuno compreender a figura dos sindicatos e suas atribuições. A partir de tal elucidação, verificar-se-á a possibilidade ou não de os sindicatos profissionais ofertarem orientação jurídica sobre assuntos privados aos seus sindicalizados.

QUEM É O SINDICATO?

O rol exemplificativo de direitos fundamentais trazido pela Carta Política de 1988 é inaugurado pela previsão daqueles que são vistos por parte da doutrina como os cinco pilares básicos que lastreiam os demais itens que compõem o elenco mencionado: os direitos a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança (MENDES, 2018). Em sentido semelhante aponta o ilustíssimo José Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais do ordenamento pátrio podem ser classificados em cinco categorias, quais sejam os relacionados ao direito à vida, as previsões vinculadas à intimidade, as que tangem o direito à liberdade, as que dizem respeito à igualdade e, ainda, as oriundas do direito à propriedade (2005, p. 194).

Há ainda quem agrupe tais bens jurídicos em três categorias distintas, sendo elas a que envolve os direitos cujo objeto imediato é a liberdade, a que engloba os direitos cujo objeto imediato é a segurança e, em arremate, o conjunto de direitos que se representam reflexos da propriedade (FERREIRA FILHO, 2012). Através de uma análise simplória das classificações apontadas, vê-se o respaldo dado pelo ordenamento jurídico e pela doutrina dessa esfera do conhecimento ao direito constitucional à liberdade, sendo este visto como uma das origens a que se remetem os demais direitos. Aliás, a liberdade é, também, um dos pilares de sustentação da democracia, existindo conjugada com a legalidade como ambos, uma mitigação da liberdade real a que estariam sujeitos os indivíduos, caso não integrassem uma sociedade, e uma barreira às ingerências estatais indevidas. Elucidando a simbiose entre liberdade e legalidade, é lúcido o trecho de Barcellos (2018, p. 230):

A garantia geral da liberdade em face da autoridade pública decorre do princípio da legalidade (art. 5º, II), pelo qual o indivíduo apenas pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Nos termos da teoria democrática, a legalidade não constitui, propriamente, uma negação da liberdade. A lei será elaborada pelos representantes eleitos pelo povo; assim, ao obedecê-la, o povo submete-se à deliberação por ele mesmo chancelada indiretamente. É certo, porém, que a expressão “lei” contida no art. 5º, II, e que poderá restringir o estado geral de liberdade, engloba todas as espécies normativas previstas pela própria Constituição (art. 59), nos limites de sua competência, além, evidentemente, das próprias disposições constitucionais. E é cada vez mais comum que essas espécies legislativas transfiram espaços de definição normativa para outras instâncias no âmbito do Estado, particularmente da Administração Pública.

A legalidade, portanto, existe tanto como fator de mitigação da liberdade, servindo como fundamento constitucional para que o direito possa ser flexibilizado, quanto como limite último à preservação da dita liberdade. E isso tendo em vista que, para ser legítima a ingerência estatal na esfera do súdito, deve ela se dar por lei, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade. No entanto, diferente do que possa inicialmente parecer, esse direito não é oponível apenas em face

do Estado. É também garantida a liberdade em face de outros particulares, em verdadeira contemplação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Como dito, vários direitos são oriundos do tronco comum que é o direito à liberdade. Dentre esses direitos, observados como facetas ou reflexos da liberdade, há o direito de livre associação. Consiste ele numa liberdade de “mão dupla”, isso porque compreende tanto a liberdade para se associar quanto para de desassociar, implicando, ainda, num direito de natureza negativa, servindo como escudo para ingerências Estatais indevidas ou invasivas. É de se dizer, aliás, que, no bojo dessa faceta, encontram-se mais quatro sub-expressões da liberdade: o direito de criar uma associação, o de aderir a qualquer associação preexistente, o já mencionado direito de se desligar da associação a que vinculado – quando sendo isso da vontade do indivíduo – e, por fim, o de dissolver, espontaneamente, a associação gerada (CAMARGO, 2014).

O direito de livre associação, que, diga-se de passagem, teve previsão em todas as Cartas Políticas que já existiram no país, possui íntima ligação com a própria natureza da democracia (SARLET, 2017). Mas não se pode conceituar um instituto por aquilo a que ele é associado ou meramente pelo que ele comporta. Faz-se necessário, desta forma, partir para a compreensão da noção real que se pode atribuir ao direito de associação. Colhendo-se legítimo magistério doutrinário de Bulos, é possível compreender este direito como (2014, p. 612) “o direito público subjetivo que permite a coligação voluntária de algumas ou várias pessoas físicas, por longo tempo, com o propósito de alcançar objetivos lícitos, sob direção unificante.” O intuito real do direito de associação é, pois, a constituição de uma pessoa jurídica a qual atuará para o atingimento das finalidades essenciais para que foi criada.

O conceito ofertado pelo autor autoriza, desde logo, que se conecte o direito de livre associação à liberdade sindical assegurada pela Constituição Federal de 1988 dentre seus direitos sociais. A previsão constitucional é explícita (BRASIL, 1988) ao aduzir que “é livre a associação profissional ou sindical” (art. 8º). Acompanhando a dicção da Lei Maior, fica evidente a bons olhos que a liberdade sindical representa verdadeira liberdade de associação qualificada para os fins norteadores da associação específica denominada sindicato, quais sejam, a tutela dos trabalhadores e a isonomia incidente na realidade fática estabelecida quando ocorre o agrupamento de sujeitos menores para enfrentar a tirania de empregadores e empresas.

Mas após essa constatação, surgem diversas perguntas: quem são os sindicatos? Quais as finalidades adjacentes a tais associações qualificadas? Em que consiste o direito sindical? Bem, a origem dos sindicatos acompanha a evolução do próprio Direito Coletivo do Trabalho, também chamado de Direito Sindical. Conforme definição provida por Delgado (2018), o Direito Sindical é o arcabouço de regras e princípios que regulamenta, as relações entre os seres coletivos trabalhistas, isto é, entre os empregados, representado pelas entidades sindicais, e os empregadores. Ainda, pontua o autor que os sujeitos do Direito Sindical são, essencialmente, os sindicatos, agindo em nome e a favor dos trabalhadores, vez que, os empregadores podem agir isoladamente ou por intermédio de uma entidade sindical.

No Brasil, os primeiros sindicatos criados originaram-se a partir do Decreto nº 979, em 1903, que regulamentava a sindicalização rural, e do Decreto nº 1.637, em 1907, regulamentador da sindicalização urbana. Todavia, o Decreto nº 19.770/1931 apresenta-se como a primeira lei sin-

dical do país, uma vez que consagrou direitos como a unicidade, neutralidade e nacionalidade dos sindicatos, isto é, que os sindicatos se restringiam a defesa dos interesses profissionais e não poderiam unir-se a entidades internacionais sem autorização do governo. Mais tarde, com a Constituição de 1934, garantiu-se a pluralidade e a autonomia completa dos sindicatos. Na Constituição de 1937, instituiu-se as contribuições sindicais e retornou a unicidade sindical. Entretanto, um grande passo foi estabelecido com a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, contendo matéria sobre Direito Sindical e nesse contexto, a Carta Política de 1946 assegurou a liberdade de associação profissional e o direito de greve, na forma da lei. Apesar da instituição do regime militar em 1946, a promulgação da Constituição de 1967 retornou os direitos sindicais outrora consagrados, os quais permanecem até os dias atuais com a Carta Política de 1988 (JORGE NETO; CAVALVANTE, 2019).

No âmbito internacional, a primeira Constituição a reconhecer o direito à sindicalização foi a Constituição do México, de 1917. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no seu art. XX estabeleceu que “todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, ninguém poderá ser obrigado a fazer parte de uma associação”. Além disso, o mesmo diploma, previu, em seu art. XXIII, item 4, que “toda pessoa, todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”. Com a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, organismo vinculado à Organização das Nações Unidas - ONU, passou-se a reconhecer efetivamente direitos às organizações coletivas, reforçando o princípio geral da liberdade sindical (BARROS, 2016).

Os sindicatos existem para a defesa dos interesses comuns de grupos de trabalhadores ou de empregadores (GARCIA, 2017). Com isso, o Direito Sindical objetiva a satisfação dos interesses do trabalhador, não como pessoa, mas como integrante da categoria. Nessa toada, a figura do sindicato é definida por Cairo Júnior (2017, p. 1155) como a “associação permanente e organizada de trabalhadores com o objetivo de defender, manter e promover seus interesses com vistas à obtenção de melhores condições de vida e trabalho”. Não se distancia dessa definição Maurício Godinho Delgado, autor que conceitua essas pessoas jurídicas como (2018, pag. 1590):

[...] entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por lações profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.

Ainda, faz-se essencial trazer a conceituação legal, fornecida pela lei trabalhista – Consolidação das Leis do Trabalho, a qual indica ser o sindicato uma associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou anexas.

A partir dessas definições, ofertadas tanto pela doutrina quanto pelo próprio legislador, podem ser tiradas algumas conclusões. Inicialmente, Independentemente da conceituação adotada, vê-se que o sindicato nada mais é do que uma espécie do gênero associação, cujo objetivo primordial é proteção dos interesses profissionais ou econômicos daqueles que a integram. (LEITE, 2019). Por outro lado, essa associação é, como já bastante mencionado, condicionada a um

finalismo específico, atribuído pela própria lei e, mais importante ainda, pela constituição, a essas figuras: devem elas atuar sempre com o intuito de tutelar os interesses econômicos e profissionais de seus associados (NOVELINO, 2016).

ATRIBUIÇÕES E OBRIGAÇÕES IMPOSTAS POR LEI À FIGURA

No Brasil, a Carta Política estabelece o campo de atuação dos sindicatos. O poder constituinte originário deixou claro, no art. 8, III, da CF, que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Dito isso, o Constituinte deixou claro que a atuação dos sindicatos encontra limite nos assuntos referentes à categoria.

As atribuições dessas entidades podem ser separadas em cinco funções, sendo estas a reivindicativa, a negocial, a institucional, a política e a assistencial. Cairo Júnior (2017), nesse aspecto, ressalta que tais atribuições ou funções extraem suas validades diretamente do retro mencionado art. 8º, III, da CF.

A primeira função, reivindicativa, representaria as atividades pelas quais os sindicatos e as entidades sindicais são mais conhecidos: a promoção e a busca pela melhora de condições para os empregados. Entra em campo, pois, a atribuição de representação, conferida pelo Estado a essas pessoas jurídicas, consistindo tal representação em uma imposição legal e não voluntária (BARROS, 2016). A Consolidação de Leis do Trabalho define, como uma das atribuições dos sindicatos, a prerrogativa de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida (art. 513, a, da CLT). Na perspectiva de Delgado (2018, pag. 1606):

A principal função (e prerrogativa) dos sindicatos é a de representação, no sentido amplo, de suas bases trabalhistas. O sindicato organiza-se para falar e agir em nome de sua categoria; para defender seus interesses no plano da relação de trabalho e, até mesmo, em plano social mais largo.

Outra atribuição dada aos sindicatos é a possibilidade de celebrar convenções coletivas de trabalho, a qual se enquadra na função negocial de tais entidades. Pela função negocial, cabe ao sindicato solucionar ou até mesmo evitar o surgimento de conflitos coletivos através de transações, que se dão na forma de acordos e convenções coletivas de trabalho. Os sindicatos, assim, buscam um diálogo com os empregadores ou com os sindicatos destes, a fim de criarem regras jurídicas que regerão os contratos de trabalho (JORGE NETO; CAVALVANTE, 2019). No Brasil, por força de disposição constitucional, somente as entidades sindicais possuem essa prerrogativa negocial coletiva (art. 8º, VI, CF/88).

As funções institucionais seriam aquelas pelas quais as entidades sindicais teriam participação na formação de órgãos públicos cujos escopos fossem pertinentes à esfera laboral. Dessa forma, os sindicatos poderiam indicar membros integrantes de conselhos deliberativos, como ocorre nas hipóteses do Conselho Curador do FGTS e do Conselho Nacional da Previdência Social.

Menciona-se, ainda, a função política, a qual corresponderia à busca da alteração social através de intervenções democráticas com o intuito final de melhoria das condições dos trabalhadores. Aqui, contudo, cabe um esclarecimento. Em que pese mencionar-se que essa função é

legítima, por não ser expressamente vedada, a matéria adquire contornos maiores ao se desvendar haver controvérsia quanto à legitimidade do exercício do direito de greve com fundo político. Para parcela da doutrina e para a jurisprudência majoritária, a greve com conotação política é ilegal e, portanto, enquadra-se como abuso de direito (MARTINS FILHO, 2018). Desta forma, aparentemente, ter-se-ia uma ilegalidade na atuação sindical se esta fosse voltada para o atingimento ou para a obtenção de poder ou *status* político. Haveria verdadeiro desvio de finalidade.

Em conclusão, há a função assistencial. Para Delgado (2018), as atribuições incluídas nessa função consistiriam em promover prestações de serviços aos associados, a exemplo de serviços educacionais, médicos, jurídicos, dentre outros. A lei, na forma da CLT, define tais prestações como verdadeiros deveres impostos aos sindicatos (art. 514, parágrafo único, da CLT).

Além das atribuições estabelecidas em lei, os sindicatos possuem obrigações regulamentares que devem ser cumpridas. O art. 514, da CLT prevê como deveres dos sindicatos: colaborar com os poderes públicos para o desenvolvimento da solidariedade social; promover a conciliação nos dissídios de trabalho; manter no seu quadro de pessoal, sempre que possível, um assistente social para promover a cooperação e a integração da classe. No âmbito internacional, a Convenção Internacional do Trabalho nº 87 impõe que os sindicatos possuem o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar sua gestão e sua atividade de formular seu programa de ação (art. 3º, OIT/87). É útil frisar, em arremate, no entanto, que tal convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil.

A VIOLAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DE ADVOGADOS PELA CONSULTORIA, PELO SETOR JURÍDICO DO SINDICATO, DE MATÉRIAS PESSOAIS DOS TRABALHADORES PERTENCENTES À CATEGORIA

A lei estabelece de forma patente as atribuições do advogado. Já no artigo inaugural do Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906, de 1994, há previsão expressa de certas atividades que se encontram dentro do escopo privativo do profissional advogado. No dispositivo, contempla-se como algumas das atividades privativas do causídico “as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas” (BRASIL, 1994). Ademais, o regulamento geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, de 1994 e o Provimento 66/88 da OAB ambos trazem em seus bojos disposições vedatórias à assessoria e à consultoria jurídica para terceiros, por parte de advogados, através de sociedades de prestação de serviços, inclusive de cobrança de títulos ou atividades financeiras de qualquer espécie, se essas entidades não puderem ser inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil (trata-se do art. 4º, caput, Provimento 66/88 e art. 4º, parágrafo único, do Regulamento Geral). Piovezan esclarece que o rol de atribuições do advogado, estabelecido pelo Estatuto, possui natureza exemplificativa, esclarecendo a gravidade da prática destes atos privativos pelo indivíduo não-advogado (2015, p. 15):

Estas previsões não são *numerus clausus*, sendo que outras disposições legais podem determinar como obrigatória a participação de advogados em seus atos. Somente o advogado devidamente inscrito na OAB pode praticá-los, sob pena de nulidade dos atos e de prática da contravenção de exercício ilegal da profissão.

A *lege*, especificamente o Estatuto do Advogado e da OAB, esmiuçado pelos atos infraleais expostos previamente, portanto, é clara em definir tais atividades como privativas dos profissionais mencionados, o que, em um primeiro momento, afastaria a possibilidade de que tais atividades fossem realizadas por figuras outras que não os advogados. No lado oposto do espectro, todavia, há os sindicatos. Conforme mencionado, a essas figuras cabe tutelar e representar os interesses da categoria que os integra, sendo sua atividade, portanto, condicionada ao atingimento destes interesses. A Lei 5.584/70, arts. 14 e 18 (BRASIL, 1970), ao estabelecer que essas pessoas jurídicas é que seriam as incumbidas da prestação de assistência judiciária aos necessitados, impondo inclusive que tal dever seja prestado até aos não filiados, acaba por revelar um aparente conflito entre essa disposição e a imposição vedatória trazida pelo art. 1º do Estatuto da Ordem: seria possível ao sindicato, por meio de seu corpo jurídico, prestar assessoria jurídica aos empregados a ele filiados, no tocante a matérias pessoais e inerentes a questões privadas destes associados e não atinentes à relação de trabalho ou de emprego? Aparentemente, não, e essa também é a resposta fornecida pela jurisprudência majoritária.

Veja-se que o Decreto-Lei nº 1.402, de 1939 (BRASIL, 1939), tratou de trazer um rol de prerrogativas atinentes aos sindicatos, o que parece revelar as finalidades condicionantes da atuação destas pessoas jurídicas. Nesse sentido, ao estabelecer serem prerrogativas dessas entidades a representação, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da profissão e os interesses individuais dos associados, relativos à atividade profissional (na toada do art. 3º do referido diploma), atribuiu-se uma condicionante a essa atuação, correspondente ao trecho final da disposição, que impõe que a referida representação se dê quanto a interesses relativos à atividade profissional. Por outro lado, ao estabelecer, em seu art. 4º, que seria dever dos sindicatos manter serviços de assistência judiciária quanto a seus associados, a lei, nesse caso, atribuiu tarefa que deve ser pertinente, também, ao objeto exercido pelas entidades, qual seja, a defesa dos interesses profissionais da categoria. Dito de outra forma: não faria sentido a lei estabelecer o dever de assessoria jurídica, por parte dos sindicatos a seus associados, relativa a qualquer matéria, inclusive a questões exclusivamente pessoais e privadas dos associados.

Ora, essas figuras surgiram justamente pela necessidade de se obter, através de conflitos inerentes ao direito coletivo trabalhista, a melhoria do patamar social dos empregados, com uma elevação da qualidade de vida deles (DIEESE, 2015, p. 2). A própria origem dos sindicatos remete-se, portanto, à proteção e à defesa da categoria por eles representada. Sem prejuízo dessa análise histórica, diga-se, ademais, que o objetivo de tutela do empregado é evidenciado até mesmo pela conceituação ofertada pela doutrina especializada (CASSAR, 2017, p. 1241):

Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.

Pelo conceito ofertado pela jurista do âmbito específico do direito do trabalho, vê-se que essa pessoa jurídica possui, em verdade, uma natureza finalística. Desta forma, essas associações específicas são criadas com o intuito específico de tentar promover uma elevação do patamar social, uma melhoria de vida e, até mesmo, uma tutela dos empregados que a integram. É de se falar,

em verdade, que essa conceituação guarda íntimo vínculo com a definição legal trazida pelo art. 511, CLT. Segundo a Consolidação (BRASIL, 1943, s.n.):

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Novamente, contempla-se a condicionante que as especifica e as diferencia das associações genéricas, a qualidade dos sindicatos enquanto atores sociais que buscam a melhoria das condições de trabalho dos empregados e que organizam a classe trabalhadora por eles visada no contexto democrático. Não faria sentido, nessa linha de raciocínio, admitir que fossem prestadas, por essas entidades, as atividades de assessoria e representação judicial e extrajudicial dos empregados filiados, quando as matérias pertinentes fossem desvinculadas das finalidades essenciais de tais pessoas jurídicas.

Diga-se aqui, por oportuno, que o Tribunal de Ética da OAB/SP possui entendimento pacífico pela ilegalidade da prestação de serviços de assessoria jurídica por pessoa jurídica (sociedade) “leiga”, aquela que não pode ser registrada na OAB, a terceiros. Por ilustrar notoriamente o discutido, faz-se essencial colacionar ementário referente a consulta em que se questionava a possibilidade de empresa, registrada na Junta Comercial, cujo objeto social era a prestação de serviços de assessoria financeira, poder prestar ou ofertar serviços de advocacia. Elucidou a OAB/SP (BRASIL, 2013, s.n.):

[...] Sociedades sem possibilidade de registro na OAB (tais como empresas de auditoria, seguradores, imobiliárias, sindicatos) não podem prestar ou ofertar serviços de advocacia (art. 16 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) nem contratar advogados para prestar serviços advocatícios para seus clientes. [...]. Em tese, advogados contratados por sociedades leigas, empregados ou autônomos, não podem advogar para os clientes desta e por esta captados, sob pena de responderem, após amplo contraditório, perante as Turmas Disciplinares, pouco importando se recebem procuração direta do cliente ou substabelecimento. [...]

Proc. E-4.314/2013 - v.u., em 17/10/2013, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Rev. Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.

É nítido que o impacto da prática ilegal repercute não só na pessoa jurídica, mas também na esfera do próprio profissional cujos serviços são por ela ofertados. Nesse caso, o profissional advogado que atua em conluio com as mencionadas “sociedades leigas”, as que não podem ser registradas na OAB, poderia ser até mesmo punido por cometer infração ética. A gravidade da prática é tão grande, no tocante ao advogado, que a mesma OAB/SP já enquadrava tais condutas como “facilitação do exercício profissional a não inscritos, captação de clientela, angariação de causas, concorrência desleal e vinculação de seu nome a empreendimento de cunho irregular perante o regulamento profissional” (BRASIL, 2008) Ademais, ter-se-ia até mesmo uma prática ilegal da profissão por parte das pessoas jurídicas.

Interpretação semelhante foi a dada pelo órgão de Ética da OAB/ES em consulta na qual se questionava a possibilidade de uma associação de moradores ofertar a seus associados a prestação

de serviços de consultoria jurídica (Processo nº 159182019-0). Aquela tribuna atribuiu interpretação à situação hipotética trazida no sentido de ser válida essa mencionada oferta dos mencionados serviços, mas apenas quando esses serviços de consultoria e assessoria jurídica fossem imanentes ao objetivo essencial da associação, ao fundamento do elo que vincula seus associados. Como esposado pelo voto-vista do Dr. Bruno Richa Menegatti no referido caso posto à apreciação daquele Conselho de Ética, ter-se ia a prática de atividades que se apresentam destoantes da dignidade da profissão, por serem violadoras dos princípios norteadores das práticas éticas e denotadores dos valores do múnus público da advocacia (BRASIL, 2019, p. 4-5):

[...] é incompatível com o exercício da advocacia a adoção de técnicas de ampliação de clientela ou de autopromoção típicas da atividade empresarial ou daquelas próprias do comércio que resultam, direta ou indiretamente, na igualização da advocacia aos prestadores de serviços de outras naturezas, renegando, assim, as particularidades que a envolve. As restrições impostas aos advogados sejam no exercício do seu labor, sejam na exigência que se faz em relação a sua postura ética, detém [sic] como destinatárias a própria advocacia e a sociedade brasileira na medida em que garantem a elas o irrevogável compromisso de manter nos seus quadros profissionais com postura ético-profissional ilibada. Isto porque aos advogados é confiado o múnus de conduzir e representar os interesses dos seus mandatários, sendo o pressuposto desta relação a confiança recíproca entre o representante e o representado nos termos do art. 10 do Código de Ética e Disciplina da OAB [...] Ocorre que não há como ser firmada essa relação de confiança recíproca, de pessoalidade de tratamento entre o advogado e seu cliente, se fosse permitido ao advogado ofertar os seus serviços de forma geral e indiscriminada, como se fosse mais um produto na prateleira de serviços de uma sociedade empresária ou de uma associação [...].

Inafastável, pois, o reconhecimento da ilegalidade destas práticas que mercantilizam a advocacia em prol de sociedades e de outras pessoas jurídicas as quais não podem ter como seus objetos fundamentais a advocacia. No entanto, a questão é mais complexa e apresenta mais contornos especificamente quanto à figura dos sindicatos justamente pelas já retromencionadas atribuições que essas figuras únicas possuem. É nesse ponto, portanto, que entra a análise até aqui realizada, acerca das condicionantes às atuações e às prestações de serviço por parte do sindicato. Enquanto figuras cujo nascimento está intrinsecamente vinculado à tutela dos interesses de seus representados, aos sindicatos foram atribuídos diversos deveres que orientam suas atuações e se revelam como verdadeiros direitos dos representados por essa pessoa jurídica. Todavia, ao mencionar especificamente as atividades de assessoria e consultoria jurídica aos filiados, a lei pecou pela timidez, tendo em vista não ter elucidado expressamente que tais práticas deveriam ser realizadas dentro do escopo sindical, ou seja, deveriam envolver apenas matérias trabalhistas para serem consideradas legítimas.

Embora tenha havido essa omissão, o órgão legítimo para efetuar o controle das práticas advocatícias, o Tribunal de Ética, tem exercido seu dever com maestria ao elucidar e limitar a disposição legal através de interpretação sistemática e finalística de tais dispositivos atribuidores de atribuições aos sindicatos. É digno de nota, desta forma, julgado ilustrativo do TED da OAB/SP no qual se promoveu justamente essa interpretação, conforme se vê (BRASIL, 2019, s.n.):

[...] O sindicato não pode oferecer e nem prestar consultoria jurídica para assuntos individuais e particulares dos filiados e dos associados especiais. O advogado do sindicato só

pode advogar para o sindicato nos assuntos de interesse do sindicato e para os filiados nos casos de substituição processual e de assistência. O sindicato, por meio de seus advogados, sejam eles empregados ou autônomos, pode prestar serviços jurídicos aos seus filiados apenas na substituição processual que deve restringir sua atuação aos interesses coletivos ou individuais da categoria, conforme preceitua o art. 8º, III, da Constituição Federal, em todas as áreas do Direito, e na assistência gratuita regida pela Lei 5584/70. [...]

Proc. E-5.032/2019 - v.u., em 26/06/2019, do parecer e ementa do Rel. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Rev. Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE.

A interpretação atribuída pelo colegiado à legislação controversa aqui explorada é indene de dúvidas ao limitar a possibilidade da prestação do serviço de assessoria jurídica, por parte dos sindicatos através de seu corpo jurídico interno, a questões que envolvam as finalidades essenciais de tal entidade ou os interesses por ela tutelados. Tal exercício interpretativo tem por finalidade resguardar o padrão ético dos integrantes da Ordem, bem como concretizar o evidente objetivo do legislador pátrio ao criar a reserva de atribuições ao profissional advogado. Afasta-se ou até mesmo evita-se uma mercantilização da atividade tão nobre que, na visão do constituinte, mereceu até menção expressa na Carta Política enquanto função essencial à justiça. Válido, portanto, é o arremate de Morgado (2003, s.n.), para quem essa interpretação implica que “o patrocínio dos advogados de sindicatos a seus filiados restringe-se aos interesses coletivos ou individuais da categoria. A regra do art. 8º, III, da Constituição Federal restringe a proteção dos sindicalizados às questões específicas da classe que representa.”

Conclui-se, assim, pela impossibilidade de prestação de assessoria jurídica pertinente a matérias particulares dos associados por parte do sindicato. Quando a lei impôs que os sindicatos deveriam disponibilizar tais serviços a seus associados, o objetivo natural e evidente era que tais atividades fossem vinculadas aos interesses norteadores do exercício sindical, até para se evitar as práticas antiéticas retro expostas. Desta forma, o direito tem sido devidamente imposto, como visto, havendo a conformação da realidade social à melhor interpretação da norma, aquela que se coaduna ao objetivo do legislador e à Constituição.

CONCLUSÃO

É notória a universalização do princípio do acesso à justiça, na medida em que se encontra positivado em vários diplomas internacionais, impondo que o Poder Judiciário deve apreciar qualquer matéria levada ao seu crivo. Nessa toada, a partir da segunda seção, verificou-se que a Carta Política de 1988, consagrou esse direito em seu art. 5º, inciso XXXV, como direito fundamental, do qual se desdobra, especialmente, o direito de defesa. Não obstante, via de regra, para o alcance dessa garantia de provocar a tutela jurisdicional faz-se necessário o intermédio da figura do advogado, profissional a quem o legislador Constituinte definiu como essencial à prestação da justiça.

