Doi:10.47595/cjsiurj.v2i1

Instituto Universitário
Rio de Janeiro

Vol 2 Nº 1 - 2021
ISSN 2675-634-X

Revista Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ

ADVOCACIA, FUTURO E COMPETÊNCIAS



APRESENTAÇÃO

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ** é uma publicação quadrimestral do Instituto Universitário Rio de Janeiro, aberta à publicação de trabalhos na área de Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas incluindo Direito, Administração, Ciência Política e Relações Internacionais, Economia, Psicologia. O periódico tem por missão divulgar trabalhos de qualidade de modo a favorecer o diálogo científico entre pesquisadores de instituições do Brasil e do Exterior oferecendo material para pesquisas futuras, atualização e reflexão.

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ** tem por objetivos:

- Contribuir para a formação dos profissionais envolvidos na área das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas;
- Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo das Ciências Jurídicas, Relações Internacionais, Gestão Empresarial e da Psicologia.
- Publicar trabalhos originais não publicados anteriormente em outro veículo (revista, periódico, sites, jornal eletrônico, anais de congresso, dentre outros) que se enquadrem nas seguintes categorias:

a) Artigo Original: destina-se a divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;

b) Artigo de Revisão: destina-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema que expresse experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;

c) Resenhas: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;

d) Ensaios: textos em que os autores apresentem sua contribuição original à reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista.

Aceitam-se trabalhos escritos nas línguas portuguesa, espanhola e inglesa.

Editor Chefe

Carlos Tomaz, doutor, Universidade CEUMA, São Luís, Maranhão, Brasil.

Conselho Editorial

1. Alex Sander Xavier Pires, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
2. Allan Kardec Duailibe Barros Filho, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
3. Antonella Gasbarri, Doutora, Università degli Studi di L'Aquila, Itália.
4. Augusto Cesar Leite de Carvalho, Doutor, Universidade de Brasília, Brasil.
5. Bruna Capparelli, Doutora, Universitá di Bologna, Itália.
6. Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho – Doutor, Centro Universitário dos Guararapes, Brasil.
7. Douglas de Alencar Rodrigues, Mestre, Instituto Ensino Superior de Brasília, Brasil.
8. Edith Maria Barbosa Ramos, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
9. Esther Martinez Quinteiros, Doutora, Universidade Portucalense, Portugal.
10. Felisia Maria Corvo Lopez, Doutora, Universidad de Salamanca, Espanha.
11. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Doutor, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
12. Gustavo Silveira Siqueira, Doutor, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.
13. James Magno de Araujo Farias, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil
14. José Manuel Subtil, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
15. Juana Dioguardi, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
16. Lier Pires Ferreira, Doutor, Universidade Federal Fluminense, Brasil.
17. Lucas Liendro Kapustik, Doutor, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
18. Luciene Dal Ri, Doutora, Pontifícia Universidade Católica de Santa Catarina, Brasil.
19. Lucyléa Gonçalves França, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
20. Manoel Peixinho, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.
21. Manuel Monteiro Guedes Valente, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
22. Maria Fernanda Vazquez, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
23. Maria João Escudeiro, Doutora, Centro de Estudos Jurídicos, Portugal.
24. Nereu Giacomolli, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
25. Paulo Roberto Barbosa Ramos, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
26. Pedro Trovão do Rosário, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
27. Reginaldo Rodrigues de Almeida, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

Secretário

Lucas Tavares (lucas.tavares@institutouniversitario.com.br)

Envio de trabalhos

As normas e orientações sobre a preparação dos artigos a serem submetidos estão no site da revista: www.institutouniversitario.com.br/revista. Rio de janeiro, RJ.

SUMÁRIO

Editorial PDF
Carlos Tomaz 6-7

Artigos

Inclusão e Direitos Humanos no Ensino Superior:
as metodologias de ensino no período da pandemia SARS-COV-2 PDF 8 – 19
Carla Martinho e Maria João Escudeiro

Direito à educação pelo uso das plataformas digitais:
Os desafios (ou problemas) enfrentados
em Portugal e no Brasil PDF 20-35
Fernando Silva Gregório

O Direito Fundamental do teletrabalhador
ao meio ambiente de trabalho sadio PDF 36-46
Theanna de Alencar Borges

O processo como jogo:
Por um compromisso ético PDF 47-76
Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte

O crime de insider trading em Portugal e no Brasil:
Análise comparativa PDF 77-95
Mariana Almeida de Lima, Helen Lucia de Barros Silva e
Carlos Pinto de Almeida Júnior