A importância da advocacia restou indubitável, na medida em que possui como atividades privativas a postulação em juízo e o exercício de consultoria, assessoria e direção jurídicas, conforme previsão do art. 1º Lei nº 8.906/1994. A exceção a essa indispensabilidade do advogado fica a cargo do *jus postulandi*, quando previsto em lei, o qual garante a determinadas pessoas o

direito de ser ouvido pelo Poder Judiciário, sem intermédio, a exemplo da impetração de habeas corpus, a dispensa de advogado nas causas cíveis de valor até vinte salários-mínimos, nos juizados especiais cíveis e o pedido de revisão criminal feito pelo próprio condenado.

Na terceira seção da pesquisa, inicialmente identificou-se a origem do direito de associação sindical. Estabeleceu-se que tal direito nasce como um dos reflexos do direito primordial a liberdade, garantido pelo art. 5º, caput, CF, sendo, ademais, modalidade qualificada da liberdade associativa.

Evidenciou-se o conceito de sindicato – o dos trabalhadores, no caso –, que é basicamente uma associação cujo objetivo é tutelar os empregados e promover alterações sociais em favor destes. Percebeu-se, a partir tanto da conceituação ofertada pela doutrina quanto pelo conceito estabelecido pelo legislador, na CLT, tratar-se de uma associação cuja atuação é condicionada a uma finalidade específica, qual seja, proteger os interesses econômicos e profissionais de seus associados, no caso, os empregados. Vislumbrou-se, pois, que as atuações e atribuições sindicais terão que sempre ser condicionadas ao atingimento dessa finalidade essencial. Nessa linha, o exercício das funções assistenciais que foram atribuídas legalmente a tais entidades deve se dar de forma a respaldar a finalidade essencial a que sujeitas essas figuras, ou seja, atingindo o objetivo constitucional atribuído a tais pessoas jurídicas.

Nesse ponto, o arremate da discussão passou a tomar forma, quando se chegou ao ponto ensejador do debate: as atribuições impostas por lei aos sindicatos. Isso porque a lei estabeleceu caber a esses coletivos manter serviços de assistência judiciária para seus associados. O conflito surge quando se conjuga a disposição mencionada com o fato de serem atribuições privativas do advogado as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Ter-se-ia, no caso um conflito entre o dever imposto aos sindicatos e a atribuição privativa destinada aos advogados? A interpretação mais correta parece apontar pela negativa. As jurisprudências de Tribunais de Ética das Seccionais das Ordens dos Advogados do Brasil, analisadas na pesquisa, rechaçaram a possibilidade de livre oferta de assessoria jurídica por parte de associações a seus associados, tanto por consistir isso numa violação evidente das atribuições do advogado, quando por acabar resultando até mesmo em captação de clientela, prática vedada pela legislação pertinente. A justificativa dessa posição se dá pelo fato de que embora haja previsão legal para a atuação dos sindicatos nesse sentido – prestando assessoria jurídica aos empregados sob sua sombra – essa atuação, como qualquer outra atividade promovida pelos sindicatos, deve ser voltada para o atendimento de sua finalidade essencial, que é a promoção da elevação do patamar social dos que se encontram sob o alcance de sua tutela.

Sendo a atuação sindical condicionada à observância de seu dever primordial, seria inadmissível que o sindicato prestasse serviços jurídicos referentes a quaisquer matérias, inclusive as pertinentes apenas à esfera privada de seus tutelados. Haveria, nessa hipótese, clara desvirtuação das atividades prestadas, uma vez que não corresponderiam ao objetivo delineado pela Constituição, qual seja, a busca por uma melhor condição do trabalhador. Para além disso, ter-se-ia, também, o risco de que os advogados que atuassem como instrumentos para a promoção da defesa dos interesses particulares dos sindicalizados pudessem, a médio e longo prazo, captar clientela,

causando desequilíbrio na esfera profissional advocatícia e privilegiando indevidamente um grupo de profissionais.

A interpretação dada por tais órgãos incumbidos de resolver questões que envolvam regiões cinzentas e não expressamente reguladas pela lei no tocante às práticas advocatícias parece afiada e em sintonia com o ordenamento pátrio, rechaçando a dilatação excessiva das atribuições de pessoas jurídicas cujos objetos centrais não envolvem a oferta dos serviços de advocacia, o que se faz com o intuito de afastar visões que mercantilizem a profissão, diluam a qualidade dos serviços prestados e evitem a possibilidade de captação de clientela de forma ilícita ou amoral por parte dos advogados de sindicatos.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 13 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 9 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Vice-presidente da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.402 de 5 de julho de 1939**. Regula a associação em sindicato. Brasília, DF: Presidência da República, [1939]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm. Acesso: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1970]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm. Acesso: 17 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso: 14 out. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo. **Parecer nº 3.576/2008, de 27 de março de 2008**. Associação comercial não sujeita a registro na OAB. Oferta de serviços jurídicos a associados. Contratação de advogados para atendimento do serviço ofertado. Facilitação do exercício profissional a não inscritos e captação de clientela e angariação de causas. Concorrência desleal. Impossibilidade de segmentação da atividade profissional em consultiva e contenciosa. Internet. Consulta via internet. Advogados não

identificados. Antieticidade. São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/59410/ementas-aprovadas-pela-turma-de-etica-profissional-do-ted-da-oab-sp-na-508--sessao-de-27-3>. Acesso: 21 dez. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo. **Parecer nº 4.314/2013, de 17 de outubro de 2013**. Prestação de serviços jurídicos por sociedade empresária. Impossibilidade. Infração disciplinar dos advogados contratados pela referida empresa. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 2013. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2013/E-4.314.2013>. Acesso: 15 dez. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo. **Parecer nº 5.032/2019, de 26 de junho de 2019**. Exercício profissional. Consultoria jurídica ofertada por sindicato para seus filiados ou associados especiais. Impossibilidade e limites éticos. Jurisprudência consolidada. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/8/art20190808-05.pdf>. Acesso: 10 dez. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. 1 Turma do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Espírito Santo. **Parecer nº 159182019-0, de 11 de dezembro de 2019**. Consulta. Vedação a mercantilização da advocacia. Limites para a oferta de serviço de advocacia por entidade associativa. Restrição a matéria estritamente conexa ao seu objetivo da sua coletividade/categoria. Vitória: Ordem dos Advogados do Brasil, 2019. Disponível em: https://www.oabes.org.br/arquivos/2019/ted/Ementrios_TED_-_12.12.2019.pdf. Acesso: 15 dez. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 66/88, de 20 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre a abrangência das atividades profissionais do advogado. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1988. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/66-1988>. Acesso: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Regulamento geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, de 1994**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 1994. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoaab/regulamentogeral.pdf>. Acesso: 20 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 4.539/RR**. Processual penal. Ação contra advogado. Trancamento. Falta de justa causa. Inviolabilidade e imunidade. [...]. Recorrente: José Sarquis Queiroz. Recorrido: Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Relator: Min. Jesus Costa Lima, 2 de agosto de 1995. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500200570&dt_publicacao=28/08/1995. Acesso: 21 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 172084/MG**. Judiciário. Acesso. Alcance. A garantia constitucional alusiva ao acesso ao judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculada pelas partes. [...]. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrida: Maria da Penha Barbosa da Silva. Relator: Min. Marco Aurélio, de 29 de novembro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219427>. Acesso: 18 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revisão Criminal nº 4886/SP**. Revisão Criminal. Legitimidade da formulação do pedido revisional pelo próprio interessado. Princípio da Imprescritibilidade do advogado. Interpretação do art. 133 da Constituição Federal de 1988. Crime de extorsão. Configuração do seu momento consumativo. Obtenção da ilícita vantagem econômica como mero exaurimento desse delito patrimonial. [...]. Requerente: José Rodrigues Pinto. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Revisor: Min. Celso

de Melo. Relator para acórdão: Min. Celso de Mello, 23 março de 1990. Disponível: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=4886&classe=RvC>. Acesso: 19 dez. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAMARGO, André Antunes Soares de. Aspectos gerais da liberdade de associação no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-03/andre-camargo-aspectos-gerais-liberdade-associacao-brasil#:~:text=Toda%20pessoa%20tem%20direito%20%C3%A0,a%20outras...%E2%80%9D>. Acesso: 20 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A General report.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Nota Técnica nº 151**: A importância da organização sindical dos trabalhadores. São Paulo: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, 2015. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec177ImportanciaSindicatos.pdf>>. Acesso: 09 nov. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORGADO, Roberto. Atividade da advocacia em entidades coletivas e participação em planos de assistência jurídica. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, mai. 2003. Caderno de Direito do Trabalho. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-13/atividade-da-advocacia-em-entidades-coletivas-e-participacao-em-planos-de-assistencia-juridica/>. Acesso: 22 out. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Nações

Unidas, 10 de dez. de 1948. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH>. Acesso em: 13 nov. 2020.

NOVELINO, Marcelo **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (org.). **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. Curitiba: Ordem dos Advogados Seção do Paraná, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord). **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2018. ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/cpc-anotado-25022019.pdf>. Acesso em: 18 ago 2020.

VIVEIROS, Estefânia. Comentários ao artigo 103 do Código de Processo Civil. In:

TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Et. al. **Novo Código de Processo Civil anotado**. AASP: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015. Atualizado em 31/1/2017. ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: http://www2.oabpr.org.br/downloads/revista_cpc_anotado_2017.pdf. Acesso em: 18 ago 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários do Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Submetido em: 28/12/2020

Aprovado em: 18/04/2021

O ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO NO BRASIL: CONCEITOS, PROCEDIMENTOS E OPORTUNIDADES

ACCESS TO GENETIC PATRIMONY IN BRAZIL: CONCEPTS, PROCEDURES AND OPPORTUNITIES

Hilário de Castro Melo Júnior¹
Caio Ferrari de Castro Melo²

RESUMO: Esse artigo faz um estudo sobre aspectos gerais, conceitos e procedimentos pertinentes à regulação do patrimônio genético no Brasil a partir da Lei nº 13.123/15 e do Decreto nº 8.772/16. Busca-se compreender o funcionamento da regulação do patrimônio genético e suas fragilidades, de modo que possam ser exploradas oportunidades de melhoria da legislação incidente sobre o uso do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado por pesquisadores e empreendedores.

PALAVRAS-CHAVE: Biodiversidade. Patrimônio genético. Lei nº 13.123/15.

ABSTRACT: This article studies the general aspects, concepts and proceedings involving the regulation of genetic patrimony in Brazil according to the Law nº 13.123/15 and the Executive Order nº 8.772/16. The article seeks to comprehend the functioning of regulation of genetic patrimony and its fragilities in order to explore opportunities of improving the legislation applicable to the use of genetic patrimony and the associated traditional knowledge by researchers and entrepreneurs.

KEYWORDS: Biodiversity. Genetic patrimony. Law nº 13.123/15.

INTRODUÇÃO

A bioeconomia é apontada, por várias fontes, como um setor econômico com potencial extremamente lucrativo (BARBOSA, 2000, p. 74) e com aptidão para propiciar crescimento econômico com sustentabilidade ambiental e social (VALLI; RUSSO; BOLZANI, 2018, p. 764). Sobre tudo nos casos de países ricos em biodiversidade, como é o Brasil, essa pode se revelar uma alternativa relevante para o desenvolvimento do país, que tem potencial para oferecer matéria-prima necessária para a indústria de biotecnologia (BARBOSA, 2000, p. 75).

Além de possuir pouco impacto ambiental em comparação a outras atividades econômicas, a indústria da biotecnologia atua com grande sofisticação tecnológica, que pode vir na forma

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha, MBA em Governança Pública e Gestão Administrativa, Docente concursado da Universidade Federal do Acre – UFAC, advogado, sócio-proprietário do escritório Castro Melo Advogados.

² Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, advogado.

de novos medicamentos, produtos cosméticos ou alimentícios. Nesse sentido, são exemplos de riquezas da biodiversidade brasileira: 1) o óleo do coco do murumuru, que é proveniente de palmeiras do gênero “Astrocaryum”, endêmica de áreas úmidas e temporariamente inundadas da região amazônica, que pode ser transformado em uma manteiga ou gordura utilizada na fabricação de sabonetes, cremes e xampus na indústria cosmética, conforme comunicado técnico da EMBRAPA (BEZERRA, 2012, p. 2); 2) a unha-de-gato, de nome científico “Uncaria tomentosa”, uma espécie de cipó que é presente na região amazônica, que possui grande potencial para a produção de fármacos e fitoterápicos (MIRANDA; SOUZA; PEREIRA, 2001, p. 7 e 19).

Falta ainda, contudo, um histórico de práticas empresariais bem-sucedidas e de um ambiente institucional favorável à exploração econômica sustentável da biodiversidade. Segundo a literatura especializada, o setor de medicamentos fitoterápicos, por exemplo, tem deixado a desejar

[...] tanto no que diz respeito à produção destes medicamentos no Brasil, quanto no avanço da pesquisa aplicada com vistas a um maior número de inovações e aproveitamento da biodiversidade. A indústria, que poderia ser uma alternativa para o alcance das metas e objetivos do desenvolvimento sustentável até 2030, está muito aquém da perspectiva (HASENSCLEVER et al, 2017, p. 2568).

Nesse contexto, o Direito e seus operadores ocupam um papel fundamental em criar mecanismos jurídicos que possam estimular e estabilizar as relações econômicas na bioeconomia. Por esse motivo, faz-se necessário o estudo e a correta interpretação das regras jurídicas envolvendo a regulação da exploração econômica da biodiversidade.

Dentre as diversas normas e instituições que são relevantes para a bioeconomia, estão a Lei de Acesso ao Patrimônio Genético (LAPG), Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, e o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen), criado pela referida Lei (BRASIL, 2015).

A partir da LAPG se organizam as bases jurídicas para a exploração econômica da biodiversidade brasileira, fato que nos impele à profunda investigação de seus conceitos, regras e procedimentos para que possamos identificar os seus pontos de fragilidade e compreender como é possível desenvolver instituições aptas a fomentar o desenvolvimento sustentável no Brasil.

Nesse artigo, após breve comentário de aspectos gerais para o entendimento da LAPG, vamos tratar: 1) dos principais conceitos utilizados pela Lei de Acesso ao Patrimônio Genético - LAPG; 2) dos procedimentos para o registro do acesso e a exploração econômica de produto acabado; 3) dos pontos de fragilidade que necessitam de melhoria a fim de promover o aperfeiçoamento da regulação do patrimônio genético brasileiro.

Em nossa investigação, utilizaremos como base legal a LAPG, o Decreto nº 8.772 de 2016, as normativas do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) e, quando necessária, a jurisprudência dos tribunais (BRASIL, 2015; 2016).

ASPECTOS GERAIS DA LEI DE ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

A Lei Federal nº 13.123, de 20 de maio de 2015 (Marco da Biodiversidade ou Lei de Acesso ao Patrimônio Genético - LAPG), substituiu a Medida Provisória nº 2.186-16/2001, que até então regulava o acesso ao patrimônio genético nacional e aos conhecimentos tradicionais associados, bem como a exploração econômica do material reprodutivo oriundo desses acessos. Posterior-

mente, o Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016, veio a complementar e especificar o conteúdo da LAPG (BRASIL, 2016a).

Essa nova lei trouxe como maior inovação a autodeclaração como fator importante na regularização do acesso e exploração econômica de patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados, uma vez que ela desobriga o empreendedor de esperar que os seus registros sejam aprovados para que ele dê início ao acesso ou à exploração econômica. A princípio, há a presunção de que as informações fornecidas pelo usuário são válidas e verdadeiras até que haja a invalidação dos seus registros perante o CGen.

O artigo 2º, inciso XV, da LAPG define usuário como:

“[...] pessoa natural ou jurídica que realiza acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado ou explora economicamente produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado” (BRASIL, 2015).

A LAPG utiliza de vários conceitos presentes na Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), um tratado internacional que foi incorporado no Direito Brasileiro pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. No entanto, esse marco traz algumas novidades: dá especificidade a alguns desses conceitos, cria uma estrutura administrativa para regular e fiscalizar o acesso ao patrimônio genético no Brasil, define procedimentos específicos para que esse acesso seja feito e, também, determina as sanções aplicáveis à violação dessa lei.

A LAPG criou o atual CGen, um órgão colegiado que é subordinado ao Ministério do Meio Ambiente. O CGen pode criar normas técnicas sobre patrimônio genético, diretrizes e critérios para elaboração e cumprimento de acordos de repartição de benefícios, por exemplo. Ele também pode responder a consultas, gerir os registros de acesso e de produtos no SisGen (Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado), decidir sobre recursos de multas e emitir certificado de cumprimento de obrigações, além de outras competências, como podemos observar no artigo 4º, do Decreto nº 8.772/16.

O CGen é composto de membros da Administração Pública federal e da sociedade civil. Dentre os participantes da sociedade civil, é assegurada a participação por meio de grupos chamados “Câmaras Setoriais” que devem ser compostas pelo setor empresarial, setor acadêmico, populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais, conforme determina o artigo 6º, incisos I, II e III, da LAPG. A função dessas Câmaras Setoriais é subsidiar decisões do Plenário do CGen, instância máxima de deliberação desse órgão (BRASIL, 2015).

A LAPG também criou o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB), que gere recursos financeiros angariados, principalmente, pelas contribuições obrigatórias dos empreendedores³ que exploram economicamente o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados. Esse fundo é vinculado ao Ministério do Meio Ambiente e tem como objetivo valorizar o patrimônio genético e os conhecimentos tradicionais associados e promover o seu uso de forma sustentável por meio do Programa Nacional de Repartição de Benefícios (PNRB).

³ Também chamados “usuários” pela LAPG.

PRINCIPAIS CONCEITOS DA LEI DE ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

Existem alguns conceitos fixados pela LAPG que são imprescindíveis de compreender para qualquer um que tiver interesse na área de patrimônio genético porque, a partir deles, estruturam-se os demais conceitos, regras e procedimentos que a LAPG impõe. Trataremos aqui de: 1) patrimônio genético; 2) conhecimento tradicional associado; 3) comunidade tradicional; 4) acordo de repartição de benefícios e 5) produto acabado.

O patrimônio genético, segundo a LAPG, é uma “**informação de origem genética** de espécies vegetais, animais, microbiana ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos” (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Considera-se *in situ* as condições em que o patrimônio genético existe em seus ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde naturalmente tenham desenvolvido suas características distintivas próprias, conforme art. 2º, inciso XXV, da LAPG (BRASIL, 2015). Por oposição, é dito que o patrimônio genético está em condições *ex situ* quando ele é mantido fora de seu habitat natural.

Por sua vez, **o acesso ao patrimônio genético é a pesquisa ou desenvolvimento tecnológico** realizado sobre amostra com informação de origem genética, isto é, de patrimônio genético. Os conceitos de “pesquisa” e “desenvolvimento tecnológico” são essenciais para entendermos se há, em um determinado caso, acesso ao patrimônio genético. A LAPG define esses termos da seguinte maneira nos incisos X e XI, do artigo 2º:

- X - **pesquisa** - atividade, experimental ou teórica, realizada sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, com o objetivo de produzir novos conhecimentos, por meio de um processo sistemático de construção do conhecimento que gera e testa hipóteses e teorias, descreve e interpreta os fundamentos de fenômenos e fatos observáveis;
- XI - **desenvolvimento tecnológico** - trabalho sistemático sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado, baseado nos procedimentos existentes, obtidos pela pesquisa ou pela experiência prática, realizado com o objetivo de desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, aperfeiçoar ou desenvolver novos processos para exploração econômica (BRASIL, 2015);

Desses conceitos, entende-se que a LAPG se aplica nos casos em que há a atividade de pesquisa acadêmica teórica ou experimental com objetivo de produzir novos conhecimentos e, também, nos casos em que há trabalho sistemático sobre informação genética com o objetivo de desenvolver novos produtos para exploração econômica realizado sobre uma amostra com informação genética.

O conceito de conhecimento tradicional associado também é fundamental para que entendamos como funciona a regulação do acesso ao patrimônio genético no Brasil, afinal, existe uma grande quantidade de informações sobre o patrimônio genético que provém de povos indígenas e comunidades tradicionais brasileiras⁴. Havendo conhecimento tradicional associado, surgem obrigações como a de obter o consentimento da comunidade indígena ou tradicional e, também, um acordo de repartição de benefícios que obedeça a regras específicas, como será abordado posteriormente.

⁴ Confira-se o conceito de provedor de conhecimento tradicional associado no art. 2º, inciso V, da LAPG.

Considera-se conhecimento tradicional associado a “[...] **informação ou prática** de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético” (BRASIL, 2015, grifos nossos), como determinado no artigo 2º, inciso II da LAPG.

A legislação considera que há acesso ao conhecimento tradicional associado quando ocorre **pesquisa** ou **desenvolvimento tecnológico** realizado sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias.

Há casos em que o conhecimento tradicional associado não tem uma origem identificável. Isso ocorre quando não é possível identificar a origem do conhecimento a, pelo menos, uma população indígena, agricultor ou comunidade tradicional. A consequência dessa classificação é que o empreendedor fica desobrigado de obter o consentimento prévio e informado de qualquer população indígena, comunidade ou agricultor tradicional para que acesse conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético.

Mas, afinal, o que é uma comunidade tradicional? Segundo a LAPG⁵, **comunidade tradicional** é um grupo: (i) culturalmente diferenciado que se reconhece como tal; (ii) que possui forma de organização social; (iii) que ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos e práticas geradas e transmitidas pela tradição (BRASIL, 2015).

Essa é uma definição bastante abrangente e, ao mesmo tempo, difícil de ser utilizada, pois exige conhecimento empírico aprofundado de um determinado povo ou comunidade para que possamos identificá-la como tradicional.

Os tribunais brasileiros não têm uma posição consolidada em relação a isso. Nos tribunais superiores, por exemplo, ainda não foi discutida a classificação de povos ribeirinhos como povos tradicionais. No entanto, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1, competente para julgar os casos da Justiça Federal advindos de Estados do norte do país, podemos encontrar alguns poucos casos em que isso foi discutido. Em três ocasiões em que a questão foi discutida, o TRF1 entendeu que povos ribeirinhos são considerados comunidades tradicionais (BRASIL, 2007; 2016b; 2017).

Diante desse cenário, é recomendável considerar que o conceito de comunidade tradicional da LAPG tem interpretação ampla, podendo ser aplicado inclusive a povos ribeirinhos e similares.

A LAPG define **agricultor tradicional**, por sua vez, como pessoa física que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas de plantas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar. Entende-se por variedades locais ou crioulas: variedade única adaptada para o local em que ocorre por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional, desde que não seja substancialmente semelhante a espécies de flora comerciais, conforme conceitua o art. 2º, inciso XXXII, da LAPG (BRASIL, 2015).

Quando estivermos diante de um caso de acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional de flora local ou crioula, temos outra exceção à necessidade de obtenção de consen-

⁵ Cf. art. 2º, inciso IV, da LAPG.

timento prévio de população indígena, comunidade ou agricultor tradicional. Nesse caso, desde que o acesso seja feito para fim de realização de atividade agrícola, equipara-se ao acesso ao conhecimento tradicional associado de origem não identificável, em que não há necessidade de consentimento, nos termos do art. 9º, §2º, da LAPG (BRASIL, 2015).

Entende-se **atividade agrícola** como atividade de produção, processamento e comercialização de alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas.

Em geral, qualquer forma de acesso ou exploração do patrimônio genético, seja ele associado a conhecimento tradicional ou não, deve ter um acordo de repartição de benefícios. Trata-se de uma espécie de contrato que estabelece as condições de repartição de benefícios oriundas da exploração econômica de patrimônio genético ou conhecimento tradicional por meio de um acordo mútuo entre o seu detentor e o empreendedor, também chamado usuário.

No caso de haver conhecimento tradicional associado, a população indígena, comunidade tradicional ou o agricultor tradicional deve assinar esse acordo com o empreendedor. Caso não haja conhecimento tradicional associado ou este não tenha origem identificável, é a União Federal, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, quem deverá assinar esse acordo, como determina o artigo 25, inciso I, alínea “a”, da LAPG (BRASIL, 2015).

Por fim, o último conceito fundamental que temos que conhecer para compreender a LAPG é o de **produto acabado**. Trata-se de um produto cuja natureza não requer nenhum tipo de processo produtivo adicional, no qual o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado é um dos elementos principais de agregação de valor ao produto⁶, estando apto à utilização pelo consumidor final, conforme artigo 2º, inciso XVI, da LAPG (BRASIL, 2015).

O **produto** não será considerado acabado, mas **intermediário**, quando ele for destinado à utilização em cadeia produtiva, agregando valor na condição de insumo, excipiente⁷ ou matéria-prima, como determina o artigo 2º, inciso XVII, da LAPG (BRASIL, 2015).

Tão importante quanto os conceitos de produto acabado e intermediário, temos também o conceito de **material reprodutivo**. Trata-se de qualquer material orgânico de propagação vegetal ou reprodução animal, proveniente de reprodução sexuada ou assexuada. A exploração econômica do material reprodutivo traz obrigações ao empreendedor semelhantes à da exploração de produto acabado.

PROCEDIMENTOS PARA O REGISTRO DO ACESSO E A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE PRODUTO ACABADO

A LAPG e o Decreto nº 8.772/16 determinam que deverão ser cadastradas nos SisGen, três tipos de atividades:

- I - **acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado**, dentro ou fora do país, por pessoa jurídica nacional ou estrangeira, pública ou privada;
- II - **remessa de amostra** de patrimônio genético para o exterior com a finalidade de acesso;

⁶ Considera-se elemento principal de agregador de valor o elemento cuja presença no produto acabado é determinante para a existência das suas características funcionais ou para a formação do apelo mercadológico, conforme art. 43, §2º, do Decreto nº 8.772/16.

⁷ Excipiente é um tipo de ingrediente que é inativo em remédios e não tem poder terapêutico, mas serve para estabilizar propriedades físico-químicas dos produtos farmacêuticos.

III - **envio de amostra** que contenha patrimônio genético por pessoa jurídica nacional para prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Esse cadastramento funciona como uma declaração obrigatória de atividades e é a primeira etapa a ser cumprida perante o CGen no processo de acesso ao patrimônio genético. Ele deve ser realizado previamente ao requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, ou à comercialização do produto intermediário, ou à divulgação dos resultados em meios científicos ou de comunicação, ou à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso, conforme determina o artigo 12, §2º, da LAPG (BRASIL, 2015).

Vejamos foto de parte da tela de cadastro de acesso no SisGen: “Imagem 1”, na seção final deste artigo.

Nesse cadastro, devem ser fornecidas informações sobre identificação do empreendedor/ usuário, sobre a identificação do patrimônio genético no nível taxonômico mais estrito possível ou do conhecimento tradicional associado e, por fim, sobre detalhes da sua atividade como, por exemplo, resumo da atividade e seus respectivos objetivos; setor de aplicação; resultados esperados ou obtidos; equipe responsável e período das atividades⁸.

Após o registro, havendo modificações de fato ou de direito nas informações prestadas ao SisGen, o usuário deverá fazer a atualização dos seus cadastros ou notificação, pelo menos uma vez por ano⁹. Nessas atualizações, o empreendedor também deve registrar qualquer direito de propriedade intelectual ou licenciamento de patente requeridos¹⁰.

No entanto, se houver mudança do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado acessado ou do objetivo do acesso, o empreendedor deve realizar um novo cadastro, conforme determina o artigo 20, §5º, do Decreto nº 8.772/16 (BRASIL, 2016a).

As informações que o usuário insere no SisGen são, a princípio, públicas, mas podem ser consideradas sigilosas se houver solicitação fundamentada para tanto¹¹.

Antes mesmo de cadastrar o acesso, remessa ou envio de patrimônio genético ou exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, é preciso que o empreendedor identifique se há associação entre conhecimento tradicional e as propriedades ou usos diretos ou indiretos de recurso do patrimônio genético nacional com que pretende trabalhar.

Caso seja confirmada essa associação e haja origem identificável desse conhecimento tradicional, o acesso a esse conhecimento fica condicionado à obtenção de consentimento prévio e informado da população indígena, comunidade ou agricultor tradicional. Isso significa que é necessária a obtenção de concordância desses grupos a partir de informações válidas, claras e completas sobre o uso que se pretende fazer do seu conhecimento, respeitadas as formas tradicionais de organização, representação e tomada de decisão dos detentores.

A LAPG, em seu artigo 9º, §1º, determina que esse consentimento poderá ocorrer, alternativamente, das seguintes formas: 1) assinatura de termo de consentimento prévio; 2) registro

⁸ Cf. art. 22, do Decreto nº 8.772/16.

⁹ Cf. art. 20, §2º, do Decreto nº 8.772/16.

¹⁰ Cf. art. 20, §3º, do Decreto nº 8.772/16.

¹¹ Cf. art. 21, do Decreto nº 8.772/16.

audiovisual do consentimento; 3) parecer do órgão oficial competente; 4) adesão na forma prevista em protocolo comunitário. A escolha da alternativa apropriada será feita pelo provedor do conhecimento tradicional associado de origem identificável, como determina o Decreto nº 8.772/16, artigo 14, *caput* (BRASIL, 2015a).

Por essas regras, por exemplo, é possível dizer que povos ribeirinhos que não tenham protocolo comunitário de consulta podem dar o seu consentimento apenas por assinatura de termo escrito ou registro audiovisual de consentimento prévio, vez que não há órgão competente específico para administrar relações interétnicas desses povos¹². No entanto, para a segurança de que o consentimento foi válido, será mais seguro para o usuário e para a comunidade tradicional, que haja um protocolo de consulta, documento que diga como essa comunidade tradicional pretende ser consultada para tomar decisões coletivamente.

O Decreto em comento adiciona, ainda, que a obtenção de consentimento prévio informado deve ter como diretrizes:

- I - o esclarecimento ao provedores sobre os impactos sociais, culturais e ambientais decorrentes da execução da atividade envolvendo acesso ao conhecimento tradicional associado; os direitos e as responsabilidades de cada uma das partes na execução da atividade e em seus resultados; e o direito dos provedores de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado.
- II - estabelecimento, em conjunto com os detentores, das modalidades de repartição de benefícios, monetária ou não monetária, derivadas da exploração econômica; e
- III - respeito ao direito dos detentores de recusar o acesso ao conhecimento tradicional associado, durante o processo de consentimento prévio (BRASIL, 2016a).

Além de ter de seguir tais diretrizes, o instrumento de comprovação da obtenção do consentimento deve ser formalizado em uma linguagem acessível aos detentores do conhecimento tradicional associado e conter informações sobre os seguintes pontos, como determina o artigo 17 do Decreto nº 8.772/16:

- I - a descrição do histórico do processo para a obtenção do consentimento prévio informado;
- II - a descrição das formas tradicionais de organização e representação da população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional;
- III - o objetivo da pesquisa, bem como sua metodologia, duração, orçamento, possíveis benefícios e fontes de financiamento do projeto;
- IV - o uso que se pretende dar ao conhecimento tradicional associado a ser acessado;
- V - a área geográfica abrangida pelo projeto e as populações detentoras envolvidas;
- VI - se os detentores receberam assessoramento técnico ou jurídico durante o processo de obtenção do consentimento prévio informado (BRASIL, 2016a).

Conforme o artigo 10, *caput*, da LAPG, havendo conhecimento tradicional associado, os grupos detentores desses conhecimentos têm os direitos coletivos de:

- I - ter reconhecida sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação;
- II - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;

¹² Não há, no Brasil, um órgão especializado para regular as relações entre povos ribeirinhos e sociedade envolvente.

- III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, nos termos desta Lei;
- IV - participar do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso, na forma do regulamento;
- V - usar ou vender livremente produtos que contenham patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado [...]; e
- VI - conservar, manejar, guardar, produzir, trocar, desenvolver, melhorar material reprodutivo que contenha patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado (BRASIL, 2015).

Na prática, tais direitos dos detentores de conhecimento tradicionais implicam obrigações para o empreendedor que acessa o patrimônio genético como, por exemplo, a divulgação na embalagem e material de divulgação dos produtos de que eles provêm do acesso a conhecimento tradicional associado de populações indígenas, comunidades ou agricultores tradicionais. Outro exemplo de obrigação do empreendedor que advém de tais direitos é não estabelecer cláusulas contratuais no acordo de repartição de benefícios que impeçam esses grupos de usar ou vender produtos similares que contenham o seu conhecimento tradicional associado. Não estariam de acordo com a LAPG, portanto, cláusulas contratuais que impeçam a divulgação da origem de produtos ou que determinem a exclusividade do empreendedor de vender ou usar tais produtos.

Concluído o cadastro do acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, o SisGen emite, de forma automática, comprovante de cadastro de acesso. Esse comprovante é documento válido para demonstrar que o usuário prestou as informações que lhe eram exigidas e produz os efeitos imediatos. O primeiro desses efeitos é a permissão para requerimento de direito de propriedade; o segundo é a permissão para comercialização de produto intermediário; o terceiro efeito é permissão para divulgação dos resultados, finais ou parciais, da pesquisa ou do desenvolvimento tecnológico, em meios científicos ou de comunicação e, por fim, permite que seja feita a notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência desse acesso (BRASIL, 2016a).

Após o acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, é possível que o empreendedor deseje explorar economicamente produtos acabados oriundos desse acesso. Para isso, a LAPG, em seu artigo 16, impõe que o empreendedor cadastre uma notificação de produto no SisGen.

Sem esse cadastro, não é permitido que o empreendedor inicie a exploração econômica de produto acabado oriundo de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado. Para fins da legislação, considera-se iniciada a exploração econômica a partir da emissão da primeira nota fiscal de venda de produto ou material reprodutivo, conforme determina o artigo 33 do Decreto nº 8.772/16 (BRASIL, 2016a).

Para a realização da notificação do produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, o empreendedor deverá preencher formulário eletrônico do SisGen em que serão exigidas informações quanto à sua identificação; o número do cadastro de acesso que deu origem ao produto acabado ou ao material reprodutivo; a identificação comercial do produto acabado ou o material reprodutivo e setor de

aplicação; data prevista para o início da comercialização; indicação da modalidade da repartição de benefícios; solicitação de reconhecimento de sigilo; e comprovação de enquadramento em hipótese de isenção legal ou de não incidência de repartição de benefícios.

Concluído o preenchimento desse formulário, o SisGen emitirá comprovante de notificação automaticamente. Assim que é apresentado o acordo de repartição de benefícios, o comprovante de notificação passa a ter efeitos similares ao do comprovante de cadastro de acesso. Eles são imediatos, comprovam que o empreendedor prestou as informações que lhes foram exigidas e permitem a exploração econômica do produto acabado ou material reprodutivo.

A partir dessa notificação, o empreendedor deve apresentar, em até 365 dias, o acordo de repartição de benefícios, nos casos em que não houver conhecimento tradicional associado de origem identificável. Se, por outro lado, esse conhecimento de origem identificável estiver presente, o acordo de repartição de benefícios deve ser apresentado no ato de notificação. É o que determinam os artigos 16, §2º da LAPG e 34 do Decreto nº 8772/16 (BRASIL, 2015; 2016a).

Segue diagrama (Imagem 2), presente ao final desse artigo, que representa as etapas necessárias para exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundos de acesso a conhecimento tradicional associado de origem identificável até o início da exploração econômica.

Tanto o cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional, como a notificação de produto acabado ou material reprodutivo geram um processo administrativo e passam por uma posterior fiscalização do CGen chamada procedimento administrativo de verificação (BRASIL, 2016a). Adota-se aqui a posição de NIEBURH (2021, p. 15) quanto ao uso dos termos processo ou procedimento administrativo de que essa distinção cabe apenas para os sistemas jurídicos em que há jurisdição administrativa, como na França, e de que a legislação brasileira toma os termos “processo” e “procedimento” como sinônimos.

No prazo de até 15 dias do cadastro ou notificação, os conselheiros do CGen e os órgãos de proteção de populações indígenas e comunidades tradicionais devem ser cientificados, além das câmaras setoriais que compõem o CGen serem provocadas a se manifestar, conforme determinam os artigos 23, 35 e 37 do Decreto nº 8.772/16 (BRASIL, 2016a).

Após o registro ou notificação, é possível que o CGen identifique, de ofício, por meio de sua Secretaria Executiva, irregularidades na realização desses procedimentos. Se isso ocorrer, ele deverá, em até 60 dias, solicitar a correção de erros ou fazer ele mesmo as retificações de erros simples. Se for identificada uma fraude evidente, o Presidente do CGen poderá suspender provisoriamente o cadastro ou notificação, devendo essa suspensão ser discutida na próxima sessão do Plenário do CGen.

Durante esse mesmo prazo de 60 dias, os Conselheiros do CGen poderão identificar indícios de irregularidade no cadastro ou notificação, receber subsídios das câmaras setoriais, órgãos indigenistas ou de comunidades tradicionais, da Secretaria-Executiva do CGen e dos detentores de conhecimento tradicional associado ou seus representantes. Se entender que há indícios de irregularidade, um requerimento deve ser encaminhado ao Plenário do CGen, que poderá decidir pela sua admissibilidade ou pelo seu arquivamento.

Se decidir pela admissibilidade desse requerimento, o empreendedor ou usuário será notificado para, em até 15 dias, manifestar-se sobre a possível irregularidade. Esgotado esse prazo, a Secretaria-Executiva do CGen encaminhará o processo para deliberação do Plenário do CGen, o qual poderá acatar ou não o requerimento.

Acatando o requerimento, o CGen poderá determinar que o empreendedor retifique cadastro e notificação, sob pena de serem cancelados. Alternativamente, se houver um vício insanável no processo de cadastro ou notificação, o cadastro ou notificação serão cancelados, o empreendedor chamado a fazer novo cadastro ou notificação e os órgãos indigenistas ou responsáveis por comunidades tradicionais serem oficiados desse cancelamento.

Existem apenas dois tipos de irregularidades insanáveis, segundo o Decreto 8.772/16¹³: a) a existência de conhecimento tradicional associado de origem identificado quando o cadastro ou notificação não indicar esse fato; b) a obtenção de consentimento prévio em desacordo com a LAPG (BRASIL, 2016a).

De modo excepcional, caso a constatação de irregularidade insanável ocorrer quando já houver sido iniciada a exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo, o CGen poderá determinar que o usuário retifique o cadastro ou notificação e apresente, em até 90 dias, acordo de repartição de benefícios com o provedor, desde que não seja percebido no processo má-fé do empreendedor ao incorrer nessa irregularidade.

O procedimento administrativo de verificação descrito pode ser melhor representado pela imagem que segue ao final deste artigo (Imagem 3).

FRAGILIDADES E OPORTUNIDADES PARA APERFEIÇOAMENTO DA REGULAÇÃO DO ACESSO AO PATRIMÔNIO GENÉTICO BRASILEIRO

Apesar da regulação do acesso ao patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados ter avançado significativamente com a entrada em vigor da LAPG e do Decreto nº 8.772/16, entendemos que há ainda pontos cruciais que demandam a discussão e a formação de consensos quanto à interpretação dessa legislação.

Esse é o caso, por exemplo, dos conceitos de acesso ao patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado. Em que pese o esforço da LAPG em definir amplamente os conceitos que mobiliza, como podemos ver no artigo 2º dessa lei, o conceito de acesso não é autoexplicativo e remete a outros dois: pesquisa e desenvolvimento tecnológico realizados sobre amostra de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado (BRASIL, 2015).

“Pesquisa” e “desenvolvimento tecnológico”, por sua vez, previstos nos incisos X e XI do art. 2º da LAPG (BRASIL, 2015), apresentam algumas expressões vagas, que podem dificultar a sua operacionalidade. A consequência disso é a dificuldade de estabelecer parâmetros práticos para definir situações em que se está em face de um acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, conceitos ainda não satisfatoriamente determinados.

No caso do acesso para pesquisa, a expressão utilizada pela LAPG “com o objetivo de produzir novos conhecimentos” (BRASIL, 2015), põe em dúvida se pesquisas teóricas ou experimentais que não tenham, claramente, o objetivo de produzir novos conhecimentos devem ser

¹³ Cf. art. 40, §1º, do Decreto nº 8.772/16.

consideradas ou não acesso ao patrimônio genético. O que se busca saber é: como se demonstra que uma pesquisa científica tem tal objetivo? Deve-se, alternativamente, supor que todas as pesquisas têm tal fim?

Ainda, a expressão “novos conhecimentos” coloca um outro desafio: como definir o que sejam conhecimentos novos? A ideia de “novidade” presente na LAPG deve ter o sentido estrito que se atribui a “novidade” na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial): aquilo que não está no “estado da técnica”? Ou deve a expressão “novos conhecimentos” ser interpretada como qualquer conhecimento desconhecido a quem faz a pesquisa?

Problemas semelhantes se apresentam se examinarmos o conceito legal de “desenvolvimento tecnológico”. A expressão “trabalho sistemático” lança dúvidas do que caracterizaria a sistematicidade do trabalho e em que momento ele acontece. “Trabalho sistemático” é somente aquele desenvolvido em laboratório, com testagens e exames? Até o momento, não se tem resposta clara da legislação.

Com relação às expressões “novos materiais, produtos ou dispositivos” e “aperfeiçoar ou desenvolver novos processos”, referentes à definição de “desenvolvimento tecnológico”, temos a mesma dúvida que se coloca para o acesso por meio de pesquisa. O conceito de “novidade”, no âmbito da LAPG, seria o mesmo daquele fixado pela Lei de Propriedade Industrial?

Se, por um lado, faz sentido a interpretação sistemática que considera a definição de “novidade” na Lei de Propriedade Industrial, tendo em vista a íntima conexão que a LAPG tem com as regras de propriedade intelectual, também é possível cogitar a aplicação do princípio da prevenção do Direito Ambiental, que orientaria a interpretação para o alargamento do alcance dos conceitos utilizados pela LAPG, de modo a garantir uma maior proteção ao meio ambiente.

Com relação à definição do significado do termo “novo” na LAPG, entendemos que o melhor caminho é a interpretação sistemática, que considera as regras de propriedade intelectual da Lei de Propriedade Industrial. Essa opção reduz a complexidade da aplicação da LAPG e privilegia a coerência interna do ordenamento jurídico, vez que impede a existência de termos de mesmo significado que ganham significados distintos em situações que não estão previstas em lei de modo explícito. Garante-se, assim, a segurança das relações jurídicas e a estabilidade das relações econômicas entre os envolvidos.

Um ponto negativo dessa vertente interpretativa, no entanto, é que ela atrai a discussão empírica sobre o “estado da técnica”, isto é, a disponibilidade de um conhecimento, material, produto, dispositivo ou processo produtivo antes da data de depósito de pedido perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Essa análise, que demanda conhecimento técnico especializado e investimentos para que seja feita, encontra-se, a nosso ver, fora das condições técnicas e de infraestrutura que possui o CGen. Em verdade, o órgão público da Administração que possui melhores condições para realizar essa função é o INPI, que, aliás, já a faz, mas em etapa posterior aos cadastros perante o CGen por previsão da própria LAPG.

Por outro lado, interpretar de forma a alargar o significado do termo “novo” na LAPG traria insegurança jurídica capaz de inviabilizar investimentos no setor, o que certamente seria prejudicial a envolvidos diretamente no setor de biotecnologia e ao desenvolvimento sustentável do país.

Muito embora tais questionamentos possam parecer excessivos para alguns, frente ao que a legislação, as decisões administrativas e a jurisprudência podem nos dar no momento, o fato é que a insegurança jurídica presente na legislação mais importante para a regulação da bioeconomia brasileira afasta investimentos no setor, condição essencial ao seu desenvolvimento. Isso prejudica tanto os detentores de patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado que tenham a intenção de proteger seus recursos ou se beneficiar economicamente deles, como também de pesquisadores e empreendedores interessados, que se veem em uma situação de risco ao se envolverem com o acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado.

A falta de definição também prejudica órgãos como o próprio CGen, que não se encontram munidos de critérios para tomar decisões seguras para os interessados e para si próprios, na figura de seus dirigentes e funcionários, que podem sofrer sanções administrativas ou judiciais por erros no exercício de suas atividades, conforme o caso.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo explicitar quais os principais conceitos e procedimentos legais que a regulação do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado impõe aos usuários, investigar fragilidades dessa legislação e indicar pontos para o aperfeiçoamento da regulação desse setor da economia, a fim de garantir o aprimoramento institucional necessário à promoção do desenvolvimento sustentável.

Após apresentar os conceitos e os procedimentos previstos na LAPG e no Decreto nº 8.772/16, de sistematizá-los e representá-los nas imagens que seguem ao final do artigo, foi feita uma breve análise em relação a alguns pontos controvertidos que precisam de melhor detalhamento na legislação, notadamente o conceito de acesso ao patrimônio genético ou desenvolvimento tecnológico, o qual faz remissão a outros conceitos indeterminados. Demonstramos como essa indeterminação acarretou a dificuldade de conceituar o que seria o “objetivo de produzir novos conhecimentos” no acesso ao patrimônio genérico para pesquisa científica e, também, por fim, a definição do termo “novo” no contexto do acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado mediante pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

Discutiu-se, por fim, quanto à devida interpretação do conceito de “novidade” presente na LAPG. Apresentou-se argumentos favoráveis a uma interpretação alargada do conceito, como a uma interpretação sistemática, que se apropria da definição de “novidade” presente na Lei de Propriedade Industrial, a fim de compatibilizar a interpretação da LAPG com o restante do ordenamento jurídico. Entendeu-se que a interpretação sistemática aplicada à LAPG é aquela que propicia a redução da complexidade de aplicação dos dispositivos desta Lei, privilegia a coerência interna do ordenamento jurídico, acaba por privilegiar a segurança das relações jurídicas e a estabilidade das relações econômica entre os sujeitos envolvidos.

Acredita-se que, embora haja muito o que avançar em termos de regulação da bioeconomia baseada no patrimônio genético nacional e nos conhecimentos tradicionais associados, já houve um progresso considerável com o advento da legislação recente. Para que o aprimoramento institucional brasileiro não deixe de avançar e possa, assim, propiciar o desenvolvimento sustentável, se faz necessária a discussão e consolidação da dogmática relativa ao tema orientada para

garantir a coerência interna do ordenamento jurídico e a consequente estabilidade das relações jurídicas e econômicas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Francisco. A moderna biotecnologia e o desenvolvimento da Amazônia. **Cadernos de Ciência & Tecnologia**, Brasília, v.17, n.2, p.43-79, maio/ago. 2000.

BEZERRA, V. S. **Considerações sobre a palmeira murumuruzeiro (Astrocaryum murumuru Mart.)**. Embrapa Amapá-Comunicado Técnico (INFOTECA-E), 2012.

BRASIL. **Decreto nº 8.772**, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8772.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%208.772%2C%20DE%2011,e%20uso%20sustent%C3%Aavel%20da%20biodiversidade. Acesso em 22 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.123**, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20O%20acesso%20ao,o%20local%20de%20sua%20ocorr%C3%Aancia. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Agravo de Instrumento nº 0017006-45.2006.4.01.0000**. Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida - Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 5 de fev. de 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Agravo de Instrumento nº 0057850-85.2016.4.01.0000**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente - Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 4 de out. de 2016b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Agravo de Instrumento nº 0027843-13.2016.4.01.0000**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente - Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de mai. de 2017.

HASENCLEVER, Lia et al. A indústria de fitoterápicos brasileira: desafios e oportunidades. **Ciência & Saúde Coletiva**, nº 22(8), 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002802559&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 23 fev 2021, p. 2559-2569.

MIRANDA, Elias Melo de; SOUZA, João Alencar de; PEREIRA, Rita de Cássia Alves. **Subsídios Técnicos para o Manejo Sustentável da Unha-de-gato (Uncaria spp.) no Vale do Rio Juruá, AC**. 2001.

NIEBUHR, Pedro. **Processo Administrativo Ambiental**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

VALLI, Marília; RUSSO, Helena M.; BOLZANI, Vanderlan S.. The potential contribution of the natural products from Brazilian biodiversity to bioeconomy. **An. Acad. Bras. Ciênc.**, Rio de Janeiro, v. 90, n. 1, supl. 1, p. 763-778, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0001-37652018000200763&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 fev 2021.

DIAGRAMAS, QUADROS E TABELAS

Imagem 1. Fonte: Portal Sisgen.

Cadastro de Atividade de Acesso

Tipo de Usuário: *

Responsável pelo cadastro

[Adicionar +](#) *

CPF	Habilitado	
82617422291	Sim	

Objeto do Acesso: *

O acesso foi realizado antes de 17/11/2015 ou obteve autorização de acesso antes de 17/11/2015? *

Finalidade do Acesso: *

As atividades objeto deste cadastro são baseadas em outras atividades de acesso realizadas anteriormente? *

Este cadastro está vinculado a cadastro anterior de remessa? *

Equipe

[Adicionar +](#) *

Imagem 2. Fonte: elaboração própria.

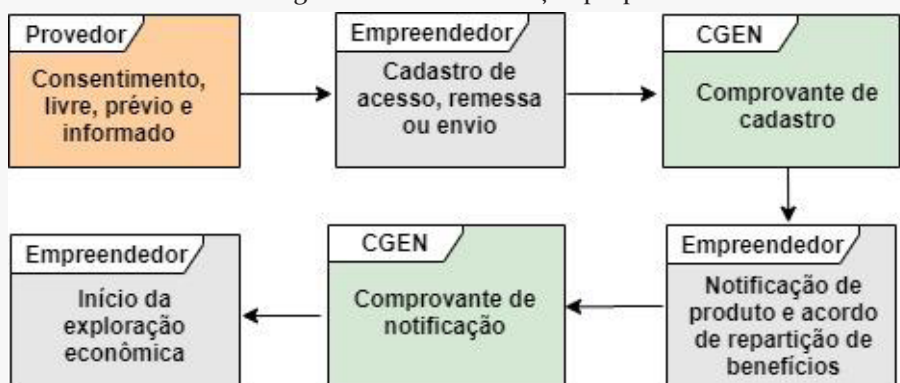
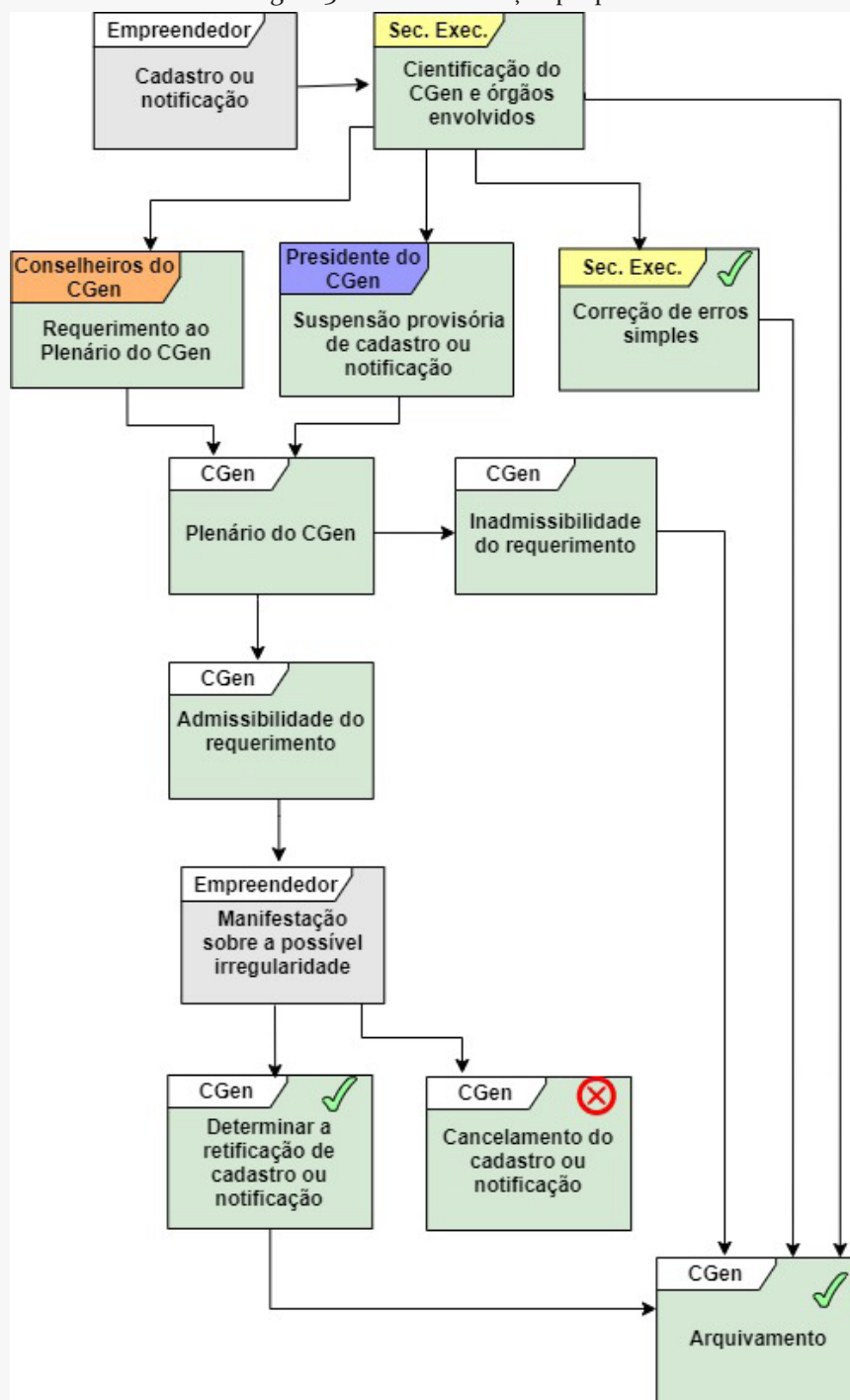


Imagem 3. Fonte: elaboração própria.



Submetido em: 01/03/2021

Aprovado em: 14/05/2021

A INTOLERÂNCIA SEXUAL E A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

SEXUAL INTOLERANCE AND THE NEED FOR CRIMINAL INTERVENTION

Luanne Natália Haluen Maia Lima¹

Darling Lopes Vasques²

Willian Pollis Mantovani³

RESUMO: Este artigo trata da omissão legislativa relativa à comunidade LGBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transsexuais) fazendo uma crítica às práticas homofóbicas, utilizando como base instrumentos constitucionais e penais. Objetiva-se saber como o Direito Penal pode ser útil, de uma forma positiva, neste âmbito. O movimento LGBT é de suma importância nas lutas contra homofobia e liberdade de expressão (sexual), uma das principais reivindicações do grupo é a criminalização de práticas homofóbicas. Diante desta abordagem, e em vista da grande repercussão que as condutas preconceituosas causaram à comunidade LGBT, tramitou recentemente, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade 26 (ADO 26) visando a criminalização da homofobia. Neste seguimento, esta pesquisa pretende demonstrar como a omissão legislativa é um gerador de problemas e através de que meios pode ocorrer a intervenção penal para minimizar a violência e, também, expor uma maneira de enxergar a comunidade LGBT como igual. O presente artigo científico é desenvolvido sob a metodologia exploratória e quantitativa, caso em que ocorrerá o aprofundamento de ideias no que se tange a sexualidade no âmbito penal, tema principal do artigo que será produzido. A espécie de amostragem escolhida para a elaboração deste artigo é a não probabilística, por cotas, visto que o objeto de estudo envolve toda a comunidade LGBT.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Constitucionalizado. Homofobia. Criminalização.