Do mandato sem representação de Portugal PDF 96-114
Pedro Linhares Della Nina

Dano extrapatrimonial e o Direito do Trabalho:
Judicialização consciente ou banalizada?
O impacto da reforma trabalhista PDF 115-136
Andriele Karine Pedralli Farias

O Desenvolvimento das Soft Skills pelo profissional da Advocacia para aplicação nos métodos alternativos de resolução de litígios PDF 137-152
Byanca Souza Mattos

As recentes perspectivas legitimatórias do Judicial Reviewno constitucionalismo atual democrático PDF 153-171
Larissa Waked Furtado

Editorial

Esta edição da ***Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ*** segue um processo de consolidação de um espaço para publicação de trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo das Ciências Jurídicas, Relações Internacionais, Gestão Empresarial e da Psicologia. Procuramos seguir a missão do Instituto Universitário do Rio de Janeiro, qual seja, expandir as fronteiras do conhecimento e proporcionar uma maior integração entre países e culturas por meio de uma educação fundamentada no conhecimento científico e nos princípios éticos que norteiam as relações humanas e sociais.

Nosso objetivo é contribuir para a formação de profissionais envolvidos na área das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de instituições do Brasil e do Exterior por meio de material para pesquisas futuras, atualização e reflexão.

Em nosso primeiro número, oferecemos uma edição especial com reflexões sobre as transformações sociais impostas pela pandemia de COVID-19 envolvendo conteúdos e autorias diversificadas nos campos das Ciências Jurídicas e Sociais. Autores oriundos de diferentes países apresentaram reflexões profundas sobre as mudanças exigidas pela pandemia em todos os níveis de organização social, incluindo questões jurídicas trabalhistas, direito à educação, ensino remoto emergencial, aceleração no uso dos meios eletrônicos no direito processual, conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à COVID-19, desigualdade de gênero durante a pandemia, direitos fundamentais do cidadão deficiente na pandemia e questões de saneamento básico.

Nesse primeiro número do ano de 2021 a tônica da diversidade e do conteúdo interdisciplinar se mantém. Os artigos trazem estudos e reflexões sobre: a inclusão de pessoas com necessidades educativas especiais no contexto da pandemia SARS-CoV-2; direito à educação e o uso das plataformas digitais como elemento democrático do ensino; direitos do teletrabalhador; incorporação e aprimoramento das *soft skills* nos profissionais de advocacia; a questão do *insider trading* e *compliance* no Direito Penal Econômico; revisão das atuais perspectivas legitimatórias do *Judicial Review* frente ao constitucionalismo atual democrático; utilização consciente das ações indenizatórias em face da violação dos direitos da

personalidade; o instituto do mandato sem representação, previsto no direito português, traçando paralelo com a procuração em causa própria do direito brasileiro; além do exame da ética e seus desdobramentos na atividade judiciária ilustrando vetores sociais e europeus relativos ao tema.

Com esse novo número publicado esperamos continuar a contribuir para o debate qualificado entre pesquisadores das áreas das Ciências Jurídicas e Sociais, ao mesmo tempo em que colocamos este espaço à disposição do fortalecimento das competências nos diversos campos dos saberes que constituem as Ciências Sociais e Humanas.

Carlos Tomaz
Editor

INCLUSÃO E DIREITOS HUMANOS NO ENSINO SUPERIOR: AS METODOLOGIAS DE ENSINO NO PERÍODO DA PANDEMIA SARS-COV-2

INCLUSION AND HUMAN RIGHTS IN HIGHER EDUCATION TEACHING METHODOLOGIES IN THE SARS-COV-2 PANDEMIC PERIOD

Carla Martinho[1]

Maria João Escudeiro[2]

Resumo: Nas últimas décadas a problemática da inclusão de pessoas com necessidades educativas especiais e do respeito pelos Direitos Humanos tem vindo a ser amplamente discutida nos mais diversos âmbitos da sociedade, todavia este debate assume uma relevância ainda mais específica no âmbito educativo. A escola deve assumir a educação inclusiva como um dos seus princípios fundamentais, contribuindo para a formação dos princípios morais e sociais dos indivíduos, garantindo a igualdade, a não discriminação e um ensino com qualidade para todos os indivíduos. Este é também um dos Objetivos para o Desenvolvimentos Sustentável da UNESCO. No contexto da Pandemia SARS-CoV-2, as instituições de ensino superior viram as suas metodologias de ensino substancialmente alteradas e as necessidades de apoio aos alunos foram também elas alvo de atenção e de novas orientações da parte das instituições. Daí que analisaremos os dados do inquérito realizado sobre a satisfação de docentes / discentes durante o período da Pandemia, assim como os dados sobre as Instituições de Ensino Superior portuguesas com serviço especifico de apoio a estudantes com necessidades educativas especiais.