ABSTRACT: This article treats about the legal omission relative to the LGBT Community (Gays, Lesbians, Bisexual, Transsexuals) as it criticizes homophobic practices, using as basis the constitutional's and criminal's instruments. It aims at how the Criminal Law be useful, in a positive way, in this context. The LGBT movement is truly in the fight against homophobia and the liberty of expression (sexual), one of the main claims of the groupe is the criminalization of the homophobic practices. Against this approach, and due to the big repercussion about the prejudicial conducts that affected the LGBT community, processed recently, at the Supremo Tribunal Federal in Brazil, the Direct Lawsuit of Unconstitutionality 26 (ADO 26), which aims at the criminalization of homophobia. In this way of

¹ Bacharela em Direito (Centro Universitário Uninorte).

² Bacharela em Direito (Universidade José do Rosário Velloso – UNIFENAS). Pós-Graduada Lato Sensu em MBA em Direito Público (Centro Universitário Uninorte).

³ Bacharel em Direito (Centro Universitário Uninorte). Licenciado em História, Letras Português e Sociologia (Editora e Distribuidora Educacional). Pós-Graduado em Direito Penal e Docência do Ensino Superior (Faculdade Internacional Signorelli). Pós-Graduado em Direito Tributário (Faculdade Euclides da Cunha). Pós-Graduado em Direito Previdenciário e do Trabalho (Universidade Norte do Paraná). Professor Universitário.

thought, this research intends to show how the legal omission is a generator of problems and through which means the criminal intervention can minimize the violence and, as well, expose a way of seeing the LGBT community as equal. The notable scientific article will be developed under the exploratory and quantitative methodology, event in which will occur the deepening of ideas that touch the sexuality in the criminal scope, principal theme of the article that will be produced. The sampling species chosen to the elaboration of this article isn't probalistic, by quotes, due to the fact that the object of the study involves the entire LGBTI community.

KEYWORDS: Constitutionalized Criminal Law. Homophobia. Criminalization.

INTRODUÇÃO

A realização deste trabalho tem por objetivo de pesquisa externalizar a omissão legislativa utilizando-se da Constituição Federal de 1988 e demonstrar que o Estado Democrático de Direito tem o dever de contribuir para a penalização das práticas homofóbicas. Será observado ao longo da pesquisa o papel que o Direito Penal brasileiro exerce perante a sociedade, se atentando a garantia dos direitos humanos devidos à comunidade LGBT.

Partindo do julgamento da ADO 26 pelo Supremo Tribunal Federal, nossa pesquisa desbravou o surgimento da intolerância sexual ao decorrer da história, especialmente em práticas de condutas homofóbicas quanto à comunidade LGBT. Para compreender melhor o contexto do aludido julgamento, trataremos da omissão legislativa quanto à proteção da comunidade, para em seguida adentrarmos à constitucionalização ou não da criminalização da homofobia, passando então à análise profícua da decisão da Suprema Corte, sem perder de vista os institutos penais lançados à base do julgamento.

Mesmo que a identidade de gênero e orientação sexual sejam atributos da personalidade, estes aparecem como um obstáculo para a plena realização e fruição de direitos. Para a surpresa de muitos, o Brasil é o país no qual residem cerca de 20 milhões de participantes da comunidade LGBT, o que corresponde à cerca de 10% de todos os seus cidadãos, ao mesmo tempo possui uma população afetada por um índice elevado de violência e violação dos direitos sociais por conta da orientação sexual diversa da imposta à sociedade – heterossexual, homem com mulher.

Não é a primeira vez que o sistema jurídico é acionado para determinar que o Poder Legislativo cumpra sua função de normatização referente ao amparo de uma parcela social. O movimento de pretos e de mulheres, por exemplo, tiveram seus direitos reconhecidos e estabelecidos por intermédio das Leis 7.716/1989 e 11.340/2006; a comunidade LGBT, todavia, teve demora na obtenção de seus direitos civis, *verbi gratia* o casamento civil, a adoção e a doação de sangue.

É inconcebível a ideia da estagnação legal, posto que já é fato notável em sociedade a proporção e frequência de acometimentos para com esta comunidade específica.

Nesta senda, sob a ótica constitucional que estabelece como meta e impera a igualdade de todos os cidadãos, assim como dita o artigo 5º da Constituição Federal, verifica-se que há erro na execução de princípio basilar do ordenamento jurídico. Diante da exposição de fatos, percebe-se que a mencionada falta de meios protetivos torna este grupo social mais vulnerável.

A criminalização da homofobia é um assunto polêmico, pois só agora ganhou uma maior visibilidade, sendo alvo de amplos debates, como um dia outras questões penais já foram. Permanece a necessidade de aprofundamento nos debates sobre a criminalização das práticas homofóbicas no âmbito legislativo e jurídico-penal. O Estado democrático de Direito tem a obrigação de

não aceitar a discriminação de pessoas pela simples orientação sexual ou identidade de gênero. Não é justo que haja uma aceção de pessoas.

Daí surge o apontamento desta pesquisa: expor a omissão legislativa por meio de observações legais, demonstrando que o Estado democrático de Direito tem o dever de punir (*jus puniendi*). Para uma melhor abordagem deste tema, serão incorporados outros artigos científicos, projetos de leis, jurisprudência, dados e estatísticas científicas.

O posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, na sustentação de seu voto referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26), serviu de grande inspiração para a redação deste artigo porque defendeu a criminalização da homofobia mediante destaques constitucionais para demonstrar que houve um silêncio legislativo. Nesta mesma senda, o autor Isaac Sabbá Guimarães publicou artigo científico empregando como base a aplicação da legislação penal para garantia de exercício de direitos fundamentais ao ser humano, tais como o da liberdade.

A principal reflexão, que antecede as ponderações realizadas, está inserida na existência de um efeito que pode ser exteriorizado pelo Direito penal ante a luta contra a homofobia.

CONCEITUALIZAÇÃO DA INTOLERÂNCIA SEXUAL À LUZ DA HOMOFOBIA

A palavra “homofobia”, em sua origem, demonstra um neologismo concebido por dois radicais gregos, quais sejam, *homo*, que significa “igual”, e *phobia*, que pode ser interpretado como “medo”. O uso deste termo teve seu marco inicial no ano de 1971, quando foi amoldado pelo Psicólogo norte-americano George Weinberg⁴ em seu livro, “Society and the Healthy Homosexual”⁵. (GELÉDES, 2013)

Ao amplificar os significados entende-se que *homo*, se trata de um metaplasmo de supressão da palavra homossexual, alcançando por inteiro a parcela social que se entende por homoafetiva; e, *phobia*, não é somente medo, mas constitui-se como repulsa, aversão e preconceito.

A intolerância está diretamente ligada às práticas de aversão e, nesta pesquisa, liga-se à homofobia. Essa figura representa a sobreposição de um gênero, colocando-o acima de todos os outros, além de ser expressa por intermédio da repulsa e desrespeito para com a diversidade sexual. (LIRA, Cógenes. 2016)

Nesta senda, a incidência da homofobia no Brasil é tanta que no último relatório anual, divulgado pelo *Grupo Gay da Bahia*, estima-se que em 2019 cerca de 329 homossexuais foram vítimas de assassinato, ou seja, uma morte a cada 26 horas. Destarte, fica evidente que a homofobia fere os direitos sociais e individuais, estes, ora garantidos na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, quais sejam: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

4 George Weinberg era um psicólogo americano reconhecido e a frente de seu tempo. Autor de diversas obras abordando sobre temas como a homofobia.

5 O livro *Society and the Healthy Homosexual*, no dialeto nacional significa “A Sociedade e o Homossexual Saudável”, foi publicado em 1990, onde o renomado Psicólogo George Weinberg instituiu a primeira vez a nomenclatura “homofobia”.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS PRÁTICAS DE CONDUTAS HOMOFÓBICAS QUANTO À COMUNIDADE LGBT

A história do movimento LGBT é marcada por três momentos principais que marcaram os avanços da comunidade, tendo prelúdio na ditadura militar e se estendendo aos dias atuais.

A primeira conjuntura temporal ocorreu durante a ditadura militar, em 1978 e se estendeu até 1983. Neste ciclo, surgiu o grupo *Somos – Grupo de Afirmação Homossexual*⁶. Apesar de ser uma associação que reunia pessoas que apoiavam a causa, os militares consideravam essa sociedade como “não-politizada”, pois seus objetivos consistiam em uma proposta de quebra na hierarquia social e na dissolução de uma sociedade sexista (FACCHINI, Regina)⁷.

Como se sabe, as práticas heteronormativas tinham predominância, então o uso de denominações pejorativas (“bicha”, “baitola”, “sapatona”) era muito comum. Diante de tais atos preconceituosos, o grupo *Somos* protestou por meio de publicações em jornais distribuídos e expostos em faculdades, bares, fã-clubes e demais ambientes públicos com o intuito de habituar o receptor da mensagem, alertando-o sobre o caráter depreciativo das nomenclaturas anteriormente expostas (FACCHINI, Regina).

O segundo momento ocorreu entre 1981 e 1985, época em que o *Grupo Gay da Bahia* conseguiu que o termo homossexualismo fosse retirado do rol de doenças patológicas (FACCHINI, Regina).

Em 1983 houve a dissolução do grupo *Somos* e, também, um surto de HIV/Aids, que acabou sendo um pilar no enfraquecimento de outros vários grupos que apoiavam a causa. Dos poucos grupos homossexuais que ainda persistiam, destacaram-se o *Grupo Gay da Bahia*⁸ e o *Triângulo Rosa e Atobá*, do Rio De Janeiro, que têm até hoje o objetivo de garantir os direitos civis dos homossexuais, além de promover uma ação solidária. (FACCHINI, Regina)

Em 1988, ano de publicação da Constituição Federal, o grupo *Triângulo rosa e Atobá*, reivindicou a inclusão dos homossexuais no texto em que versa sobre a discriminação contra “origem, raça, sexo, cor e idade” (artigo 2º, IV, CF), não obtendo sucesso. (FACCHINI, Regina)

Na década de 90, houve alteração quanto a nomenclatura que representava as pessoas de expressão sexual diversa daquela imposta pela sociedade, a qual fora a inserção da sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais), como uma forma de abranger toda a comunidade e substituir o termo anteriormente usado, “gay”, já que se mostrava injusto quanto à diversidade sexual.

Finalmente, o terceiro momento teve seu início em 1990, perpetuando-se atualmente. A comunidade LGBT ganhou um número exorbitante de apoiadores, que se mobilizaram para que os direitos do grupo homossexual fossem reconhecidos pelo Estado. Vários objetivos sociais foram alcançados, dentre os quais consistem em direitos conquistados como, por exemplo, o casamento civil entre as pessoas do mesmo sexo, a permissão para adoção por casais homoafetivos e o reco-

6 A escolha do nome “SOMOS” foi uma homenagem ao primeiro grupo político homossexual da América Latina, FLH.

7 Regina Facchini, Doutora em ciências sociais pela Unicamp e sua área de pesquisa engloba os estudos de movimentos sociais, saúde sexual, violência contra a comunidade LGBTQIAP+ e outros. O estudo usado para compor o presente artigo denomina-se, Histórico da luta de LGBT no Brasil.

8 Grupo Gay da Bahia ou GGB é uma das associações matriarcas de defesa aos direitos humanos dos homossexuais no Brasil, fundada em 1980.

nhecimento do Estado laico, assim não permitindo interferência religiosa na política. O objetivo atual almejado pela comunidade LGBT é a criminalização da homofobia, tendo como parâmetro a ocorrência demasiada de casos homofóbicos (FACCHINI, Regina).

A Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988 traz como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal).

Observa-se que o Estado democrático de Direito tem sido deficiente quanto ao movimento LGBT, demonstrando o descaso com os princípios fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade, explícitos na Constituição Federal de 1988. Essa conjuntura demonstra a necessidade amparo legal à comunidade LGBT.

Como prova da violação dos Direitos Humanos, tem-se o caso da travesti Dandara dos Santos, que no dia 15 de fevereiro de 2017, vítima de assassinato, por ser uma travesti. (G1CE, 2017)

Análogo ao caso exposto, outro acontecimento que sensibilizou a sociedade foi o de Larissa Rodrigues da Silva, uma jovem de 21 anos, também vítima de assassinato por ser transexual. (G1SP, 2019)

Tais quadros fáticos se repetem com alta frequência, como demonstrado anteriormente no texto, situação que representa a desproteção do Estado para com a comunidade LGBT.

OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À PROTEÇÃO DA COMUNIDADE LGBT

O artigo 1º, caput, da Constituição Federal de 1988 determina que a República Federativa do Brasil é composta por uma união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito, partícipe de tratados e acordos que priorizam os Direitos Humanos e os Direitos Civis (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dentre outros). O Estado Brasileiro encontra-se hoje em situação de omissão absoluta, clara e objetiva no que tange a proteção e prevenção de violência homofóbica.

Adverso ao que dispõe a Carta Magna e aos Documentos Internacionais de Direitos Humanos e Direitos Civis, é assustador a violência causada contra a comunidade LGBT, sem que haja qualquer posicionamento do Poder Legislativo. O conjunto normativo existente não é capaz de superar a realidade violenta vivida por este grupo. Entendendo assim, é notório a falta de artifícios específicos que tratem a homofobia com a devida atenção que merece, como atualmente ocorre com o racismo (Lei nº 7.716/89) e com os direitos da mulher (Lei nº 11.340/2006). O crescente número de casos de violência LGBT, o motivo que enseja o acontecimento e a forma de agir demonstram a gravidade e a necessidade de amparo especial.

Em 2010, o Brasil ocupou o 19º (décimo nono) lugar no ranking mundial de países seguros para a comunidade LGBT. Em uma década, a estabilidade nacional se desequilibrou e a população passou a mostrar-se intolerante, uma vez que, no ano de 2019, o Brasil passou a ocupar o 68º (sexagésimo oitavo) lugar no mesmo ranking mundial anteriormente mencionado. (Carta Capital, 2019)

Para fins de demonstrar que a homofobia é de fato um “câncer” para a população humana, é visível necessidade de demonstrar casos como o de Itaberlly Lozano, 17 anos, gay, emboscado por sua mãe e outros dois jovens, que foram induzidos a cometer o crime.

Nas investigações a polícia aponta que os dois jovens que participaram do crime, espancaram Itaberlly, antes do mesmo ser assassinado pela sua própria mãe. O crime se estende ao padasto, responsável por atear fogo no corpo gélido do jovem. Essa atrocidade aconteceu em dezembro de 2016, em São Paulo.

Patrícia Odinéia Garcia, Lésbica, estava em uma lanchonete com sua namorada e um amigo quando os três foram atacados por uma mulher e dois homens.

Este foi evidentemente um caso de homofobia, visto que os agressores implementavam seus chutes e socos com xingamentos como “sapatão”. A vítima, Patrícia Odinéia, desmaiou durante as agressões e quando recobrou a consciência ainda estava sendo agredida.

Diante da exposição de fatos, percebe-se que a mencionada falta de meios protetivos torna o grupo social mais vulnerável. Destaca-se a inegável necessidade protecionista, visto a abrangência das já comentadas violências, as quais compreendem lesões físicas e psicológicas, nos mais diversos níveis.

O fator omissivo fora levado à debate diversas vezes e, inclusive, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122 – este que trata sobre a criminalização da homofobia - tramitou por 14 anos e teve como resposta parlamentar o arquivamento, destarte, apresentando mais uma vez a omissão do Poder Legislativo sobre o tema em questão.

Esgotadas todas as alternativas para efetivar um amparo legislativo a curto ou médio prazo, foi interposto ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, com o objetivo de obter a declaração do Tribunal sobre a omissão do Estado no que concerne a criminalização da violência em face dos preceitos constitucionais, tratados e acordos de que o Brasil é signatário. Mas, especificamente, que se reconheça a omissão legislativa. No curso da ação foram levantados mandamentos constitucionais, tais como o artigo 3º, inciso IV, lembrando que o Brasil deve punir todas as formas de discriminação, e o artigo 5º, inciso LXI, expondo que a lei punirá qualquer discriminação que atente aos direitos e liberdades fundamentais, demonstrando ainda mais a necessidade de uma intervenção legislativa especial, assim como fora possibilitado aos idosos (Lei do Idoso), à criança e ao adolescente (ECA) e à violência doméstica (Lei Maria da Penha).

Para retificar o que já vem sendo abordado nesta pesquisa (criminalização da homofobia), mister comprovar por meio de dados gráficos as inúmeras vítimas alcançadas pelo preconceito.

De acordo com os dados, acima expostos, o ano de 2017 foi o mais violento apresentando cerca de 445 (quatrocentos e quarenta e cinco) mortes de pessoas integrantes do grupo LGBT. Em comparação ao ano anterior, houve um aumento de 30% (trinta por cento) tanto por assassinato quanto por suicídio. Em 2019, o Estado de São Paulo alcançou o primeiro lugar no ranking brasileiro de homicídios contra a comunidade LGBT, ao passo que o Acre foi o Estado no qual ocorreu a menor quantidade de homicídios LGBT, atingindo um número não superior a 7 (HOMOTRANSFOBIA MATA, 2018).

Não se deve permitir que práticas homofóbicas tomem lugar, uma vez que, a própria Constituição Federal de 1988 defende a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Entende-se, então, que não se trata de uma luta para o convencimento de maiorias, mas sim a busca pela efetivação de direitos no âmbito penal, ora já garantidos pela Lei Maior.

O que sucede na sociedade brasileira, atualmente, é a não aceitação de atos discriminatórios proferida contra as minorias sociais. (ISAAC SABBÁ, 2002).

Deve haver a consciência de que o homicídio é apenas uma das formas de agressão a comunidade LGBT. A FGV⁹, constatou cerca de 13.037 casos de negligência, discriminação, abuso sexual, agressão psicológica, física e verbal, denunciados através do Disque 100¹⁰, pela parcela populacional que se reconhece como homoafetiva, durante os anos de 2011 a 2018.

O poder jurídico não possui a faculdade de modificar as leis, mas tão somente aplicá-las da forma que couber. A Lei somente se adequa as mudanças da sociedade quando há a ocorrência reiterada de fatos, pois é deles que nascem o direito, assim como os romanos diziam, *ex facto oritur jus*¹¹. O Estado estaria falhando e descumprindo, quanto a esta minoria (LGBT), o mandato constitucional imposto àquele que tem o dever de proteção (CELSO MELLO, 2019).

Não há necessidade da implantação de novas tipificações no Código Penal, pois os tipos penais existentes (homicídio, lesão corporal, injúria, estupro, dentre outros) se relacionam com a violência homofóbica. Trata-se, na verdade, da implantação de qualificadoras assim como no caso do feminicídio (artigo 121, § 2º, inciso VI, CP, incluído pela Lei nº 13.104/2015). Esta conjuntura representa oportunidade que o Poder Legislativo possui para agir em prol desta parcela social vulnerável.

Esses fatos são apenas reflexos de uma sociedade dotada de intolerância alimentada pelo próprio poder estatal, uma vez que a diversidade é julgada pela maioria da coletividade como algo extremamente inaceitável, deixando de lado o respeito e o entendimento de que todos são iguais, independentemente de qualquer característica que compõe o indivíduo. Em termos abrangentes, todos são iguais perante a Lei, premissa que consiste também em tratamento igualitário na universalidade de pessoas.

CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E ATUAL ENTENDIMENTO DO STF

Seguindo essa linha de pensamento, não há como falar de criminalização da homofobia sem fundamentar o texto constitucional explícito no artigo 1º, inciso III, que exprime que o Princípio da Dignidade Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O Estado se constitui em função da população, sem acepção de pessoas, e não o contrário. Pouco adiante, ainda na Carta Magna, tem-se o título II, o qual trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, elevando suas normas a um patamar garantista.

9 FGV ou Fundação Getúlio Vargas foi fundada em 1944, com o fito de qualificar pessoas para a administração pública e privada. Neste viés esta associação discute sobre temas como a homofobia.

10 O Disque 100 é um atendimento, que funciona 24 horas. Que tem por objetivo amparar todos aqueles que tem seus direitos humanos violados.

11 *ex facto oritur jus*, significa os fatos originam o direito.

Não há como falar de constitucionalidade sem incitar os princípios fundamentais nela existentes. Como disposto, o Princípio da Dignidade Humana é o pilar da toda a constituição, abrangendo todos os direitos e garantias fundamentais e direitos individuais e coletivos, sendo este último expresso no artigo 5º, caput, CF/88, sejam eles: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Descrevendo de forma diversa, a Dignidade Humana não é apenas um direito, é também um tributo devido a todo ser humano independente de nacionalidade, raça, orientação sexual, cor da pele, idade. A dignidade da pessoa humana é ilimitada, impondo o Estado a obrigação de proteger, respeitar e promover meios que possibilitem uma vida com dignidade.

Outro fundamento encontra-se no Princípio da Igualdade, que é o alicerce da democracia. Como o próprio nome já expressa, não deve haver qualquer sobreposição de direitos. Este princípio é identificado em diversas partes da Constituição Federal, incluindo o seu respectivo preâmbulo, sendo um estruturador de direitos. O que se pretende destacar é o artigo 3º, inciso IV, que manifesta o termo “sem preconceito”, explicitando a igualdade entre todos os indivíduos independente da origem, raça, sexo, cor e idade.

O terceiro elemento basilar para apontar a constitucionalidade da criminalização da homofobia é o Princípio da Liberdade. Todos são livres para poder fazer e ser o que quiserem, sempre respeitando os direitos e liberdade do próximo. O artigo 1º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, em sua redação, determina que “todas as pessoas nascem livres, iguais em dignidade e direitos”. O Brasil, como adotante de tais princípios, tem o dever acabar de vez com qualquer forma de desprezo seja por parte da população ou por parte dos Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo). A pouca representatividade da comunidade LGBT no Congresso Nacional, assim como de negros e mulheres, demonstra um atraso mundial na estruturação política, fato este que consequentemente retarda a elaboração de dispositivos normativos englobantes do grupo foco deste estudo.

A orientação sexual é intrínseca ao ser humano, assim como a cor de sua pele, idade, raça, ou seja, está condicionada ao nascimento, e essas são garantias ora instituídas pela própria Constituição Federal de 1988. É por meio das garantias que o indivíduo se municia para atingir os direitos a ele preservados desde o seu nascimento com vida. A homofobia, assim como, *verbi gratia*¹², o racismo, é uma forma clara de repúdio a diversidade humana.

É necessário a gnose de que o homossexual é ser humano, de modo que qualquer conduta discriminatória cometida, seja ela psicológica, verbal ou física, será sentida. Considerando este raciocínio, a justiça não deve ficar parada diante de tantas perdas por parte da comunidade LGBT. Neste diapasão, a expectativa de atuação por parte do poder público compreende a diminuição de atos lesivos aos ditames já expostos.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) tem como objetivo criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, em função da evidente falta de amparo legislativo e jurisdicional. Na ação, a discussão pairava sobre a suposta mora do Congresso Nacional em legislar sobre a homofobia e a transfobia, questionando-se também

¹² *verbi gratia* é uma palavra derivada do latim, seu significado literal é “pela graça da palavra”. No entanto, analogicamente a locução pode ser traduzida para “como tal”, “por exemplo”.

sobre a possibilidade de aplicação subsidiária da lei que trata sobre o racismo e se haveria a indenização das vítimas até que ocorresse o efetivo amparo legislativo da comunidade LGBT.

Na votação de reconhecimento da omissão legislativa, a maioria dos Ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) percebeu a conduta omissiva do Congresso Nacional por não tipificar os atos cometidos contra o corpo social LGBT.

Noutro giro, ficou decidido por meio dos votos dos Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes que a homofobia seria equiparada ao racismo (Lei nº. 7.716/1989) até que a legislação esteja em todo produzida e vigente.

É importante validar que os princípios da lei do racismo vão além da proteção biológica e fenológica, uma vez que visa proteger parcela específica, a qual encontra-se em situação de fragilidade, tal como ocorre em face da população cerne desta pesquisa.

Lembrando que o Poder Jurídico não pode em momento algum exercer o papel que tão somente pertence ao Congresso Nacional (Poder Legislativo).

INSTITUTOS PENAIIS QUE BENEFICIAM A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O Direito Penal é um conjunto de normas, regras e princípios que norteiam a sociedade, focada no “dever de ser”, pois aqui busca-se a valorização do direito e a proteção do bem jurídico. “O direito penal é uma ciência cultural normativa, valorativa e finalista.” (NORONHA, Edgard. 1998, p. 05)

Esta esfera do direito é um instrumento utilizado para moldar a convivência entre as pessoas. Sua existência é primordial para que haja a guarida de toda a população, principalmente os mais vulneráveis. Sendo assim, entende que se trata de uma garantia, uma vez que sua aplicação é exercida perante aqueles que violem, de qualquer maneira, os direitos garantidos ao cidadão, dentre os quais destacam-se o direito à vida, liberdade, integridade física, patrimônio público, honra, propriedade.

À título ilustrativo, o artigo 121 do Código Penal estabelece que a conduta consistente em matar alguém é proibida. No entanto, esta imposição não é suficiente para tentar impedir o homicídio, é necessário que, além da proibição, haja uma punição. No caso “matar alguém”, tal ato ocasiona uma pena de reclusão, a qual varia de 6 a 30 anos, mediante a avaliação do caso concreto.

Finalmente, adentra-se no instituto do *jus puniendi*, este que consiste no dever do Estado de punir aqueles que ferem a legislação. E qual a relação disso com a criminalização da homofobia? É fazer entender que, o Direito Penal, em sua forma subjetiva, *in abstracto*, é aquele que possui a pretensão de prevenir crimes enquanto aplicador das normas penais. Pois, enquanto em um lado existe o Direito Penal Objetivo, conjunto de normas já criadas e reconhecidas pelo Estado soberano, do outro tem-se o Direito Penal subjetivo este que significa que o Estado possui a função de garantir a proteção do indivíduo pelo intermédio da aplicação de sanção criminal.

Nesta senda, verifica-se a importância da já existência de normas prévias ao acontecimento do quadro-fático, o que permite ao Estado tratar a situação como passível de punição através do

devido processo legal. Tal situação é capaz de gerar conscientização da população, o que atingiria inclusive as pretensões que o Estado tem para com o bem jurídico protegido de interesse coletivo, qual seja, a integridade de seus componentes, os cidadãos.

Ademais, não apenas no campo do Direito Penal, mas também em outras esferas do Direito, é possível vislumbrar a incidência de princípios que decorrem direta ou indiretamente do molde constitucional, onde reside, em gênese, o Estado Social e o Democrático de Direito. (GUSTAVO JUNQUEIRA E PATRÍCIA VANZOLINI, 2019)¹³

Ao estabelecer a criminalização da homofobia, a massa que se intitula LGBT deixa de ser desvalorizada e passa a estar em maior proximidade de igualdade com o resto da sociedade. Tendo este entendimento, é fato que haverá uma mudança no que interessa o respeito, uma vez que os homossexuais, finalmente, estarão sustentados e protegidos pelo Estado, deixando este de ser omissor.

Para todo fim, a criminalização da homofobia é o ponto essencial da evolução do ser humano para o alcançar de uma condição de respeito entre toda a sociedade. É claro que esta evolução social não será fácil, uma vez que a intolerância persegue a humanidade a tempos, nos mais diversos espectros. De todo modo, agora a comunidade não precisará mais se submeter a omissão legislativa podendo valer-se de seus direitos para, enfim, obter a proteção.

CONCLUSÃO

A Criminalização da Homofobia é um marco importante para a comunidade LGBTQIAP+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexual, Assexual, Pansexual e mais), pois é um dos meios que visam garantir uma segurança jurídica e, principalmente, pessoal, como é notório no decorrer deste artigo.

A Constituição contém regras que governam outras leis e a sociedade como um todo. A Carta Magna também estipula os direitos e deveres dos cidadãos. E, devido à aparente falta de apoio legislativo e judicial, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) pretende criminalizar todas as formas de homofobia e comportamento de transgêneros.

Os benefícios de punir a homofobia estão diretamente relacionados às disposições do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, a saber, a promoção do bem-estar de todas as pessoas e às disposições do artigo 5º, inciso XLI, declarou claramente que a lei pune qualquer comportamento discriminatório.

É importante trazer à superfície que a evolução histórica da comunidade LGBTQIAP+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexual, Assexual, Pansexual e mais) foi fundamentada com muita luta para que seus direitos fossem reconhecidos, uma vez que, todos são iguais como dita o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988. E como resultado dessa luta em, 2019 houve, finalmente, a Criminalização da Homofobia, por meio da ADO 26 (Ação de Inconstitucionalidade por Omissão). Com esse feito, a sociedade brasileira deu mais um passo, dessa forma quebrando mais uma vez os parâmetros arcaicos estabelecidos na sociedade.

¹³ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação. 2019. Capítulo 1. Páginas 17-18.

Além disso, para que a finalidade de proteção efetiva a todos seja atingida, independentemente de qualquer diferença, dando ênfase à comunidade LGBTQIAP+, é necessário o amparo dos Poderes que gerem a sociedade (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário).

Resta demonstrado o caminho percorrido até os dias atuais, por vezes espinhosos, mas necessários ao reconhecimento social, o respeito, a disseminação de ideias diversas e possíveis de relacionamento.

O triunfo da criminalização da homofobia é um passo vitorioso para a comunidade, mas ainda há temor no que se refere à maldade humana e, em razão disso, a luta ainda não acabou, pois independente da penalização conquistada, continua a existir muita intolerância no Brasil e no mundo.

Assim, inegável o avanço conquistado diante das intensas lutas travadas. De fato, a criminalização da homofobia é um fruto de tantos outros necessários que estão por vir.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vinícius *et al.* **Corpo achado em canavial em Cravinhos, SP, é de jovem morto pela mãe, diz IML.** G1, Ribeirão e Franca, julho de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/corpo-achado-em-canavial-em-cravinhos-sp-e-de-jovem-morto-pela-mae-diz-impl.ghml>. Acesso em agosto de 2019.

Brasil já registra 141 mortes de LGBT's em 2019; Personalidades se Manifestam nas Redes Sociais. Humanista, Jornalismo e Direitos Humanos, maio de 2019. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/05/17/brasil-ja-registra-141-mortes-de-lgbts-em-2019-personalidades-se-manifestam-nas-redes-socias/>. Acesso em jan. de 2020.

CORDEIRO, Tiago. **Os verdadeiros números sobre a morte de LGBTs no Brasil.** Gazeta do Povo, março de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/os-verdadeiros-numeros-sobre-a-morte-de-lgbts-no-brasil-95bmcp4302gyjdozzpjmiuhyl/>. Acesso em jan. de 2020.

FACCHINI, Regina. **Histórico da Luta de LGBT no Brasil.** Conselho Regional de Psicologia, São Paulo. Disponível em: http://www.crp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx. Acesso em jan. de 2020.

FERRAZ, Thaís. **Conheça a História do Movimento Pelos Direitos LGBT.** Politize, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em jan. de 2020.

FIGARI, Carlos Eduardo. **Somos, Grupo.** Enciclopédia Latino Americana, São Paulo. Disponível em: <http://latinoamericana.wiki.br/verbetes/s/somos-grupo>. Acesso em jan. de 2020.

G1 CE *et al.* **Travesti Dandara foi Apedrejada e Morta a Tiros no Ceará, diz Secretário.** G1, Ceará, março de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/apos-agressao-dandara-foi-morta-com-tiro-diz-secretario-andre-costa.html>. Acesso em jan. de 2020.

G1 SP *et al.* **Justiça decreta prisão temporária de suspeito de matar transexual a pauladas em São Paulo.** G1, São Paulo, maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/07/justica-decreta-prisao-temporaria-de-suspeito-de-matar-transexual-a-pauladas-em-sao-paulo.ghml>. Acesso em jan. de 2020.

HERMANSON, Marcos. **Relatório registra 420 vítimas fatais de discriminação contra LGBTs no Brasil em 2018.** Brasil de Fato, São Paulo, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com>.

br/2019/02/08/relatorio-registra-420-vitimas-fatais-de-discriminacao-contra-lgbts-no-brasil-em-2018/. Acesso em jan. de 2020.

Homofobia: Conceito, Etimologia da Palavra e Consequências do ato. Portal Geledés, junho de 2013. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/homofobia-conceito-etimologia-da-palavra-e-consequencias-do-ato/>. Acesso em jan. de 2020.

MICHELS, Eduardo. **Mortes de LGBT+ no Brasil (2011-2018)**. Homotranfobia Mata. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/homicidios-de-lgbt-no-brasil-em-2018/>. Acesso em jan. de 2020.

OLIVEIRA, Umberto. **LGBT – O que significa a sigla? Origem do termo e LGBTQ+.** Gestão Educacional. Disponível em: <https://www.gestaoeducacional.com.br/lgbt-o-que-significa/>. Acesso em jan. de 2020.

O que significa a sigla LGBTQ+ e quais são as outras siglas utilizadas. Pikas Ads, agosto de 2018. Disponível em: <https://medium.com/@pinkads/o-que-significa-a-sigla-lgbtq-e-quais-s%C3%A3o-as-outras-siglas-utilizadas-e3db6ec5181f>. Acesso em jan. de 2020.

O que é GGB (nossa história). Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>. Acesso em jan. de 2020.

SANCHES, Danielle *et al.* **Dados Públicos sobre Violência Homofóbica no Brasil: 28 anos de Combate ao Preconceito.** FGV DAPP. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>. Acesso em jan. de 2020.

SOUZA, Viviane *et al.* **Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBT.** G1, São Paulo, maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghml>. Acesso em jan. de 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF retoma julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia.** STF, fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>. Acesso em jan. de 2020.

VALENTE, Jonas. **Levantamento Aponta Recorde de Mortes por Homofobia no Brasil em 2017.** Agência Brasil, janeiro de 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>. Acesso em jan. de 2020.

GRÁFICO

Fonte: Gazeta do Povo (2019); Portal EBC (2018); e, UFRGS (2019)

Submetido em: 27/12/2020

Aprovado em: 28/04/2021

UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

AN ANALYSIS OF JURISPRUDENCE REGARDING THE THEORY OF CONSUMER PRODUCTIVE DEVIATION

Jhovana Rocha da Silva¹
Danilo Scramin Alves²
Willian Pollis Mantovani³

RESUMO: Esse artigo trata do posicionamento jurídico quanto a aplicabilidade da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos litígios consumeristas. Apresenta o instituto da responsabilidade civil em *latu senso*, seu conceito, finalidade, modalidades e elementos necessários à responsabilização, a possibilidade jurídica da reparação por novos danos, e a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. Descreve ainda os fundamentos para a aplicabilidade de tal teoria. Demonstra o entendimento jurisprudencial acreano e nacional quanto a possibilidade de o fornecedor ser responsabilizado pela perda de tempo útil do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Desvio Produtivo. Dano Temporal.

ABSTRACT: This article deals with the legal position regarding the applicability of the Consumer Productive Deviation Theory in consumer disputes. It describes the fundamentals for the applicability of the Consumer Productive Deviation Theory. It demonstrates the importance of the consolidated understanding on the topic for the consumer, and presents the predominant understanding in Acre's jurisprudence regarding the possibility of the supplier being held responsible for the consumer's time loss.

KEYWORDS: Consumer Law. Productive Deviation. Temporal Damage.

INTRODUÇÃO

As relações de consumo estão presentes em praticamente todos os atos praticados por um indivíduo inserido na sociedade, as quais passaram por um grande processo de evolução. Inicialmente, as relações de consumo eram realizadas por meio de trocas de produtos, todavia atualmen-

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.

² Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera e em Gastronomia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Analista Processual do Ministério Público do Estado do Acre e Professor do curso de Direito do Centro Universitário Uninorte, de Rio Branco/AC.

³ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Licenciado em História, Letras Português e Sociologia pela Editora e Distribuidora Educacional. Pós-Graduado em Direito Penal e Docência do Ensino Superior pela Faculdade Internacional Signorelli. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Euclides da Cunha. Pós-Graduado em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná. Professor Universitário.

te criou-se um sistema consumerista moderno e amplo, e juntamente com a evolução das relações consumeristas surgiram os conflitos e problemas decorrentes destas relações.

A advocacia consumerista, após trinta anos do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, ainda enfrenta grandes desafios para a garantia dos direitos inerentes às relações de consumo.

As insatisfações dos consumidores com os produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores encontram-se cada vez mais frequentes e, em decorrência da má prestação de serviço, o consumidor acaba tendo que disponibilizar parte de seu tempo útil para solucionar os problemas que, por sua vez, não deveriam existir.

Diante da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor já reconhecida no artigo 4º inciso I do Código de Defesa do Consumidor, das infrutíferas buscas por soluções, e dos transtornos vivenciados e ainda do tempo perdido, o consumidor passou a buscar o Judiciário com a finalidade de ter sua demanda solucionada, bem como ser indenizado pelos transtornos vivenciados, contudo, por muito tempo a resposta foi que tais acontecimentos geravam apenas “mero aborrecimento”.

Em decorrência desse cenário constantemente vivenciado pelo consumidor, o advogado Marcos Dessaune desenvolveu a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, e, de acordo com ela, o tempo útil desperdiçado pelo consumidor em busca de solucionar problemas gerados pela má prestação de serviço deve ser indenizado.

A teoria começou a ser aplicada em casos práticos. Segundo pesquisa realizada pelo próprio jurista, até março de 2018, já haviam sido publicados 1.785 acórdãos mencionando a Teoria do Desvio Produtivo, lavrados por vinte tribunais estaduais (DESSAUNE, 2017).

A metodologia utilizada para execução desta obra científica foi a pesquisa bibliográfica com base em livros, revistas, jornais, teses, dissertações, artigos, sites, legislações e jurisprudências sobre o assunto.

Num primeiro momento, o presente estudo realizou uma breve contextualização histórica da situação de vulnerabilidade do consumidor, então, em seguida, apresenta os fundamentos da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Por fim, foi realizada uma análise do posicionamento jurídico quanto a aplicabilidade do Desvio Produtivo do Consumidor nos litígios consumeristas, afim de encontrar um entendimento predominante e consubstanciado em princípios e legalidade que vem sendo seguido pelos juristas acreanos e brasileiros.

CONTEXTO HISTÓRICO DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A proteção destinada aos consumidores tem origens antigas na história do Direito. Os doutrinadores ressaltam que foi a partir das mudanças ocorridas com as Revoluções Industriais que a necessidade de proteção ao consumidor se intensificou. Isso porque com o invento das máquinas e o aprimoramento da tecnologia a produção ampliou-se, tornando-se possível a fabricação de produtos em série, que reduz os custos e possibilita o fornecimento de produtos a um número maior de pessoas.

Toda essa modernização trouxe também prejuízos, pois os vícios que antes na produção artesanal estavam restritos a único bem, agora, na produção em massa se generalizam e atingem inúmeros produtos, sendo que um número maior de consumidores adquire produtos com problemas.

BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Rizzato Nunes (2015, p. 42) comenta que entre as diversas características do modelo de produção em massa, a que mais se destaca é a produção planejada unilateralmente, pois, no planejamento unilateral, o fabricante cria as opções de escolha para o consumidor, este, por sinal, estará limitado a tal oferta.

E esse não é o único problema dos consumidores nesse modo de produção; segundo Cavalieri Filho (2014, p. 13), a produção em massa cria riscos aos consumidores, pois um único defeito de fabricação pode ocasionar danos para um número indeterminado de pessoas. Tais riscos estão presentes no âmbito consumerista atual, no entanto, bem mais frequentes, já que assim como a demanda, a mão de obra ofertada teve grande crescimento.

Em razão da crescente produção e fornecimento de serviços, deu-se maior evidência à vulnerabilidade do consumidor. No Brasil, os primeiros movimentos visando a defesa do consumidor tiveram início na década de 70. Em maio de 1971, foi apresentado à Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 70-A, que não chegou a ser aprovado, mas que objetivava a criação do Conselho de Defesa do Consumidor.

Tão somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988 a proteção do consumidor alcançou o patamar de direito fundamental, sendo destinado ao Estado o dever de promover a defesa dos consumidores.

Em decorrência disso e do previsto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o legislador ordinário editou o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que foi instituído através da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e tem como principal objetivo proteger o consumidor na relação jurídica de consumo, bem como responsabilizar civilmente os fornecedores que não cumpram com o seu real papel na relação consumerista.

A própria lei em comento traz em seu artigo 2º o conceito de consumidor: “(...) toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; denota-se que consumidor é quem compra, obtém ou usa produtos ou serviços.

Cumprir mencionar que há também os consumidores por equiparação, sendo estes a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, vítimas do evento resultante de produtos ou serviços advindos da relação de consumo.

Ainda de acordo com o CDC, em seu art. 3º, considera-se fornecedor:

“(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Já os produtos e serviços estão conceituados, respectivamente, nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º do CDC, de modo que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, e

serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Após esta breve análise conceitual, conclui-se que toda vez que houver em um dos polos de uma relação jurídica um fornecedor e, no outro, um consumidor, ambos negociando produtos ou serviços, esse vínculo será de consumo e sobre ela incidirá as normas de proteção e defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor inova ao reconhecer que, diferentemente da relação civil que se estabelece entre dois particulares iguais, nas relações de consumo há uma desigualdade entre os participantes, de maneira que de um lado está um indivíduo com conhecimento técnico, buscando auferir lucros com sua atuação no mercado e, do outro, um indivíduo com pouco ou nenhum conhecimento, que busca satisfazer suas necessidades básicas ou supérfluas, e que, por isso, merece proteção.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 13), a finalidade do direito do consumidor é “eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo”.

Nesse viés, o doutrinador Flávio Tartuce (2018, p. 49) considerou a expressão “consumidor vulnerável” como pleonástica, pois os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário, a partir dessa conclusão doutrinária entende-se que, diante da posição desfavorável e dos riscos, o consumidor deve ser cautelado de todas as ações e consequências decorrentes da simples compra de um produto.

Assim, de acordo com Sérgio Cavalieri (2014, p.28), o direito do consumidor tem como objetivo acabar com a desigualdade entre o consumidor e fornecedor, bem com estabelecer um equilíbrio entre as partes de uma relação consumerista.

PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A RELAÇÃO DE CONSUMO

Assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro, as relações de consumo também possuem princípios basilares. Assim, o art. 4º do CDC elencou princípios que devem ser observados no âmbito consumerista, deste modo, torna-se viável explicitá-los.

O princípio da vulnerabilidade, como fora elencado anteriormente, reconhece a fragilidade do consumidor na relação de consumo, tendo relação direta com a aplicação de todo CDC, uma vez que tal norma busca combater o abuso e equiparar a parte mais fraca na relação de consumo. O referido prisma de apresenta como específico à relação de consumo e um dos principais responsáveis pela proteção do consumidor.

Deve-se ainda esclarecer que a vulnerabilidade do consumidor se distingue da hipossuficiência, uma vez que a hipossuficiência não está presente em todas as relações de consumo, sendo uma característica pessoal de relações específicas, não de todos os consumidores; já a vulnerabilidade, em decorrência da disposição legal sobre a matéria, deve ser observada em todas as relações consumeristas. Além disso, a hipossuficiência é uma fragilidade processual do consumidor, enquanto a vulnerabilidade é uma deficiência material.

Já o princípio da intervenção estatal advém diretamente da Constituição Federal, mostra-se então como prisma geral, uma vez que ela determina em seu no artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170 que é dever do Estado promover a defesa do consumidor. De acordo com este princípio, há a obrigação do Estado em atuar diretamente nas relações entre consumidor e fornecedor, protegendo aquele. O objetivo principal desta atuação é a garantia de que os interesses consumeristas sejam respeitados.

Em virtude deste dever estatal, pode-se constatar diversas atuações governamentais na promoção da defesa do consumidor, dentre elas podemos citar a criação do Código de Defesa do Consumidor, as atualizações legislativas no âmbito do direito do consumidor, a ampla publicidade sobre as normativas consumeristas, dentre tantas outras.

O CDC busca igualdade substancial entre os agentes de ambos os polos da relação de consumo. Neste sentido, a relação também é regida à luz do princípio do equilíbrio, onde o magistrado deve interpretar as normas consumeristas buscando sempre estabelecer a igualdade entre as partes. Cumpre esclarecer que esse equilíbrio se dá através da equidade.

Assim como toda relação jurídica, nas relações de consumo as partes devem se pautar nos princípios da boa-fé, cooperação e lealdade, obstando que haja abusos no mercado, e que os interesses individuais se sobreponham aos interesses coletivos. Embora sejam princípios de natureza geral no âmbito jurídico, possuem aplicação relevante no cenário consumerista.

Deve-se elencar ainda o princípio da informação que está implicitamente disposto no artigo 4º, inciso IV do CDC, vez que regulamenta o esclarecimento dos direitos e deveres, com o fim de resguardar a harmonia na relação de consumo. Específico à relação de consumo, o prisma valoriza a informação clara e precisa ao consumidor que, independentemente da sua instrução escolar, deve compreender o produto ou o serviço que está adquirindo e suas nuances.

A garantia de adequação também está no rol dos princípios elencados pelo CDC e está intimamente relacionada com a adequação dos produtos e serviços à segurança e à qualidade, pois é o objetivo do sistema de proteção do consumidor, respeitando seus interesses econômicos e visando a melhoria da qualidade de vida.

Por último, mas não menos importante, deve-se citar o princípio do acesso à justiça, o qual encontra-se revisto no artigo 6º, incisos VII e VIII do CDC, de caráter geral e relevante, defende a garantia de que todos tenham acesso à justiça para buscar perante o Estado a tutela de direitos que foram ou possam ser violados.

DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Maria Helena Diniz (2010, p. 34) conceitua a responsabilidade civil como um dever imposto ao indivíduo de reparar os prejuízos causados a terceiro em razão de sua ação ou omissão, a qual executou direta ou indiretamente ou, ainda, a conduta de alguém por quem responde.

Cumpre esclarecer que não são todos os prejuízos sofridos pelo terceiro que serão reparados. São passíveis de reparação tão somente aqueles prejuízos resultantes da ofensa a um bem jurídico protegido por lei, seja essa proteção expressamente reproduzida no texto legal ou de forma implícita, decorrente de princípios constitucionais e legais.

Somente resta configurada a obrigação de reparar quando a conduta praticada pelo agente ofensor acarretar um prejuízo decorrente da ofensa a um bem tutelado pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, verifica-se que há elementos basilares para a caracterização da obrigação de reparar, além da conduta e dano, que foram elencados anteriormente. Para que seja imposto o dever de reparação, é necessário ainda a presença de nexo causal ou nexo de causalidade que consiste no elo de ligação entre a conduta e o dano, assim sendo, somente é passível de responsabilização civil se restar caracterizado que a ação do agente foi a responsável por causar o dano.

Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 23) esclarece que ato ilícito apresenta um duplo aspecto: culpabilidade do agente ou aspecto subjetivo e antijuridicidade da conduta ou aspecto objetivo. O autor concluiu que o ato ilícito é o ato gerador da obrigação de indenizar, de modo a ser essencial para a configuração da responsabilidade civil. Deste modo, só há responsabilidade subjetiva se houver a prática de um ato ilícito.

Segundo o caráter objetivo, a ilicitude é considerada apenas quanto há desconformidade da conduta com a norma estabelecida. Nesse aspecto, o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, sua desconformidade com o direito.

Já o caráter subjetivo versa que a ilicitude leva em consideração, além da antijuridicidade, a culpabilidade do agente. O aspecto subjetivo da ilicitude faz um juízo de valor sobre a conduta do agente, buscando verificar se o indivíduo agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

Nem sempre a culpa do agente (voluntariedade da conduta, negligência ou imprudência) será necessária para a imposição da responsabilidade civil. Em alguns casos, a culpa será dispensada, conforme dispõe o art. 927, parágrafo único do Código Civil. A norma estabelece a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva no direito brasileiro.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2014, 239), as revoluções industriais e do desenvolvimento das tecnologias estimularam o legislador para a criação de um novo sistema de responsabilização para as relações de consumo, uma vez que a modalidade de responsabilidade civil utilizada até então (responsabilidade subjetiva) era insuficiente para proteger o consumidor.

A comprovação da culpa advinda do fornecedor constituía-se em enorme barreira para a reparação dos danos causados aos consumidores, uma vez que muitos dos danos não eram decorrentes de condutas dolosas ou culposas praticadas pelos fornecedores e, mesmo quando o eram, o consumidor restava na maioria das vezes prejudicado, pois era incumbido do ônus probatório e não possuía meios de provar a culpa do fornecedor, para então ter direito a reparação dos danos (PEREIRA, 2016, p. 55).

A teoria da responsabilidade objetiva foi adotada pelo direito brasileiro em casos específicos, subsistindo ao lado da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa. A responsabilidade objetiva abandona a ideia da culpa do agente e se funda na noção de risco da atividade.

Com base na teoria do risco, aquele que exerce uma atividade empresarial deve assumir os riscos do seu negócio e reparar os danos dele decorrente, independentemente de ter ou não agido com culpa. Nessa forma de responsabilidade civil, a culpa não é necessária para a imposição do dever de indenizar, tampouco será necessária a prática do ato ilícito. Basta para a responsabilidade objetiva que exista a conduta, o dano e a relação de causalidade entre eles.

Essa forma de responsabilidade é aplicada, em exceção à regra que é a responsabilidade subjetiva, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano for de risco ou quando a própria lei determinar que ela deva ser aplicada.

Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor inova ao reconhecer que, nas relações de consumo há uma desigualdade entre fornecedor e consumidor. Portanto, a norma consumerista asseverou a responsabilidade objetiva como a regra jurídica a ser observada nas relações de consumo, enquanto a subjetiva tornou-se a via excepcional. Nota-se então uma inversão em relação ao previsto no Código Civil.

Além dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, a jurisprudência e a doutrina em alguns casos específicos, vêm admitindo a tutela de novos interesses, não previstos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo decorrentes dos princípios e das normas gerais que regem o direito pátrio.

Cumprir mencionar que a contrário senso da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu de forma taxativa os interesses merecedores de tutela, limitando-se a estabelecer no art. 6º, VI, uma cláusula geral de ressarcimento de danos.

Nesse sentido, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor não restringe os direitos dos consumidores apenas àqueles que encontram previsão expressa na legislação, assegurando outros direitos que, embora não estejam expressamente previstos na lei, são decorrentes dos princípios gerais do direito.

TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Com as mudanças de hábitos sociais, inclusive econômicos, vem se detectando que a importância do tempo atingiu um patamar jamais imaginado, onde a frase popular “tempo é dinheiro”, criada a partir de uma conclusão do físico Benjamin Franklin (1706 a 1790), pode ser aplicada perfeitamente na sociedade atual.

O tempo tornou-se um recurso escasso, finito, e de grande importância para todos, passando a adquirir um valor capaz de extrapolar sua dimensão econômica. O poeta Cazuza, bem dizia: “o tempo não para”.

Na lição de Bodil Jönsson (2015, p. 102), “o tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo”. Neste viés, nota-se que a maior preciosidade humana é o tempo, sendo assim, nada mais justo do que este ser utilizado de forma mais proveitosa ao possuidor, não sendo admissível que esta riqueza possa ser objeto de usurpação e desperdício.

No ordenamento jurídico brasileiro, o “tempo” é fundamental para o direito, pois se precisa dele para tudo, dia e hora marcados para audiências, prazos recursais, prescricionais, decadenciais, ou seja, o indivíduo no âmbito jurídico não pode desperdiçar seu tempo (PRATES, 2018).

Em decorrência disso, o advogado Marcos Dessaune (2011) aborda a inexistência no ordenamento jurídico de uma norma expressa que considera o tempo um bem jurídico, para que assim possa ser objeto indenizável, razão pela qual, ainda segundo o referido autor, poderia inviabilizar a aplicação da sua teoria, tendo em vista o atual contexto normativo, ele denominou de “desvio produtivo do consumidor indenizável” (DESSAUNE, 2011, p. 129).

Como dito, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor foi desenvolvida pelo advogado Marcos Dessaune em sua obra “Desvio Produtivo do Consumidor”, lançada no ano de 2011. Tal teoria parte da premissa de responsabilizar o fornecedor pelo tempo gasto pelo consumidor em busca de solucionar problemas criados pela má prestação de serviços oferecidos.

Segundo essa teoria, ocorre o desvio produtivo quando, diante de uma situação de mau atendimento ocasionada pelo fornecedor, o consumidor precisa dispor de seu tempo e deixar de realizar uma atividade essencial ou de sua preferência para buscar resolver um problema criado pelo fornecedor. Neste contexto, há um gasto de tempo indesejado e de natureza irrecuperável.

Os consumidores de todo o país enfrentam diariamente constrangimentos que exigem muito além da paciência, por muitas vezes um dispêndio enorme de tempo na busca de resolver demanda, que por vezes revelam o descaso com que o fornecedor trata os consumidores e as leis consumeristas.

O autor Dessaune (2011) discorre que o tempo é o principal recurso produtivo da pessoa, uma vez que através dele se adquire o capital (dinheiro), sendo passível de utilização para satisfazer as demais necessidades do indivíduo, sendo o tempo também responsável por proporcionar o desenvolvimento das competências da pessoa.

Ainda, segundo o autor, o tempo, enquanto bem de grande valor, caracteriza-se por ser finito e não passível de ser armazenado, pois uma vez passado, não retorna. Vale destacar que além do tempo, outros recursos produtivos do consumidor são afetados pelas situações de mau atendimento, como as competências das pessoas, formadas pelo conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes adquiridas ao longo da vida. Essas competências são protegidas pela Constituição da República Federativa do Brasil através da conjugação do direito à educação com seus semelhantes.

A partir dessas considerações, o autor conclui que, ao descumprir sua missão e cometer ato ilícito, o fornecedor subtrai o tempo do consumidor, bem valioso da pessoa, e compromete o desenvolvimento das competências asseguradas constitucionalmente.

Para Dessaune (2011), o fato gerador da indenização não se diz respeito à destinação do tempo desperdiçado, uma vez que está sendo tirado do consumidor o seu livre arbítrio de destinação do seu tempo. Pois ao buscar um fornecedor/prestador de serviços, ele pretende receber como objeto de consumo produtos/serviços de excelência, suprimindo assim a sua necessidade motivadora da aquisição, logo, o consumidor não está preparado para ao invés de ter suas necessidades supridas, ter problemas ocasionados. A atual conjuntura da sociedade considera que o tempo é um bem muito valioso, em que as vinte e quatro horas não são suficientes para atender uma agenda de inúmeros afazeres.

Todavia, por muitas vezes, esse tempo tende a ser reservado para solucionar problemas, que, por sua vez, sequer deveriam existir, como são as perdas de tempo oriundas da relação de consumo, onde o consumidor busca o fornecedor para adquirir produtos e serviços que solucionem seus problemas e não que os gerem.

Comumente, os consumidores são expostos a adversidades e situações desconfortáveis geradas por fornecedores, e para solucioná-las necessitam utilizar de tempo, que poderia ser direcionado a outras atividades, bem mais importantes e atrativas. Todos os dias esse cenário está presente nos noticiários.

Perda de tempo em filas quilométricas em estabelecimentos bancários e horas em uma ligação no serviço de atendimento ao consumidor - SAC são exemplos claros e vivenciados por muitos. O Programa de Proteção e Defesa do Consumidor no Acre - PROCON/AC registou 18.730 atendimentos (PROCON, 2016) à sociedade acreana, obrigando cada consumidor ceder irremediavelmente parte de seu tempo para resolver conflitos criados por fornecedores de produtos ou prestadores de serviços.

O Instituto de Proteção e Defesa do Consumidor do Acre (Procon/AC), além de oferecer os seus canais de comunicação, orienta a utilização da plataforma online consumidor.gov.br. Trata-se do site oficial do governo federal para atender as reclamações de consumo, intermediando o contato direto entre consumidores e fornecedores. O serviço também está disponível por meio de aplicativo, onde o consumidor pode baixá-lo na App Store ou na Google Play.

Segundo a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, responsável pelo consumidor.gov.br, no ano passado, 99% das reclamações cadastradas foram respondidas e cerca de 81% dos problemas resolvidos. Companhias aéreas, bancos, distribuidoras de energia elétrica, empresas de telefonia entre outras corporações estão cadastradas na plataforma, no total de 691 empresas.

Os conflitos por má prestação de serviços, quando não solucionados na esfera administrativa, acabam por originar demandas no Poder Judiciário em que se buscará a solução do seu problema inicial, bem como ser indenizado pelo seu tempo gasto, responsabilizando assim aquele que deu causa por tal perda.

Como exposto anteriormente, a responsabilidade civil aplicada no âmbito das relações de consumo é a de caráter objetivo, tendo o fornecedor o dever de reparar os prejuízos causados aos consumidores, independentemente de ter agido ou não com culpa, bastando que se façam presentes os seguintes elementos: conduta, nexo causal e dano.

Para a configuração da responsabilidade pela perda de tempo do consumidor, a conduta causadora do dano seria aquela efetuada pelo fornecedor e que demonstra descaso com os direitos do consumidor e com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo não obedecer prazos de troca e reparos previstos para vícios e defeitos em produtos, as normas de regulamentação do Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC, o tempo limite previsto na legislação para atendimento bancário, bem como afronta a boa-fé objetiva.

Já o dano decorreria da lesão a um bem protegido juridicamente, trazendo para a esfera do dano temporal, a sua proteção advém da importância que tem o tempo na vida das pessoas, representando o próprio transcurso da vida e também das normas de proteção ao consumidor, que por vezes impõe prazo para que as obrigações do fornecedor de reparar o consumidor sejam adimplidas, bem como do princípio da vulnerabilidade.

O tempo está presente em todo o ordenamento jurídico e dá origem a outros direitos fundamentais, de modo que ele não pode ser subtraído do indivíduo, sob pena de comprometer a realização de tais direitos.

Estando presente na relação o dano e a conduta, deve-se estabelecer um elo entre eles para que então haja a responsabilização civil. Desta maneira, havendo ligação entre a ação ou omissão

do fornecedor e a perda de tempo enfrentada pelo consumidor, os tribunais vêm entendendo que subsiste a responsabilidade de reparar o dano causado.

Apesar de sustentar a teoria, Dessaune (2011, p. 114) esclarece que o tempo não é reconhecido constitucionalmente como um bem jurídico merecedor de tutela. O autor sustenta que, diante do princípio da legalidade, embora as situações de desvio produtivo usurpem um recurso precioso, não há como obrigar o fornecedor a reparar o dano causado, pois o fornecedor não pode ser obrigado a reparar um dano a um bem não tutelado juridicamente.

Em consideração ao princípio acima citado, o autor, em sua obra, sugere a inclusão, por meio de emenda constitucional, de um dispositivo que tutele o tempo como bem jurídico, para que a partir daí o desvio produtivo do consumidor passe a ser passível de indenização (DESSAUNE, 2011, p. 136).

No ano de 2014, o Deputado Federal Carlos Souza propôs o Projeto de Lei nº 7.356/2014, o qual acrescentava um parágrafo único ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando a regulamentação da indenização a título de danos morais em razão do tempo perdido, e passaria a garantir como direito dos consumidores a reparação do tempo gasto para resolver problemas, de modo que fosse constituído um direito expresso, não dependendo apenas de entendimentos judiciais individuais. Tal projeto de lei abordava parâmetros para a quantificação do dano extrapatrimonial através do tempo perdido.

Na justificativa do projeto, o legislador discorreu que, na sociedade, são poucos os consumidores lesados que buscam a reparação pelas lesões sofridas, sendo que os demais suportam o ônus dos prejuízos causados, colaborando assim para a continuidade das condutas lesivas perpetradas pelos fornecedores.

O parlamentar acreditava que, ao reconhecer o tempo gasto na solução dos problemas de consumo como forma de majorar as indenizações por danos morais, estaria fortalecendo a proteção do consumidor através da reparação integral dos danos e desestimulando as condutas dos fornecedores tendentes a violar as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, o projeto de lei foi arquivado em 31 de janeiro de 2015, em razão do disposto no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que dispõe que, ao fim da legislatura, serão arquivadas todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara Federal.

A proposta apresentada no projeto de lei, embora também buscasse tutelar tempo do consumidor, era um tanto quanto diferente da teoria elaborada pelo Advogado Marcos Dessaune; vez que, segundo o advogado, o dano decorrente do desvio produtivo seria uma modalidade autônoma de dano, já para o legislador, o dano seria uma espécie do dano moral.

Contudo, ambos com objetivo de reconhecer o tempo como fato gerador de indenização pelo seu desvio produtivo.

UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR PELOS TRIBUNAIS

Apesar do regime jurídico brasileiro adotar o Sistema *Civil Law*, onde a lei é fonte imediata do ordenamento jurídico; no Brasil, ocorrem relativizações quanto a aplicação do Sistema

Common Law, onde os julgados são utilizados como precedentes acerca do tema, como se pode observar nos casos de incidente de resolução demanda repetitivas, súmulas e acórdãos; nestes casos, busca-se a prevalência da uniformidade das decisões na aplicabilidade da lei.

A jurisprudência é uma fonte jurídica do direito brasileiro, aparecendo por muitas vezes em trechos de fundamentação das decisões proferidas em tribunais, servindo assim de parâmetro para a aplicabilidade da legislação brasileira. No entanto, é importante destacar que o entendimento jurídico quanto a um tema é consolidado de acordo com o contexto social vivenciado no país, assim, é passível de constantes alterações a cada momento de mudança na sociedade.

Por meio do princípio da intervenção estatal e do equilíbrio, o Judiciário está autorizado a intervir nas relações de consumo, quando em decorrência da vulnerabilidade do consumidor for provocado o desequilíbrio, ou quando for constatada a violação das normas ou princípios de proteção, buscando regularizar a situação, a fim de garantir o efetivo cumprimento dos direitos.

Nesse contexto, sendo a perda de tempo útil do consumidor uma expressão de sua vulnerabilidade e decorrendo da violação das normas presentes na legislação consumerista e do princípio da boa-fé objetiva, está o Estado autorizado a intervir na relação de consumo, buscando regular essas situações, a fim de evitar prejuízos e promover o equilíbrio dessa relação.

Apesar da teoria, aqui estudada, ter sido desenvolvida em 2011, por muitos anos não foi aplicada ou reconhecida pelo Judiciário, seja pelo fato do dano temporal ainda não ser reconhecido legalmente, seja pela aplicabilidade do mero aborrecimento como entendimento firmado sobre o tema.

Nos últimos anos, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor começou a ser aplicada de forma esporádica em alguns tribunais, contudo, no ano de 2017, passou a aparecer nos enunciados do Superior Tribunal de Justiça – STJ. De acordo com Dessaune (2011), até março de 2018, já haviam sido publicados 1.785 acórdãos, sendo estes proferidos por vinte tribunais estaduais (CREPALDI, 2018).

O magistrado, através do seu poder discricionário, contudo limitado ao ordenamento jurídico, vem aplicando seu juízo de valor ao caso concreto, trazendo para o cenário a aplicação da teoria. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem reconhecendo em suas decisões a aplicação de forma objetiva, bastando a demonstração de que o tempo médio adequado para a solução de uma demanda seja extrapolado para que então haja o dever de indenizar.

Apesar de nos últimos anos, em alguns tribunais como o do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro possuírem jurisprudência estável a respeito da aplicabilidade da teoria, os demais Estados brasileiros ainda não possuem uma harmonia de entendimento.

A jurisprudência brasileira através da realização de novas analogias e interpretações vem desenvolvendo a possibilidade de se reconhecer dano moral coletivo nas situações em que inúmeros consumidores são submetidos à perda de seu tempo produtivo.

Em decisão do tribunal carioca (Apelação, 2018) foi arbitrada a compensação do montante de R\$ 3.500,00 a título de danos morais pelo fato de o consumidor ter procurado por inúmeras vezes o fornecedor na busca da solução do problema na via extrajudicial, desde modo, o consumidor não precisou elencar que deixou de praticar alguma tarefa em decorrência do tempo utilizado na busca da solução da demanda.

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Acre (Apelação, 2015), para aplicação da teoria, não basta que haja um dispêndio de tempo para a configuração da responsabilização pelo desvio produtivo, devendo o consumidor comprovar que foi privado do convívio familiar ou qualquer outra situação que indique uma gravidade capaz de gerar o dever de indenizar.

Contudo, ainda no Estado do Acre, em outra decisão (Recurso Inominado, 2019) o tempo por si só foi considerado suficiente para ensejar o dever de indenizar. O magistrado afirmou que o fornecedor deve ofertar seus serviços de modo que não interfira na maneira que o consumidor irá dispor de seu tempo, seja com lazer ou estudo. Afirmou também que o fato do consumidor ter que aguardar por tempo além do prazo razoável para atendimento afeta o uso do tempo para o meio produtivo e causa abalo de ordem extrapatrimonial.

A abrangência da aplicabilidade da tese vem crescendo, de modo que os tribunais de todas as regiões brasileiras já utilizam como fundamentação tal teoria, contudo as inovações na jurisprudência não param e somente com o decurso do tempo será sedimentada.

Apesar da tese ter sido desenvolvida tendo como objetivo crucial a proteção ao tempo do consumidor, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (Apelação, 2018) fundamentou em uma decisão que as normas não estão vinculadas a campo específico de atuação e devem ser analisadas “dentro de uma ideia de complementariedade” e, diante disso, aplicou a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em um caso concreto no âmbito de administração pública; no caso em questão, a demanda foi oriunda de erro advindo de procedimento de cobrança indevida de IPVA.

O Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial, 2017) também chegou a realizar a aplicação do desvio produtivo do consumidor como dano moral de ordem coletiva. O caso concreto versava sobre uma ação coletiva de consumo onde os consumidores buscavam a condenação de uma instituição bancária na obrigação de cumprimento das normas quanto ao tempo de atendimento, bem como o oferecimento de estrutura física adequada e, ainda, indenização de cunho moral.

A relatora em seu voto discorreu que o tempo útil e seu máximo aproveitamento são interesses coletivos, subjacentes aos deveres da qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que são atribuídos aos fornecedores de produtos e serviços e à função social da atividade produtiva.

Para ela, a proteção à perda do tempo útil do consumidor deve ser realizada sob a vertente coletiva, a qual, por possuir finalidades precípua de sanção, inibição e reparação indireta, permite que seja aplicada a teoria do desvio produtivo do consumidor e a responsabilidade civil pela perda do tempo.

Apesar de existirem interesses mercedores de tutela expressamente previstos no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, a ausência de previsão de um determinado interesse não indica a impossibilidade de seu reconhecimento como interesse jurídico e de sua tutela, garantindo-se a reparação cabível caso seja violado (PEREIRA, 2016, p. 54).

A jurisprudência tem aplicado a teoria do desvio produtivo do consumidor mesmo sem a previsão expressa de proteção ao tempo, valendo-se para isso da interpretação dos princípios constitucionais e legais.

Dessa forma, tem-se a possibilidade do surgimento e do reconhecimento de novos danos tuteláveis nas relações consumeristas, desde que decorram da interpretação dos princípios e normas que fundamentam o direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que os posicionamentos quanto aos desconfortos ocasionados por fornecedores até pouco tempo atrás eram analisados pela proporção do dano, onde deveria ser provado de forma clara as perdas provocadas pela má prestação de serviço, no final de tal análise poderia classificar a situação apenas como “mero aborrecimento”, não sendo assim, passível de indenização ao consumidor.

No entanto, os juristas brasileiros estão passando a analisar a questão considerando a responsabilidade objetiva do fornecedor estabelecida pela Lei 8.088/90, bem como a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor desenvolvida pelo advogado Marcos Dessaune e, ainda, a Teoria do Risco da Atividade, de modo a concluir que o tempo do consumidor utilizado para resolver problemas criados por erros do fornecedor é passível de indenização.

A advocacia deve ser ativa na defesa dos direitos do consumidor e, sempre que possível, lançar a defesa de novas teses jurídicas que preservem ainda mais tais diretrizes, tal como a teoria do desvio produtivo.

Chega-se à conclusão de que a introdução do tempo como bem jurídico protegido caminha a passos temporais e jurídicos de se tornar expressamente consagrado no ordenamento jurídico. Porém, sem prejuízo do devido caminhar, inúmeras decisões judiciais reconhecem que seu desvio ou perda configuram o dever indenizatório, como proteção ao consumidor.

A evolução da realidade humana no tocante a importância dada ao tempo, juntamente com as eventuais aplicações da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, o tempo humano, no entendimento crescente no âmbito judiciário brasileiro, passa a ser valorado tornando-se passível de indenização. Cria-se um cenário aberto com grandes tendências a modificações acerca do assunto, necessitando de ponderações claras e concisas sobre a valoração do tempo humano.

Eis que a jurisprudência está em um período de construção, havendo a possibilidade de modificação quanto ao posicionamento jurídico a respeito da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, podendo ser consolidado o entendimento no sentido de o tempo útil do consumidor ser passível de indenização, entendimento este que seria primordial para o consumidor, pois estando em posição de vulnerabilidade em relação ao fornecedor, fica constantemente exposto a perdas indevidas, com seu tempo sendo usurpado de forma banal pelo fornecedor.

Portanto, ainda que o tempo não possua amparo expresso no ordenamento jurídico, faz-se o uso de analogias e aplicação dos prismas fundamentais de forma a acolher e proteger o consumidor que tem seu tempo desviado ou perdido em razão da conduta ilícita de fornecedores.

REFERÊNCIAS

Administração de Tempo - “Tempo é dinheiro”, diz a famosa frase de Benjamin Franklin. Disponível https://www.maxpress.com.br/Conteudo/1,699100,Administracao_de_Tempo_-_Tempo_e_dinheiro_diz_a_famosa_frase_de_Benjamin_Franklin,699100,8.htm Acesso em: 21 de mar de 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

BRASIL, **Constituição da República**, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de mar de 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 21 de mar de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**, cit. p. 3.

CAZUZA. **O Tempo não Para**. Direção artística: Ezequiel Neves, Nilo Romero: Rio de Janeiro: Universal Music, 1988. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/cazuza/45005/>. Acesso em: 20. Mar. 2020.

CREPALDI, Thiago. **Precedentes Superiores: STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**. 01/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>. Acesso em: 01 de mar. 2020.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. VII, n. 28, Dezembro 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/116703/teoria_aprofundada_desvio_dessaune.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 295.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Poder de legislar: papel da jurisprudência precisa de mais debate científico**. Consultor Jurídico, 23 de maio de 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mai-23/gustavo-garcia-papel-jurisprudencia-debate#_ftn2_7106. Acesso em: 22 de mar. 2020.

MELLO, Tamila Cavaler Pessoa de. **A responsabilidade civil pela perda de tempo útil: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor**. 2013. 93 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/115004/MONOGRAFIA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 41.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

PEREIRA, Jessica. **A responsabilidade civil pela perda de tempo útil do consumidor**. 2015. 105 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Mato Grosso, Disponível em: <http://www.direitocivilcontemporaneo.com/wp-content/uploads/2016/05/PEREIRA-Jessica.-A-responsabilidade-civil-pela-perda-de-tempo-útil-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

PROCON/Acre. **Cadastro de reclamações fundamentadas do ano de 2015**. 2016. Disponível em: http://www.procon.ac.gov.br/wps/wcm/connect/4d2993804c07f552817e81d21cad86e7/CADASTRO_RECLAMA%C3%87%C3%95ES_FUNDAMENTADAS_2015.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 20. Mar. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458-SP** (2018/0054868-o). Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A.. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Data do Julgamento: 02/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-bellizze-teoria-desvio.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.241.259-SP** (2018/0022875-2). Agravante: Heko Iuvaskima Garcia, Renault do Brasil S/A, Ville Rio Preto Comercio de Veiculos e Pecas Ltda. Agravado: Os Mesmos. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data do Julgamento: 07/03/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-stj-min-antonio-carlos-ferreira.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Recuso Especial 1737412 SE 2017/0067071-8**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Data de Julgamento: 05/02/2019, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673844404/recurso-especial-resp-1737412-se-2017-0067071-8/inteiro-teor-673844419?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 out. 2020.

Tribunal de Justiça do Acre. **Apelação nº 07047325420158010001**, Relator: Juiz de Direito Marcelo Coelho de Carvalho, Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 23/06/2017. Disponível em: https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=010009B950000&processo.foro=1&uuidCaptcha=sajcaptcha_988bc824ddfi46679ce19abc14fabf87. Acesso em: 20 set. 2020.

Tribunal de Justiça do Acre. **Recuso Inominado nº 0604888-16.2018.8.01.0070** Relator: Juiz de Direito Maha Kouzi Manasfi e Manasf, Primeira Turma Recusal, Data de Julgamento: 25/09/2019. https://esaj.tjac.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1Y00085QBo000&processo.foro=70&uuidCaptcha=sajcaptcha_2f9db81ff74948bfb174e30d99e71d58. Acesso em: 22 out. 2019.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 00239394820188190042**, Relator: Des(a). José Carlos Paes, Décima Quarta Câmara Cível, data de Julgamento: 31/07/2019, Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B7975952FF1DB95835FE2696B4610722C50A55050747&USER=>. Acesso em: 20 set. 2019.

Submetido em: 27/12/2020

Aprovado em: 28/04/2021

A SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE SUBJECTION OF HEALTH PLAN ADMINISTRATION TO THE TAX ON SERVICES OF ANY NATURE - ISSQN FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Luciano Oliveira de Melo¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo mostrar a viabilidade de sujeição das empresas administradoras de planos de saúde ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, em razão da natureza jurídica dos contratos de planos de saúde definidos na Lei nº 9.656/98 – LPS, de maneira a afastar a exegese securitária de tais contratos, e seus fluxos na relação jurídico-tributária do imposto municipal à luz do recente precedente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 651.703/PR. Foi utilizado como método de pesquisa a análise doutrinária e jurisprudencial, havendo breve relato histórico acerca da evolução do regime jurídico dos contratos de plano de saúde e investigação sobre o conceito de prestação de serviço como obrigação de fazer na atividade das empresas que realizam a administração de planos de saúde. Assim, conclui-se possuir a Suprema Corte interpretação que afasta a natureza securitária dos contratos de planos de saúde, de modo a se harmonizar ao regime jurídico estampado na lei de regência, rendendo ensejo à tributação pelo ISSQN.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de planos de saúde. Obrigação de fazer. Incidência do ISSQN.

ABSTRACT: This paper aims to show the viability of subjecting health insurance companies to the Tax on Services of Any Nature - ISSQN, due to the juridical nature of health plan contracts defined in Law No. 9,656 / 98 - LPS, in reason of order to remove the insurance exegesis of such contracts, and their inflows in the legal-tax relation of the municipal tax having as a source the recent precedent of the Supreme Federal Court in Extraordinary Appeal No. 651.703 / PR. Doctrinal and jurisprudential analysis was used as a research method, It also contains a brief historical report on the evolution of the legal regime of health plan contracts and research on the concept of service provision as an obligation to effectuate the activity of companies that perform the administration health insurance. In this way, it is concluded that the Supreme Court has an interpretation that removes the insurance nature of health insurance contracts to harmonize with the juridical regime stipulated in the law of conduct, yielding to taxation ISSQN.

KEYWORDS: Health insurance contracts. Obligation to do. Incidence of ISSQN.

¹ Pós-graduado em Direito Constitucional (UNIDERP). Graduado em Direito (UCDB). Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a viabilidade da incidência do ISSQN em relação às administradoras de planos de saúde, com enfoque na identificação da natureza jurídica dos contratos regidos pela Lei nº 9.656/98, notadamente pela exegese conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 651.703/PR (BRASIL, 2016).

Inicialmente, traça-se breve histórico da evolução normativa a reger os contratos de planos de saúde, o mutualismo como base da relação contratual e seus reflexos na relação jurídico-tributária do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Na esteira desse raciocínio buscou-se, num primeiro momento, investigar a natureza dos planos de saúde caracterizados por contratos de obrigação de fazer, diferenciando-a do jaez securitário.

Sob tal perspectiva intentou-se, num segundo momento, analisar os contornos da incidência do ISSQN às administradoras de planos de saúde, a partir da razão de decidir contida no RE 651.703/PR do Supremo Tribunal Federal.

CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: BREVE HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA

CONCEITUAÇÃO: LEI DOS PLANOS DE SAÚDE, CARACTERÍSTICAS E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PRETÉRITA

O regime jurídico regente dos contratos de planos de saúde composto pela Lei nº 9.656/98 (modificada pelas Leis nº 9.961/2000 e 10.185/2001) apresenta norma geral que foi aperfeiçoada paulatinamente com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e a exigência de especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde.

Em linhas gerais, conceitua-se o contrato de plano de saúde como aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante de outrem, o consumidor final, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, por meio da prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, pelo reembolso das despesas efetuadas ou pelo pagamento direto ao prestador dos referidos serviços. Cuida-se, pois, de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando de regra o seu destinatário ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas (SAMPAIO, 2010).

O negócio jurídico em comento ganhou relevo nas últimas décadas em razão da deterioração do sistema público de saúde, aliado aos elevados custos dos serviços privados de assistência médica e odontológica, tornando-se corriqueira a celebração dos planos de saúde.

Para compreender e caracterizar esse tipo de negócio jurídico, necessário se faz contemplar a redação original da Lei nº 9.656/89, que em seu artigo 1º tinha o escopo de submeter aos seus desígnios as pessoas jurídicas de direito privado destinadas a operarem planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do atendimento de normas especiais atinentes à matéria.

Para tanto a lei diferenciava os planos dos seguros privados de assistência à saúde como resultado da leitura combinada do artigo 1º e seu §1º, segundo o qual o plano privado de assistência à saúde consistia no negócio por meio do qual pessoa jurídica de direito privado se obriga a prover o destinatário da sua atividade, mediante o pagamento de contraprestação pecuniária periódica,

de atendimento médico em rede própria ou de terceiros, arcando com o respectivo ônus financeiro. Já no seguro privado de assistência à saúde as sociedades seguradoras se comprometem a reembolsar as despesas a este título efetuadas pelo segurado, que tem liberdade de escolha do prestador do serviço (SAMPAIO, 2010)

Dentro dessa quadra, a vontade do legislador da redação primeva respeitou a diferença entre planos privados de saúde e seguro de saúde, pois os primeiros não reembolsavam as despesas médicas, mas se obrigavam a prestar atendimento ao contratante por meio da rede própria ou credenciada, ao passo que os seguros de saúde tinham o dever de reembolsar despesas de assistência à saúde efetuadas pelo consumidor junto ao prestador de serviços livremente escolhido por este.

Mais adiante, a medida provisória nº 2.177-44, de 24.8.2001, veio para abolir a distinção entre planos e seguros de saúde, em virtude da pouca ou nenhuma relevância da diferenciação para o consumidor final, passando a redação do art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98, a conceituar os contratos de planos de saúde da seguinte maneira:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (BRASIL, 2001).

Sob essa perspectiva infere-se que o plano privado de saúde é gênero da qual o seguro é espécie, especialmente porque a lei de regência acabou por revogar tacitamente as disposições do Decreto-lei nº 73/66, que disciplinava o seguro-saúde, deixando de submetê-lo às normas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNPS e à vedação da acumulação de assistência financeira com assistência médico-hospitalar (SAMPAIO, idem).

Feitas essas considerações, convém trazer à baila breve apanhado histórico da evolução legislativa do regime jurídico dos planos de saúde.

BREVE APANHADO DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS PLANOS DE SAÚDE

A atividade hoje popularmente conhecida como “plano de saúde” existe no Brasil há décadas sob as mais variadas formas, sob denominações genéricas.

Remonta à década de 60 do século XX o desenvolvimento da medicina de grupo, especificamente na região do ABC paulista, com o objetivo de suprir as necessidades da classe trabalhadora por meio de sistema de financiamento pelos empregadores².

² RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de Saúde e seguros de saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 16.

Em 1966, o Decreto-lei nº 73 do referido ano, cuja *mens legis* foi disciplinar o Sistema Nacional de Seguros Privados e regular as operações de seguros e resseguros, instituiu o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar. Tratava-se de negócio jurídico que deveria observar escassa normatização.

Previam os dispositivos constantes do Decreto-lei nº 73/66 que o seguro-saúde consistiria no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora à pessoa física ou jurídica prestadora da assistência médico-hospitalar ao segurado (art. 130, *caput*), bem como a livre escolha, por parte deste, do médico e hospital (art. 130, §2º), e ainda a vedação da acumulação de assistência financeira com assistência médico-hospitalar (art. 133). Chamava a atenção a proibição do exercício de atividade análoga à de seguro-saúde, sob qualquer denominação que tivesse e mesmo que o serviço prestado consistisse em atendimento médico, por qualquer sociedade civil ou comercial – que não sociedade seguradora –, ressaltando os pactos já celebrados (art. 134).

Institucionalizou-se assim a medicina pré-paga, que somente poderia ser desempenhada por entidades sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, devendo, todavia, observar o regulamento da lei e as resoluções da Superintendência de Seguros Privados – Susep. Sob a vigência dessa lei houve omissão do poder público quanto à regulamentação da atividade e à fiscalização da aplicação dos comandos do Decreto-lei nº 73/66. Tal omissão, aliada à inoperância do sistema público de saúde, resultou na proliferação de pessoas jurídicas que, mesmo contrariando as disposições normativas referidas, praticavam das mais variadas formas os serviços de medicina pré-paga.

No período compreendido entre 1966 e 1998 houve pouca produção legislativa para regular e controlar o exercício da saúde suplementar – que pelo regime jurídico até então vigente mais se aproximava da atividade securitária. Não eram raros os abusos cometidos contra os consumidores, sendo digna de nota, ainda que timidamente, a disposição da lei nº 6.839/80, porquanto obrigou o registro de quaisquer empresas na entidade competente para a fiscalização do exercício da atividade profissional preponderante ou por meio da qual preste serviços a terceiros (SAMPALIO, *ibidem*, p. 196).

Entendeu-se à época pela obrigatoriedade do registro das empresas com atuação na saúde suplementar no Conselho Federal de Medicina - CFM. Em razão disso, o CFM editou a resolução nº 1.401, de 11.11.1993, impondo às empresas prestadoras ou intermediárias de serviços médico-hospitalares a obrigação de garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não se podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza, sob pena de cancelamento do registro da empresa infratora.

Segundo Sampaio (2010), a SUSEP, tão omissa quando se tratava de brechar abusividades cometidas pelas empresas que atuavam no ramo de seguros de assistência médica e/ou hospitalar, apressou-se em elaborar ato normativo que excluiu o dever de cobertura universal, editando para isso a Circular nº 10, de 29.12.1993, que vedava a alteração das condições destas modalidades de seguros através de inclusão ou da concessão, por iniciativa da seguradora ou em razão de disposições de terceiros, de coberturas não particularizadas na apólice de seguro.

Não obstante os contornos pouco claros no plano normativo, infere-se que até o advento da lei dos planos de saúde - LPS a medicina de grupo tinha regulamentação difusa e mais próxima da atividade securitária, aspecto modificado a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 199 dispôs ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde, que tempos depois veio a ter tratamento uniforme na LPS.

OS PLANOS DE SAÚDE E O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar na análise do precedente paradigmático da Suprema Corte em torno da tributação das administradoras de planos de saúde, cumpre apresentar, brevemente, os contornos do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN.

Segundo a literalidade do artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, compete aos Municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar, *verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Sob esse enfoque, segundo Alexandre (2009), ressaltados os serviços constitucionalmente colocados sob o campo de incidência do ICMS (comunicação e transporte interestadual e intermunicipal), qualquer serviço pode ser tributado pelos Municípios, desde que definido em lei complementar, constituindo-se em importante fonte de recursos para o desempenho da atividade financeira municipal.

Vale destacar que o conceito de prestação de serviço é disciplinado pelo Código Civil, ou seja, a lei tributária não pode criar nova definição, conteúdo e alcance, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional.

No ponto, tomando como paradigma a definição de prestação de serviço do direito civil, o Supremo Tribunal Federal assentou que a prestação de serviço ensejadora do ISSQN se afigura como obrigação de fazer, tal como decidido no RE nº 116.121.

Confira-se:

TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. (RE 116.121, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2000, DJ 25-05-2001 PP-00017 EMENT VOL-02032-04 PP-00669).

A Lei Complementar a que alude o preceptivo constitucional é a LC nº 116/2013, a qual traz a lista de serviços sujeitos ao ISSQN, cujos itens 4.22 e 4.23 ostentam os serviços abrangidos pelos

contratos de plano de saúde³. Todavia, a Corte Constitucional Brasileira, ao julgar o RE 115.308, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, já havia assentado a impossibilidade de tributação das administradoras de planos de saúde pelo ISSQN, não obstante fundada em legislação anterior à LC nº 116/2013:

ISS. SEGURO SAÚDE. DECRETO-LEI N. 73/1966, ARTS. 129 E 130. COBERTURA DE GASTOS DE ASSISTENCIA MEDICA E HOSPITALAR, NOS LIMITES CONTRATUAIS, EM PERIODO DETERMINADO, QUANDO O ASSOCIADO OS TIVER DE EFETUAR. OS VALORES RECEBIDOS DO ASSOCIADO NÃO SE DESTINAM A CONTRAPRESTAÇÃO IMEDIATA POR QUALQUER SERVIÇO MEDICO HOSPITALAR PRESTADO PELA ENTIDADE. QUEM PRESTA OS SERVIÇOS DE ASSISTENCIA E O MEDICO OU O HOSPITAL CREDENCIADO, SOB RESPONSABILIDADE PROPRIA. RISCOS FUTUROS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA FIGURA DO AGENCIADOR DE SERVIÇO. SITUAÇÃO DE FATO E CLAUSULAS CONTRATUAIS DISCUTIDAS NO ACÓRDÃO E INSUSCETIVEIS DE REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUMULAS 279 E 454. NÃO ENQUADRAMENTO EM HIPÓTESE DE INCIDENCIA DO ISS. CONSTITUIÇÃO, ARTS. 24, II, E 21, VI. DECRETO-LEI N. 834/1969 E LISTA DE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR N. 56, DE 15.12.1987, E A NOVA LISTA DE SERVIÇOS, ONDE SE INCLUEM, NO ITEM 6, COMO SUJEITOS AO ISS, OS SERVIÇOS DE 'PLANOS DE SAÚDE, PRESTADOS POR EMPRESA QUE NÃO ESTEJA INCLUIDA NO ITEM 5 DESTA LISTA E QUE CUMPRAM ATRAVÉS DE SERVIÇOS PRESTADOS POR TERCEIROS, CONTRATADOS PELA EMPRESA OU APENAS PAGOS POR ESTA, MEDIANTE INDICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DO PLANO'. NÃO APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO DA LEI COMPLEMENTAR N. 56/1987. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 115.308, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 17/05/1988, DJ 01-07-1988 PP-16910 EMENT VOL-01508-09 PP-01988)

Cumpramos rememorar os apontamentos sobre o caráter securitário dos planos ou seguros de saúde, ou ainda da medicina de grupo, abrangida pelo Decreto-lei nº 73/66, que influenciou sobremaneira a elisão do ISSQN no caso concreto acima mencionado.

No precedente a empresa AMIL Ltda. impetrou mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defendendo que sua atividade não se enquadra no conceito de obrigação de fazer propriamente dito, tendo em vista a natureza securitária da prestação, além de ser responsável apenas pelo custeio das despesas médicas e hospitalares devidas aos estabelecimentos e profissionais previamente credenciados, não sendo ela a prestadora direta.

O juízo fazendário denegou a segurança, tendo a impetrante interposto recurso de apelação, que foi provido pelo Tribunal de Justiça carioca ao argumento de que a atividade de cobertura dos custos médicos e hospitalares caracteriza celebração nítida de contrato de seguro, aleatório e não-comutativo, do tipo seguro-saúde, previsto no Decreto-lei nº 73/66, circunstância robustecida ante a fiscalização exercida pela SUSEP.

O fisco aviou recurso extraordinário, que, embora não conhecido, teve em seu teor afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em *obiter dictum*, a natureza securitária da atividade, limi-

3 4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres.

4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.

tando-se a empresa recorrida a arcar com os custos da cobertura médico-hospitalar e obrigando-se a indenizar o médico associado ou o cliente prejudicado em razão de riscos futuros previamente estabelecidos nos contratos.

Assim considerado, é fora de dúvida que o regime jurídico dos planos de saúde consagrou, até a vigência da Lei nº 9.656/98, a natureza jurídica de viés securitário em antagonismo à prestação de serviço como obrigação de fazer.

Sobre a definição civilista de obrigação de fazer, segundo Flávio Tartuce⁴, a *obligatio ad faciendum* pode ser conceituada como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor. Exemplos típicos ocorrem na prestação de serviço e no contrato de empreitada de certa obra.

Complementa o civilista que em inúmeras situações a obrigação de fazer confunde-se com a obrigação de dar, sendo certo que os seus conteúdos são completamente diferentes, e traz classificação da obrigação de fazer em: 1) obrigação de fazer fungível, que, por sua natureza ou previsão no instrumento, pode ser cumprida por outra pessoa à custa do devedor originário; 2) obrigação de fazer infungível, que tem natureza personalíssima ou *intuitu personae*, em decorrência de regra constante do instrumento obrigacional ou pela própria natureza da prestação (TARTUCE, 2013).

Nessa linha de intelecção observa-se, pela disciplina estabelecida na Lei nº 9.656/98, que os planos de saúde podem ser enquadrados na espécie de obrigação de fazer fungível, cujo cumprimento fica a cargo de terceiro. Em outras palavras, a administradora de planos de saúde celebra com o consumidor contrato mediante o qual se obriga a dar cobertura médica e hospitalar em rede própria ou por terceiro credenciado.

Essa exegese cabe inclusive para os seguros privados de saúde, pois, com a alteração da redação original do inciso II do §1º do artigo 1º da LPS pela Medida Provisória nº 2.177-44/2000, as pessoas jurídicas que exercem atividade de assistência à saúde deixaram de ser reguladas “em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros”⁵, passando o dispositivo mencionado a ostentar a seguinte redação:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

4 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. atual. São Paulo: Método, 2013.

5 Fragmento da redação original do preceptivo legal mencionado.

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c) reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d) mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Na esteira deste raciocínio, a atividade de administração de planos e seguros de assistência à saúde está abrangida no conceito de obrigação de fazer a justificar a sua inserção na lista da Lei Complementar nº 116/2013 (itens 4.22 e 4.23).

ANÁLISE DO PRECEDENTE PARADIGMÁTICO – RE 651.703/PR

Na Repercussão Geral nº 651.703/PR, aprovada em 6.9.2012, o plenário do Supremo Tribunal Federal vislumbrou a possibilidade da tributação pelo ISSQN, revisitando o debate acerca da natureza securitária dos planos de saúde, na modalidade de seguro-saúde, ou seu jaez de obrigação de fazer. Na linha do que consta da manifestação do Ministro Luiz Fux, a discussão a ser travada neste recurso reside,

(...) portanto, apenas em determinar se a atividade das operadoras de plano de saúde configura obrigação de dar ou obrigação de fazer, e se pode ou não, de acordo com essa classificação, ser objeto de tributação pelo ISS. E, ainda, determinar se a atividade tem ou não natureza securitária, caso em que se afastará por completo a tentativa de sua caracterização como ‘prestação de serviço’, reconhecendo-se a competência da União – e não dos Municípios – para tributá-la, pois a atividade de efetuar a cobertura dos gastos dos beneficiários não pode ser considerada serviço. Afinal, a atividade de cobrir ou reembolsar os gastos dos beneficiários relativos a serviços credenciados não configura um fazer. Trata-se, sem dúvida, de uma prestação de dar, mais precisamente de uma obrigação de pagar. De fato, a obrigação das operadoras nada mais é que uma espécie da obrigação de dar coisa fungível, que em hipótese alguma se enquadra na noção constitucional de serviço, contida no art. 156, inciso III, da Constituição Federal e, portanto, não pode ser objeto de tributação pelo Imposto sobre Serviços.

Portanto, embora não se confundam com contratos de seguro-saúde, que se caracterizam, sobretudo, por garantir ao segurado o reembolso de despesas médicas até determinado valor, independentemente de quem seja o prestador dos serviços médicos ou de quais sejam os eventos acobertados, os contratos de plano de saúde, por terem a mesma função de garantia inerente aos contratos de seguro (função que, aliás, é expressamente reforçada

pelo art. 1º da Lei nº. 9.656/98), se amoldam perfeitamente ao conceito do artigo 757 do Código Civil e, conseqüentemente, têm natureza securitária, caso em que se afastará por completo a tentativa de sua caracterização como ‘prestação de serviço’, reconhecendo-se a competência da União – e não dos Municípios – para tributá-la. (...) v. Acórdão recorrido, ao defender a possibilidade de tributação pelo ISS de atividade que não configura serviço, uma vez que não constitui obrigação de fazer – tendo, sim, natureza securitária –, além de violar o art. 156, III, viola também o art. 153, V, da Constituição Federal, razão pela qual se impõe sua reforma” (fls. 433, 437, 438, 441 e 445)”⁶.

Após aprovação da repercussão geral foi iniciado, em 15.6.2016 o julgamento do Recurso Extraordinário, tendo o relator, Ministro Luiz Fux, apresentado voto pela possibilidade da incidência do ISSQN tanto para as empresas administradoras de planos de saúde quanto para aquelas voltadas aos seguros-saúde.

Confira-se:

O relator asseverou que a chamada “Constituição Tributária” deveria ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que iriam desde o literal até o sistemático e teleológico. Por isso que os conceitos constitucionais tributários não seriam fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua exegese, como a Ciência das Finanças, a Economia e a Contabilidade. Dessa sorte, embora os conceitos de Direito Civil exercessem papel importante na interpretação dos conceitos constitucionais tributários, eles não exauririam a atividade interpretativa, conforme assentado no julgamento do precedente acima referido. Nessa senda, a doutrina seria uníssona no sentido de que a Constituição, ao dividir as competências tributárias, valera-se eminentemente de tipos, e não de conceitos. Portanto, os elencos dos artigos 153, 155 e 156 da CF consistiriam em tipos, pois, do contrário, seria despiendo o emprego de lei complementar para dirimir conflitos de competência, consoante a previsão do art. 146, I, da CF. Mas, apesar de a Constituição valer-se de linguagem tipológica e potencialmente aberta, esse posicionamento jurídico não conduziria a que a lei complementar pudesse dispor livremente sobre os impostos previstos na Constituição. No entanto, a lista de serviços veiculada pela LC 116/2003 teria caráter taxativo, taxatividade que seria o contraponto ao conceito econômico de serviços, que possuiria razoável abertura semântica e vaguidade. Essa contraposição é que conferiria segurança jurídica ao sistema, num país onde se decidira atribuir competência tributária aos municípios. Conseqüentemente, o STF, no julgamento do RE 547.245/SC, ao permitir a incidência do ISS nas operações de “leasing” financeiro e “leaseback” teria sinalizado que a interpretação do conceito de “serviços” no texto constitucional tem um sentido mais amplo do que tão somente vinculado ao conceito de “obrigação de fazer”. O conceito de prestação de serviços não teria, portanto, por premissa a configuração dada pelo Direito Civil. Seria, por outro lado, relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador. **Outrossim, e tendo em conta as premissas expostas, a natureza jurídica securitária alegada pelas operadoras de “planos de saúde” para infirmar a incidência do ISS não indicaria fundamento capaz de afastar a cobrança do tributo no caso em comento. Isso se daria porque,**

6 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. RECEITAS ORIUNDAS DAS MENSALIDADES PAGAS PELOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. (RE 651.703 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 06/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2012 PUBLIC 18-09-2012)

diferentemente dos “seguros-saúde”, nos “planos de saúde” a garantia oferecida seria tão somente a utilidade obtida mediante a contratação do respectivo plano, o que não excluiria o fato de as atividades por elas desempenhadas — operadoras de plano de saúde e operadoras de seguro-saúde — serem “serviço”. Nesse sentido, o ISS deveria incidir sobre a comissão, assim considerada a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que repassado para os terceiros prestadores dos serviços médicos. Em seguida, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. RE 651703/PR, rel. Min. Luiz Fux, 15.6.2016.

Desse modo, a Corte Constitucional Brasileira inova quanto ao entendimento anterior expresso no RE 115.308, relator Ministro Néri da Silveira, que assentou não ser passível a sujeição das administradoras de plano de saúde ao ISSQN, não obstante versasse o julgamento sobre texto normativo anterior à Constituição de 1988, trazendo exegese compatível com o conceito de obrigação de fazer mencionado no capítulo anterior.

Vale destacar, por oportuno, que durante a elaboração deste trabalho sobreveio a conclusão do julgamento do RE nº 651.703/PR, no qual os ministros concluíram por maioria a seguinte tese:

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88, vencido o Ministro Marco Aurélio quanto ao mérito da tese firmada.

Por força da tese abranger a tributação pelo ISSQN tantos as operadoras de planos privados de assistência à saúde quanto as de seguro-saúde sobrevieram embargos de declaração, os quais foram acolhidos em parte para o fim de excluir da tese a figura do “seguro-saúde” em julgamento realizado em 28.2.2019, porquanto na repercussão geral adrede aprovada a tese destinava-se a enfrentar a questão da tributação apenas para os operadores de planos de saúde.

CONCLUSÃO

O mote principal do trabalho foi apresentar a viabilidade de tributação das administradoras de planos de saúde, gênero da qual são espécies as operadoras de seguro-saúde, pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, especialmente à luz jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Podemos destacar, a partir da evolução da legislação que trata desde os primórdios da medicina de grupo até se chegar à Lei nº 9.656/98, instituidora e unificadora do regime jurídico dos planos de saúde, que atualmente as empresas prestadoras de atividades de assistência à saúde privada regidas pela LPS desenvolvem prestação de serviço como obrigação de fazer, restando superada qualquer exegese que lhes confira natureza securitária.

Para tanto, se fez necessária investigação doutrinária acerca da abrangência do conceito civilista de obrigação de fazer, aliada aos parâmetros legais da LPS, confrontando-se a partir disso o decidido no RE 115.308 e no recentíssimo RE nº 651.703/PR.

Apesar do RE nº 651.703/PR excluir da tese a figura do seguro-saúde, defende-se que o plano privado de saúde é gênero da qual o seguro é espécie, isso porque a modalidade de seguro-saúde não desnatura o jaez de obrigação de fazer a sujeita-las à tributação pelo ISSQN. Todavia,

restou subjacente a possibilidade de bitributação do seguro-saúde, porquanto um mesmo fato gerador enseja tributação por dois entes federados, quais sejam, o ISSQN pelo Município e o IOF pela União.

Não obstante, a unificação do regime jurídico aplicável ao plano de saúde e ao seguro-saúde deveria ter o condão de elidir a tributação deste pelo IOF, eis que excluído da natureza genuína de contrato aleatório do seguro em geral.

Entende-se, pois, ser devida a tributação das empresas administradoras de planos de saúde pelo ISSQN, por se obrigarem a cobrir despesas e serviços médico-hospitalares por rede própria ou por terceiros.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 3ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de Junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm> Acesso em 19 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 651.703/PR**. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 115.308/RJ**. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, 17 de setembro de 1988. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur146489/false>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 116.121/SP**. Relator: OCTAVIO GALLOTTI, 10 de outubro de 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1474346>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.177-44**, de 24 de agosto de 2001. Altera a Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os Planos Privados de Assistência à Saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm#art1>. Acesso em 15 de abril de 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Contratos de planos de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: RT, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. atual. São Paulo: Método, 2013.

Submetido em: 18/02/2021

Aprovado em: 18/04/2021

ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO POR ERRO NA FORMAÇÃO DA VONTADE E DO PROCESSO DE DECISÃO, SEGUNDO O DIREITO PORTUGUÊS

ANNABILITY OF THE LEGAL BUSINESS BY ERROR IN FORMING THE WILL AND THE DECISION-MAKING PROCESS, UNDER PORTUGUESE LAW

Gilliard Nobre Rocha¹

RESUMO: O presente artigo aborda os elementos do negócio jurídico, segundo o Direito Português, dando especial ênfase à declaração de vontade, enquanto elemento essencial de sua existência. A partir de uma construção conceitual, aparada na doutrina e na jurisprudência portuguesa, com apoio na doutrina e na jurisprudência brasileira, expõe sucintamente os efeitos que decorrem da incidência dos vícios de consentimento, especificamente do erro, no elemento essencial à concretização do negócio jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Vontade. Negócio Jurídico. Vício. Erro.

ABSTRACT: This article deals with the elements of the legal business, according to Portuguese Law, giving special emphasis to the declaration of will as an essential element of its existence. Based on a conceptual construction, based on Portuguese doctrine and jurisprudence, with support in Brazilian doctrine and jurisprudence, it briefly outlines the effects of the incidence of vices of consent, specifically of error, on the essential element for the execution of the legal business.

KEYWORDS: Will. Legal Business. Addiction. Error.

INTRODUÇÃO

Próprias das relações travadas na vida social, as relações jurídicas originam-se a partir de fatos jurídicos, sejam acontecimentos naturais, sejam acontecimentos voluntários que são tidos como relevantes para o sistema jurídico. Quando estamos diante de um acontecimento natural, temos o fato jurídico *strictu sensu*. De outra banda, quando tratamos de um acontecimento voluntário – assim entendido aquele decorrente de determinada vontade expressada pelo agente, temos o chamado ato jurídico.

Este mesmo ato jurídico, cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em harmonia com seu teor declarado, é tido propriamente como **negócio jurídico**.

¹ Advogado, mestrando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa/PT. MBA em Gestão Empresarial pela FGV. Especialista em Auditoria Fiscal e Tributária. Secretário-Geral Adjunto e Corregedor-Geral da OAB/ACRE

Nessa senda, considerando que a produção de efeitos jurídicos (como a constituição, a modificação ou a extinção de relações jurídicas) resulta da manifestação de uma intenção, dirigida precisamente à produção dos referidos efeitos, compreendemos que **a vontade**, expressa em atos, é **elemento indispensável do negócio jurídico**, ao passo que sua formação interfere fundamentalmente no processo de decisão necessário a tornar válido o negócio jurídico celebrado.

A partir desta construção conceitual, o presente artigo tem por escopo verificar, à luz da norma e doutrina portuguesas, os requisitos essenciais do negócio jurídico, com destaque à autonomia da vontade, enquanto elemento de maior relevância à própria existência do negócio jurídico.

Pretende-se, realizando singelo paralelo entre as doutrinas e jurisprudências portuguesa e brasileira a respeito do tema, demonstrar como a violação da autonomia da vontade pode ferir, de modo irremediável, a validade do negócio jurídico.

Para atingir tal escopo, iniciaremos por uma construção conceitual acerca dos elementos do negócio jurídico, realizando um apanhado conceitual construído a partir de revisão bibliográfica de autores portugueses e brasileiros.

Num segundo momento, daremos enfoque à vontade e sua declaração, enquanto elementos essenciais à validade do negócio jurídico.

Finalmente, a partir de uma interpretação analítica de dispositivos do Código Civil Português – fundada em crítica à jurisprudência pátria, aprofundaremos o estudo do **erro**, enquanto vício da vontade negocial decorrente da deficiência de discernimento do seu autor.

ELEMENTOS DO NEGÓCIO JURÍDICO: CONSTRUÇÃO CONCEITUAL

Ao estudarmos a doutrina portuguesa, buscando uma construção conceitual acerca dos elementos do negócio jurídico, inevitavelmente nos depararemos com uma grande variedade de opiniões. Essa variedade, contudo, conforme nos ensina o magistério de Inocêncio Galvão Telles (2010, p. 71), “não significa sempre, não significa a maior parte das vezes, divergência *substancial*, mas apenas diferente modo *formal de apresentar a realidade*” (TELLES, 2010, p. 71).

Tradicionalmente, a doutrina portuguesa admite uma *classificação tripartida* dos requisitos dos negócios jurídicos. Esta tripartição divide os requisitos, ou elementos do negócio jurídico em (i) **elementos essenciais**, (ii) **elementos naturais** e (iii) **elementos acidentais**.

Nesse aspecto, a doutrina portuguesa se assemelha à brasileira (com sensíveis diferenças de ordem conceitual – posto que esta divisão não esteja bem clara na doutrina portuguesa), que igualmente admite três planos essenciais ao estudo do negócio jurídico: (i) *plano de existência*, (ii) *plano de validade* e (iii) *plano de eficácia* (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 379). No Brasil, esta teoria é chamada de “Tricotomia do Negócio Jurídico”, ou “Escada Ponteana”, em virtude de ter sido precipuamente defendida por Pontes de Miranda.

O **plano de existência**, segundo a doutrina brasileira, comporta: o **agente** (pois, sem ele, não se pode falar em negócio jurídico, mas tão somente em fato jurídico natural), a **declaração de vontade do agente** (pois quando não existir pelo menos a aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar em negócio jurídico), o **objeto** (em razão do qual giram os interesses

das partes) e a **forma** (meio pelo qual a declaração se exterioriza, ou seja, o tipo de manifestação através do qual a vontade chega ao mundo exterior).

No **plano de validade** é que são verificados os elementos tidos como essenciais, conforme o artigo 104 do Código Civil Brasileiro²: **agente capaz** (apto a intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratário), **objeto lícito** (nos termos impostos pela lei não como sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e a sua função social e econômica), **possível** (possibilidade física e jurídica), **determinado ou determinável** (elementos mínimo de individualidade que permitam caracterizá-lo) e **forma prescrita ou não defesa em lei** (segundo impõe a lei ou não contrária a ela).

Temos, ainda e igualmente à doutrina portuguesa, a **liberdade da vontade**, segundo a qual a declaração de vontade não poder estar eivada de defeitos jurídicos (cf. artigos 138 a 159, do Código Civil Brasileiro³).

No **plano de eficácia**, por fim, avalia-se a eficácia do negócio celebrado frente ao ordenamento jurídico, e avalia-se a boa-fé negocial.

No direito português, como dito, embora não haja uma divisão clara conforme a “Escada Ponteana” brasileira, percebemos uma *classificação tripartida* dos requisitos dos negócios jurídicos. Justamente para melhor desenvolvimento de nosso artigo, passaremos à definição de tais elementos, segundo o Direito Português.

ELEMENTOS ESSENCIAIS

De rigor, os elementos são (ou deveriam ser) as **condições sem as quais o negócio não chegaria sequer a constituir-se**. “Nessa perspectiva, elementos do negócio seriam a *declaração*, os *sujeitos* (na medida em que não estejam – e parecem não estarem – implícitos na própria noção de declaração) e o *conteúdo*” (PINTO, 2005, p. 383).

Numa sistematização tradicional, contudo, o magistério português nos ensina que são considerados como elementos essenciais do negócio jurídico os seus requisitos ou condições gerais de *validade*. São eles: a **capacidade e a legitimidade das partes**, a **declaração de vontade** (livre e sem anomalias, como adiante veremos) e a **idoneidade do objeto**.

Pontuaremos cada um deles, ainda que sucintamente.

CAPACIDADE E LEGITIMIDADE DAS PARTES

Sendo o negócio jurídico nada mais que um ato jurídico voluntário, havemos de pressupor a **existência de pessoas** que o tenham celebrado e, portanto, sejam dele partes. Nos dizeres de Pedro Pais de Vasconcelos (2015, p. 378):

os negócios jurídicos são celebrados por pessoas, por pessoas humanas ou por pessoas coletivas, que são os seus *autores*. São estas pessoas que dão vida aos negócios no livre exer-

2 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

3 Destaque para o erro, o *dolo* e a *coação*.

cício da sua autonomia e a quem o negócio é juridicamente imputado (VASCONCELOS, 2015, p. 378).

Não basta, contudo, que existam **partes** figurando como autores do negócio jurídico. A estas (partes) **são necessárias capacidade e legitimidade**.

A **capacidade** que o negócio jurídico requer é a capacidade legal de agir. Exige-se um agente capaz, apto a realizar o negócio jurídico determinado, dentro das normas atinentes à capacidade.

Não é suficiente, no entanto, a simples capacidade para se exercer o direito de ação. É necessário que a parte seja igualmente legítima, que possua idoneidade para interagir na relação negocial, ao tempo que tenha o interesse a ser tutelado. Isso porque, pode ser que a parte seja capaz, mas lhe falte legitimidade para o negócio.

Enfim, havemos que ter partes capazes e legítimas, para que consideremos a existência de um negócio jurídico.

DECLARAÇÃO DE VONTADE

A **manifestação de vontade**, no contexto elementar do negócio jurídico, possui *finalidade negocial* (que em geral é criar, adquirir, transferir, modificar ou extinguir direitos) e se dá, basicamente, em 02 (dois) momentos uníssonos: o da **vontade** propriamente dito, e o de sua **declaração**.

Sem embargo, o magistério de Mota Pinto (2005, p. 104) nos adverte que:

nos negócios jurídicos, o comportamento de cada parte aparece exteriormente como uma declaração visando certos resultados prático-empíricos, sob a tutela do ordenamento jurídico, e os efeitos determinados pela lei são os correspondentes aos resultados cuja intenção foi manifestada.

Nesta linha, considerando a unidade essencial dos momentos constitutivos da declaração de vontade, parte da doutrina passou a enquadrar a vontade e a declaração como **únicos requisitos do negócio jurídico**, “*qualificando a declaração, por vezes, como manifestação de vontade*” (ALMEIDA, 1992, p. 262).

De toda sorte, não consideradas as declarações meramente unilaterais, é cediço que existe um regramento bilateral de condutas, no qual existe uma *composição de interesses*, isto é, o **acordo de vontades** para manifestar a formatação da bilateralidade contratual. Em outras palavras, nunca há um consentimento isolado, parte a parte, justo porque sempre há um objeto jurídico, um interesse em jogo, sobre o qual as partes necessitam entrar em acordo de vontades, mediante consentimento mútuo.

Acerca da manifestação de vontade, e da necessidade de sua manifestação livre e normal, enquanto elemento essencial ao negócio jurídico, discutiremos mais adiante, posto ser este, como já mencionado, o ponto nodal desta investigação.

IDONEIDADE DO OBJETO

Não se tratando de uma ação vazia, com o negócio jurídico os seus autores e partes regem entre si os **seus interesses sobre algo**. Esse algo é o seu **objeto**.

Melhor explicando, todo negócio jurídico pressupõe a existência de um objeto, em razão do qual giram os interesses das partes. Assim, se a intenção das partes é alugar um bem para residência, o objeto deve ser um imóvel, mas se pretenderem realizar um negócio jurídico de mútuo o objeto deverá ser um bem fungível.

Tradicionalmente, a doutrina portuguesa faz referência à **idoneidade** ou à **possibilidade** do objeto, entre os pressupostos do negócio jurídico. Carvalho Fernandes (*apud* VASCONCELOS, 2015, p. 385), por exemplo, menciona como requisitos da idoneidade do objeto a sua **licitude**, sua **possibilidade** e sua **determinabilidade**.

Por lógica acadêmica, entendemos como acertada a definição tradicional, que notadamente se assemelha à definição brasileira. Portanto, temos que o objeto, sobre o qual se realiza o negócio jurídico, deve ser lícito, possível e, ao menos, determinável.

Conferido os elementos essenciais do negócio jurídico, o que lhe confere existência, passemos aos elementos naturais e acidentais.

ELEMENTOS NATURAIS

Os **elementos naturais** são, em uma definição direta e simples, os *efeitos* negociais derivados de disposições legais supletivas. Seriam, em outras palavras, os elementos usuais (por assim dizer) dos respectivos tipos de negócio jurídico, isto é, relacionados às consequências naturais da realização do negócio jurídico.

A exemplo dos dispostos aos artigos 964º (doação, onde o elemento natural é a entrega gratuita da coisa), 885º (compra e venda, onde o elemento natural é a entrega onerosa da coisa), e 1.030º (locação, onde o elemento natural é a cessão da coisa para uso, onerosamente), do Código Civil Português.

Uma vez que os elementos naturais fazem parte da natureza do próprio negócio em espécie, não há a necessidade de menção expressa a seu respeito pelos negociantes.

Enfim, por não existir qualquer controvérsia quanto a tais elementos, não nos parecem necessários maiores detalhamentos conceituais.

ELEMENTOS ACIDENTAIS

Por fim, temos os **elementos acidentais**.

Os elementos acidentais decorrem da vontade das partes em incluí-los ou não em seus negócios jurídicos, motivo pelo qual fazem jus ao nome que os define. Eles estão caracterizados nas cláusulas acessórias dos negócios, que não caracterizam o tipo negocial em abstrato, mas se tornam importantes para que o negócio produza os efeitos a que elas tendem.

Caracterizam-se, tais elementos, por estipulações ou determinações acessórias que as partes, facultativamente e por livre vontade, adicionam ao negócio jurídico, tais como a **condição** (determinação acessória que subordina os efeitos do negócio a evento futuro e incerto), o **termo** (determinação acessória que subordina os efeitos do negócio a evento futuro e certo), o **modo** ou **encargo** (ônus a ser suportado pelo beneficiário em favor da outra parte – somente é possível nos negócios não onerosos, porque não se trata de contraprestação), os **juros** etc..

Assim como dito em relação aos elementos naturais, não há controvérsia quanto aos elementos acidentais que justifique maiores delongas sobre eles nesta investigação.

Por este motivo, passaremos ao aprofundamento da vontade, enquanto essência do negócio jurídico.

A VONTADE E SUA DECLARAÇÃO, ENQUANTO ELEMENTO ESSENCIAL À VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

No Código Civil Português, os requisitos do objeto negocial estão explicitados no artigo 280º, assinalada a liberdade contratual no artigo 405º. O Código segue externando a importância da declaração negocial no artigo 224º, apontando os requisitos para que haja eficácia nesta mesma declaração negocial. O Código dedica a primeira secção do capítulo sobre o negócio jurídico à **declaração negocial**. Nem todas as matérias desta secção dizem respeito, em verdade, à manifestação de vontade, o que só vem a ocorrer nas Subsecções I a III.

É justamente na Subsecção III, nos artigos 285º e seguintes, ao tratar das hipóteses de nulidade e anulabilidade, que o Código Português afasta quaisquer dúvidas acerca da importância da declaração negocial, enquanto elemento essencial do negócio jurídico. A manifestação de vontade deve existir e, não somente, deve ser livre e normal, para que se admita a existência de um negócio jurídico válido.

É nesse contexto que Ubaldino Miranda (2009, p. 7) assevera que, “*mais do que simples manifestação de vontade, o negócio jurídico é uma declaração de vontade*”. Como núcleo desta lição, é possível verificar que a identificação do negócio jurídico se dá através da declaração de vontade expressada entre as partes envolvidas na relação negocial. Isto porque, o negócio jurídico estará sempre ligado a um *ato volitivo*, no qual são identificados uma ou mais declarações de vontade, e em quais o ordenamento jurídico denunciará efeitos sobre o conteúdo da vontade declarada, buscando com a produção destes efeitos, a estabilização das relações queridas entre as partes.

Destaque-se que, para identificação do negócio jurídico querido, o legislador optou pela valoração da *vontade declarada*, em detrimento da vontade íntima das partes contratantes, conforme verificamos no artigo 244º, quanto à previsão da chamada *reserva mental*⁴.

Disso resulta a confirmação de que a vontade deve ser manifestada, para que surja um negócio jurídico. Confirmamos, assim, a unidade essencial dos momentos constitutivos da declaração de vontade, onde se enquadram a vontade e a declaração como **únicos requisitos do negócio jurídico**, “qualificando a declaração, por vezes, como manifestação de vontade” (ALMEIDA, 1992, p. 262).

O doutrinador brasileiro Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 19) não se afasta desta corrente, tão latente do Direito Civil Português, ao passo que assevera que:

4 Segundo o artigo 244º, há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório. Em comentário de Pires e Varela (*in* VARELA, Antunes; LIMA, Pires de – *Código Civil Anotado – Volume I*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 230.), verificamos que a relevância jurídica da reserva mental depende do conhecimento que dela tenha o declaratório. O que passa apenas no foro íntimo do declarante não prejudica a declaração, embora ela não corresponda à vontade real subjacente. Se a reserva for, porém, conhecida do declaratório, já a divergência entre a vontade real e a vontade declarada produz a nulidade da declaração, como se a divergência resultasse de um acordo e se tratasse de um ato simulado, embora nenhum acordo exista em tal sentido.

sendo a declaração de vontade um ato que, em virtude das circunstâncias em que se produz, é visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos, o direito segue a visão social e encobre aquele ato com seu próprio manto, atribuindo-lhe normalmente (isto é, respeitados os pressupostos da existência, validade e eficácia) os efeitos que foram manifestados como queridos. Tais efeitos são imputados à declaração em correspondência com os manifestados como queridos.

Nota-se, outra vez, que o negócio jurídico é reconhecido pelo sistema jurídico luso-brasileiro por intermédio da declaração nele expressada, abandonando a ótica da vontade interna do agente, com a finalidade de alcançar uma ótica social, composta por valores insertos no ordenamento, e que representam o querer atual da sociedade.

Fato é que a vontade somente pode ser considerada pelo Direito quando exteriorizada por um modo e forma adequados, capazes de produzir os efeitos desejados pelo agente. “Quando julgamos o negócio para efeito de verificar a sua aptidão para subsistir, eficazmente, na ordem jurídica temos de começar por apurar se a vontade exteriorizada se formou sem vícios” (FERNANDES, 1983, p. 265).

Não basta, portanto, que haja vontade para o negócio jurídico. É necessário que esta vontade seja declarada através de uma manifestação livre e normal.

ERRO NA FORMAÇÃO DA VONTADE E DO PROCESSO DE DECISÃO: HIPÓTESE DE ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Não obstante as sensíveis (e, convenhamos, mínimas) diferenças de ordem conceitual, é verdade que tanto a doutrina brasileira como a portuguesa (objeto de nosso estudo) colocam a *perfeita declaração de vontade* como requisito de destaque à formação do negócio jurídico.

Nesse diapasão, a **inexatidão ou vício** que eventualmente recaiam sobre a vontade podem implicar em **anulabilidade** do ato negocial, quando não ensejar sua nulidade (acaso esteja esta declaração totalmente contrária à vontade que o agente externou).

VÍCIOS DE CONSENTIMENTO: O ERRO NA DECLARAÇÃO

Os vícios de consentimento, ou vícios da vontade, estão presentes na Subsecção IV, da parte do Código Civil Português que trata dos negócios jurídicos. Temos a *coação* (art. 246º), o *erro* (art. 247º e seguintes) e o *dolo* (art. 253º). Para este artigo, focaremos no **erro na declaração**, explicitado no artigo 246º do CCP.

Sendo o negócio jurídico ato de autonomia privada e ação que gera e põe em vigor uma convergência de interesses privados, com o inerente caráter criador de direito, supõe e exige da parte dos seus autores ou agentes *liberdade e discernimento*. Sob este aspecto, na impossibilidade destes (liberdade e discernimento) serem absolutos e ilimitados, a ordem jurídica contenta-se com a liberdade e discernimento tidos como normais, isto é, que são próprios do homem médio ou da considerada normalidade das pessoas.

Basta, portanto, que os agentes tenham o discernimento suficiente para compreenderem o que estão realizando e a liberdade suficiente para poderem optar entre celebrar, ou não, o negócio.

Nessa senda, o vício da vontade negocial que se traduza ou envolva uma deficiência de discernimento do seu autor constitui, assim, *erro* que corresponde à ignorância ou falsa representação de uma realidade que pode interferir nos motivos da declaração negocial, atingindo, portanto, a validade do negócio jurídico.

É o que decorre do teor do artigo 247º do Código Civil Português, sob o título de *Erro na Declaração*. Dispõe o dispositivo legal que:

Quando, em virtude de **erro**, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário **conhecesse** ou **não devesse ignorar a essencialidade**, para o declarante, do elemento sobre o que incidiu o erro (sem destaque no original).

O artigo dispõe sobre o chamado *erro obstáculo* ou *erro na declaração* (VARELA, 2011, p. 232), no qual formou-se, *sem erro*, certa vontade, mas *declarou-se* outra. Ou seja, é o verdadeiro conflito entre a vontade e sua declaração. Há a consciência de que se faz uma declaração negocial, mas esta tem um conteúdo diferente do que foi pretendido.

Por exemplo, o agente manifesta a intenção de comprar determinado objeto, acreditando que ele possuía características idênticas às de uma certa amostra. Contudo, após a compra, se verifica que houve erro, pois os produtos (da amostra e o adquirido) não possuem qualquer identidade, sendo este o elemento essencial (identidade com a amostra).

Bom que se destaque, de plano, que a hipótese não representa caso de *nulidade*, nos termos da Lei Portuguesa, notadamente se partirmos do pressuposto que ato nulo é o mesmo que ato inexistente⁵. Sem embargo, o ato exemplificado seria **anulável**, em virtude do vício de seu consentimento (no caso, erro), e não nulo.

Referida anulabilidade dependeria, ainda, de que o destinatário da declaração (no exemplo acima, o vendedor) *conhecesse* ou *devesse conhecer* a **essencialidade** para o declarante do elemento sobre o qual incidiu o erro. Assim, no exemplo, seria anulável a declaração se o destinatário conhecesse ou devesse conhecer que o declarante só concretizou a compra porque acreditou existir identidade entre os produtos da amostra e o adquirido. Em contrário, se o declaratário contratou convencido de que o declarante não deixaria de comprar um produto diferente da amostra, ou seja, que aquela identidade não seria essencial para o comprador, o ato não pode ser anulado.

Nos dizeres de Pedro Pais de Vasconcelos (2015, p. 580), na hipótese invocada, “o negócio só é anulável por erro sobre a pessoa ou sobre o objeto se esse erro for tal que sem ele a parte o não teria celebrado ou não o teria celebrado com aquele conteúdo” (VASCONCELOS, 2015, p. 580).

Nessa senda, verificamos que para que o negócio seja anulável, lhe são necessários dois pressupostos, conforme menciona o artigo 247º: a **essencialidade** e a **cognoscibilidade**.

ESSENCIALIDADE E COGNOSCIBILIDADE

A parte que errou, no caso o declaratário, possui o ônus de comprovar o duplo requisito capaz de acarretar a anulabilidade do ato. Isto é, tem que provar que se não tivesse ocorrido o erro, não teria celebrado o negócio ou não o teria celebrado do modo como o fizera, e que a outra parte sabia ou não devia desconhecer que assim era.

5 Nesse sentido: CORDEIRO, António Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1., 1987

Nesse diapasão, temos que a essencialidade, no caso, não é do erro, mas antes do elemento do negócio sobre o qual o erro incidiu. A cognoscibilidade, por sua vez, recai sobre o mesmo elemento sobre o qual o erro incidiu.

Em outras palavras, além da **essencialidade do objeto sobre o qual incorreu o agente em erro**, há de existir uma **cognoscibilidade**, motivada por uma certa *má-fé* do declaratório, o qual, mesmo conhecendo que a vontade declarada repousa sobre questão essencial diversa da vontade íntima do agente, realiza o negócio. Havemos de concordar que temos, portanto, como invocada ainda a *boa-fé negocial*⁶, como fiel da balança que definirá quando será ou não anulável o ato eivado de erro na declaração.

Convém destacar, ainda, que o erro de declaração, objeto desta investigação, consiste na **falsa percepção da realidade**. Ele encontra-se presente na relação negocial, quando percebido que o próprio agente praticou ato equivocado, sem a influência de alguém. Caso o agente tenha sido induzido, estaremos frente à outra figura jurídica, qual seja o dolo, que desencadeia a nulidade do negócio jurídico.

No exemplo que usamos alhures, a intenção do agente era comprar um objeto idêntico ao da amostra, mas por erro, acabou por comprar um que é totalmente diverso, sendo tal situação de conhecimento do declaratório vendedor. Veja-se que, na hipótese, não foi o declaratório quem induziu o declarante a comprar um produto diverso, mas apenas permitiu que este assim o fizesse, mesmo sabendo que sua intenção era outra.

A falsa percepção da realidade, dentro desse contexto de difícil identificação da condição real do negócio, gera, portanto, a *anulabilidade* do mesmo, visto que o agente declarante teve sua declaração negocial viciada, quando expressada a vontade sobre circunstâncias e elementos que achou que estava de acordo com o declarado.

No Direito Brasileiro, este tipo de erro é chamado de *erro substancial*, a respeito do qual Francisco Amaral (2008, p. 484) nos informa que:

é aquele de tal importância que, sem ele, o ato não se realiza. Se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico. Diz-se, por isso, essencial, porque tem para o agente importância determinada, isto é, se não existisse, não praticaria o ato.

Os defeitos do negócio jurídico no Direito Brasileiro, assim como no Português, importam na anulabilidade do negócio praticado. Aliás, o Código Civil Brasileiro atual trouxe consigo, basicamente seis hipóteses nas quais caracteriza-se a ocorrência de defeito do negócio praticado, sendo eles: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. Tais elementos estão claramente enumerados no artigo 171, inciso II do Código Civil Brasileiro⁷. Excetuando a fraude contra credores, os demais defeitos são conhecidos como vícios de consentimento,

6 Menezes Cordeiro nos ensina que “a boa-fé objetiva remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados ou simplesmente, para um modo de atuação dito como boa-fé (costumes). Na forma subjetiva, esta em causa o estado do sujeito, caracterizado como desconhecimento/ignorância, ou seja, trata-se de um ato praticado sem culpa ou com culpa desculpável” (in CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, Vol. 1, Tomo 1, Parte Geral. 2.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 317-239).

7 Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

posto que a vontade declarada diverge da intenção manifestada no íntimo do agente. Dentre estes, situa-se o erro de declaração, que estamos a discutir.

Ilustrando ainda mais o que ora se explica, podemos mencionar caso real que chegou à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça Português (instância equivalente ao Superior Tribunal de Justiça Brasileiro), que tratou da anulação da compra de um imóvel. Trata-se do Processo n.º 5223/05.3TBOER.LI.SI, da 1ª Secção, no qual os autores da ação, compradores do imóvel (autores declarantes da vontade, portanto), alegaram *erro de declaração* em aludido negócio. Isto porque, segundo os autores, compraram o imóvel acreditando que ele era idêntico ao imóvel vizinho, quanto à área construída, posto que foram, na ocasião, impossibilitados de conferir a área do imóvel objeto da avença, em virtude de reforma no mesmo. Contudo, após a concretização, verificaram que ele não possuía a mesma área, que, no caso, foi o elemento essencial do negócio.

Em seu julgamento, o Supremo Tribunal de Justiça emitiu o seguinte sumário⁸:

I - A vontade negocial deve ser livre, esclarecida, ponderada e formada de um modo julgado normal e são.

II - O erro-vício ou erro-motivo, que se traduz num erro na formação da vontade e do processo de decisão, existe quando ocorre uma falsa representação da realidade ou a ignorância de circunstâncias de facto ou de direito que intervieram nos motivos da declaração negocial, de modo que, se o declarante tivesse perfeito conhecimento das circunstâncias falsas ou inexactamente representadas, não teria realizado o negócio ou tê-lo-ia realizado em termos diferentes.

III - É relevante saber se o erro foi factor determinante da declaração negocial emitida – essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro – e se o destinatário da declaração conhecia ou devia conhecer essa essencialidade.

IV - A demonstração dos factos integradores da essencialidade e respectiva cognoscibilidade, por constituírem requisitos de relevância do erro e fundamento da anulabilidade do negócio (arts. 251.º e 247.º, ambos do CC), constitui ónus de quem invoca o erro (art.º 342.º, n.º 1, do CC).

V - O enriquecimento sem causa, como fonte de obrigação, supõe a verificação cumulativa de três requisitos: existência de um enriquecimento; enriquecimento esse obtido à custa de alguém; e falta de causa justificativa.

VI - O mediador é um intermediário que aproxima as partes no negócio, põe-nas em presença e facilita o negócio, mas não actua por conta de nenhuma das partes e nunca representa qualquer delas no negócio que vem a ser celebrado.

Veja-se que o sumário do julgado acima colacionado destaca com clareza ser relevante saber se o erro foi fator determinante da declaração negocial emitida – essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro – e se o destinatário da declaração conhecia ou devia conhecer essa essencialidade. Ainda, importa que a demonstração dos fatos integradores da essencialidade e respectiva cognoscibilidade, por constituírem requisitos de relevância do erro e fundamento da anulabilidade do negócio (artigos 251º e 247º, ambos do Código Civil Português), constitui ónus de quem invoca o erro (artigos 342º, n. 1, do CCP).

Ainda a esse respeito, e como nos dispusemos, de início, em certa comparação das doutrinas e jurisprudências portuguesas e brasileiras, permitimo-nos mencionar um caso ocorrido

8 Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão no processo*, de 15 de Maio de 2012. Relator António Joaquim Piçarra.

no Brasil. Dessa feita, mencionamos caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Processo nº REsp 1163118 RS 2009/0210626-4.

Em seu julgamento, o Tribunal brasileiro firmou acórdão que restou assim ementado (BRASIL, 2014):

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE USUCAPIÃO EM FAVOR DO ADQUIRENTE. OCORRÊNCIA DE ERRO ESSENCIAL. INDUZIMENTO MALICIOSO. DOLO CONFIGURADO. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. 1. O erro é vício do consentimento no qual há uma falsa percepção da realidade pelo agente, seja no tocante à pessoa, ao objeto ou ao próprio negócio jurídico, sendo que para render ensejo à desconstituição de um ato haverá de ser substancial e real. 2. É essencial o erro que, dada sua magnitude, tem o condão de impedir a celebração da avença, se dele tivesse conhecimento um dos contratantes, desde que relacionado à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração de vontade, a qualidades essenciais do objeto ou pessoa. 3. A usucapião é modo originário de aquisição da propriedade em razão da posse prolongada da coisa, preenchidos os demais requisitos legais, sendo que aqui, como visto, não se discute mais sobre o preenchimento desses requisitos para fins de prescrição aquisitiva, sendo matéria preclusa. De fato, preenchidos os requisitos da usucapião, há, de forma automática, o direito à transferência do domínio, não sendo a sentença requisito formal à aquisição da propriedade. 4. No caso dos autos, não parece crível que uma pessoa faria negócio jurídico para fins de adquirir a propriedade de coisa que já é de seu domínio, porquanto o comprador já preenchia os requisitos da usucapião quando, induzido por corretores da imobiliária, ora recorrente e também proprietária, assinou contrato de promessa de compra e venda do imóvel que estava em sua posse ad usucapionem. Portanto, incide o brocardo *nemo plus iuris, isto é, ninguém pode dispor de mais direitos do que possui*. 5. Ademais, verifica-se do cotejo dos autos uma linha tênue entre o dolo e o erro. Isso porque parece ter havido, também, um induzimento malicioso à prática de ato prejudicial ao autor com o propósito de obter uma declaração de vontade que não seria emitida se o declarante não tivesse sido ludibriado - dolo (CC/1916, art. 92). 6. Portanto, ao que se depreende, seja pelo dolo comissivo de efetuar manobras para fins de obtenção de uma declaração de vontade, seja pelo dolo omissivo na ocultação de fato relevante - ocorrência da usucapião -, também por esse motivo, há de se anular o negócio jurídico em comento. 7. Rercurso especial não provido.

Veja-se que, a exemplo do sumário português, também o acórdão brasileiro destaca que o erro é vício do consentimento no qual há uma falsa percepção da realidade pelo agente, seja no tocante à pessoa, ao objeto ou ao próprio negócio jurídico, sendo que para render ensejo à desconstituição de um ato haverá de ser substancial e real. E ainda destaca ser essencial o erro que, dada sua magnitude, tem o condão de impedir a celebração da avença, se dele tivesse conhecimento um dos contratantes, desde que relacionado à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração de vontade, a qualidades essenciais do objeto ou pessoa.

De tudo, não nos restam dúvidas que a vontade negocial deve ser livre, esclarecida, ponderada e formada de um modo julgado normal e são.

PRAZO E TERMOS DE IMPUGNAÇÃO

Como fundamento alhures, existindo, por hipótese, erro na formação da vontade e, portanto, do processo de decisão, e sendo este determinante da declaração negocial emitida – essen-

cialidade do elemento sobre que incidiu o erro – e, ainda, se o destinatário da declaração conhecia ou devia conhecer essa essencialidade, havemos de ter por anulável o negócio jurídico celebrado.

Resta-nos, encaminhando-nos para a conclusão, explicitar o **prazo** no qual aludida nulidade pode ser arguida, bem como os **termos de impugnação** percebidos nos artigos 287º, 288º e 289º do Código Civil Português.

Quanto ao **prazo de anulação**, cumpre-nos distinguir se o ato já está ou não cumprido. Isso porque, enquanto o negócio não estiver cumprido, a anulabilidade pode ser invocada a todo o tempo. Este é o entendimento que se extrai do artigo 287º, n. 2 do Código Civil Português. Se, contudo, o negócio já está cumprido, a lei estabelece o prazo de até um ano a contar da *cessação do vício*. Nestes casos, o vício cessa quando o errante ou enganado tem conhecimento do erro.

No que tange aos termos, ainda no quanto disposto no artigo 287º, mas desta feita no n. 1 do Código Civil Português, temos a **legitimidade** para arguir a anulabilidade. Segundo o dispositivo legal, a legitimidade é atribuída às pessoas em favor de quem se estabelece a anulabilidade, isto é, o errante ou enganado (o declarante).

Por fim, não se pode olvidar que o *erro na declaração*, assim como os demais vícios na formação da vontade, é plenamente **sanável**, convalidando-se o negócio em caso de *caducidade* do direito potestativo – como no caso de esvaído o prazo de um ano a contar da *cessação do vício*, e em caso de *confirmação*, nos termos do artigo 288º do Código Civil Português.

CONCLUSÃO

Como mencionado de início, o objetivo desta investigação foi verificar, à luz da norma e doutrina portuguesas, os requisitos essenciais do negócio jurídico, com destaque à autonomia da vontade, enquanto elemento de maior relevância à própria existência do negócio jurídico.

De tudo o que vimos na perseguição deste escopo, restaram as seguintes lições:

Primeiramente, restaram conceitualmente esclarecidos os elementos do negócio jurídico, aos quais a doutrina portuguesa admite uma *classificação tripartida* que os divide em (i) *elementos essenciais*, (ii) *elementos naturais* e (iii) *elementos acidentais*, assemelhando-se à doutrina brasileira construída sob o magistério de Pontes de Miranda, a chamada “Tricotomia do Negócio Jurídico”, ou “Escada Ponteano”.

Em seguida, partindo da construção conceitual acerca dos elementos do negócio jurídico, havemos de concordar que a **manifestação de vontade** deve existir e, não somente, deve ser livre e normal, para que se admita a existência de um negócio jurídico válido. Tal situação denota ser a vontade e sua manifestação o elemento de maior essencialidade para o negócio jurídico.

Ainda, verificando os chamados vícios de consentimento, vimos que a inexatidão ou vício que eventualmente recaiam sobre a vontade podem implicar em anulabilidade do ato negocial. Assim, o vício da vontade negocial que se traduza ou envolva uma deficiência de discernimento do seu autor constitui *erro de declaração* que corresponde à ignorância ou falsa representação de uma realidade que pode interferir nos motivos da declaração negocial, atingindo, portanto, a validade do negócio jurídico.

Verificamos também que, no Direito Português, para que o negócio seja anulável, a partir do erro na declaração, lhe são necessários dois pressupostos, conforme menciona o artigo 247º do

Código Civil Português: a **essencialidade** e a **cognoscibilidade**, os quais devem incidir sobre o objeto sobre o qual ocorreu o erro, cabendo à parte que errou, no caso o declaratório, o ônus de comprovar o duplo requisito capaz de acarretar a anulabilidade do ato.

Por fim, confirmamos que, embora anuláveis no prazo de um ano (no caso de atos realizados), ou mesmo indefinidamente (no caso de atos ainda não realizados), os negócios jurídicos decorrentes de *erro na declaração* são **sanáveis**, convalidando-se o negócio em caso de *caducidade* do direito potestativo e em caso de *confirmação*.

O sistema jurídico português, não se diferenciando do brasileiro, coloca a *perfeita declaração de vontade* como requisito de destaque à formação do negócio jurídico. Por este motivo, a inexistência ou vício que eventualmente recaiam sobre a vontade podem implicar em anulabilidade do ato negocial, quando não ensejar sua nulidade (acaso esteja esta declaração totalmente contrária à vontade que o agente externou).

De tudo, como mencionado alhures, não nos restam dúvidas que o Direito Português impõe que a vontade negocial deve ser livre, esclarecida, ponderada e formada de um modo julgado normal e sã. Do contrário, teremos clara hipótese de anulabilidade do negócio jurídico por erro na formação da vontade e do processo de decisão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Vol. 1. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. ISBN 972-40-0679-4
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Acesso em: 04 de abr. 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1163118 RS 2009/0210626-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 20/05/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2014.
- CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 1987.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**, Vol. 1, Tomo 1, Parte Geral. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 2. 1ª ed. Lisboa: AAFDL, 1983.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1 - Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral do negócio jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 972-32-1325-7
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão no processo, de 15 de Maio de 2012. Relator António Joaquim Piçarra.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1103-0

VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. **Código Civil Anotado** – Volume I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0037-6

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6265-5

Submetido em: 26/04/2021

Aprovado em: 28/05/2021



NOBRE ROCHA
ADVOGADOS

**Drumond
Leitão &
Torres.**
Advogados

ADVOGADOS ASSOCIADOS
BCM
BEZERRA | CARDOSO | MARQUES
OAB/AC nº 208

MT
MELO & TAPEOCY
ADVOGADOS ASSOCIADOS

CM
CASTRO MELO
ADVOGADOS

MB
MARINA BELANDI
ADVOCACIA