Palavras-Chave: Inclusão; Direito Humanos; Ensino Superior; Análise de Dados; SARS-CoV-2

Abstract: In the last decades, the issue of including people with special educational needs and respect for Human Rights has been widely discussed in the most diverse spheres of society, however this debate takes on an even more specific relevance in the educational sphere. The school must take inclusive education as one of its fundamental principles, contributing to the formation of the moral and social principles of individuals, guaranteeing equality, non-discrimination and quality education for all individuals. This is also one of UNESCO's Sustainable Development Goals. In the context of the SARS-CoV-2 Pandemic, higher education institutions have seen their teaching methodologies substantially changed and the needs to support students have also been the focus of attention and new guidance from institutions. Hence, we will analyze data from the survey carried out on the satisfaction of teachers / students during the Pandemic period, as well as data on Portuguese Higher Education Institutions with specific support services for students with special educational needs.

Keywords: Inclusion; Human Rights; University education; Data analysis; SARS-CoV-2

[1] PhD Education and Development Sciences by the Faculty of Science and Technology, Universidade NOVA de Lisboa. Lisbon Polytechnic Institute, Lisbon, Portugal. Email: cmartinho@iscal.ipl.pt

[2] PhD Criminal Sciences - Faculty of Law - Portuguese Catholic University. Lisbon Polytechnic Institute, Lisbon, Portugal. Email: mjescudeiro@iscal.ipl.pt

Introdução

Sabemos que os Direitos Humanos são hoje reconhecidos internacionalmente como matérias fundamentais para o respeito pela dignidade humana. Conforme o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, no Artigo 1.º, a Declaração proclama inequivocamente os direitos inerentes de todos os seres humanos: "O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade, e o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem... Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos." É hoje reconhecido que os Direito Humanos têm uma importância inquestionável.

O Artigo 26.º da DUDH diz:

> 1. Todas as pessoas têm direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
>
> 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esta deve promover a compreensão, tolerância e amizade entre as nações, grupos religiosos ou raciais e deve promover as atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
>
> 3. Os pais têm o direito primário de escolher o tipo de educação que deve ser dada aos filhos.

Gostaríamos de realçar o segundo período do ponto 2: "(A Educação) deve promover a compreensão, tolerância e amizade entre as nações, grupos religiosos ou raciais (…)". Importa perceber como se pode cumprir este desiderato senão através de uma educação virada para a Inclusão.

Pretendemos perceber como poderemos desenvolver/promover uma educação mais inclusiva no ensino superior, quer através de metodologias de ensino, quer através da análise de dados sobre a utilização das tecnologias de Informação e Comunicação no contexto da pandemia SARS-COV-2, quer através dos dados de IES que apoiam os alunos com NEE.

A UNESCO, apresenta uma definição de Inclusão que nos pode clarificar o seu âmbito:

> "Processo de encarar e responder à diversidade de necessidades de todos os alunos através de uma maior participação na aprendizagem, culturas e comunidades e de reduzir a exclusão dentro (e provocada) pela educação. Implica mudanças e modificações no contexto, modelos, estruturas e estratégias".

Assim a construção de uma Educação que não falte ao seu compromisso com a Inclusão implica: a) uma escola em que todos os alunos aprendam, b) que os alunos aprendam numa cultura de respeito e de não discriminação c) uma escola que construa a aprendizagem/partilhas entre os alunos.

Daí que pretendamos perceber como foi a adaptação da comunidade académica às novas metodologias de ensino devido à Pandemia SARS-COV-2 através dos dados obtidos através de mais 2000 de inquéritos realizados. Mas, tendo em consideração o objetivo desde artigo pretendemos verificar quais as Instituições de Ensino Superior (doravante IES) que apoiam os alunos do ensino superior com necessidades educativas especiais (doravante NEE).

Deveremos falar em políticas inclusivas até porque é a ponte que nos faz recordar a temática da igualdade e consequentemente da diferença. As políticas inclusivas podem ser entendidas como estratégias direcionadas para os direitos humanos, pelo princípio da igualdade de oportunidades e pelo combate de todas e quaisquer formas de discriminação.

São estes os objetivos que as Instituições de Ensino Superior devem pretender atingir afim de os termos Inclusão e Direitos Humanos funcionarem, de facto, em uníssono.

Conceito de Inclusão e os Direitos Humanos

Inclusão, na sua forma primordial, significa Acolher. Acolher Todos, sem discriminação, com as suas diferenças, independentemente de sexo, idade, religião, origem étnica, raça, deficiência ou incapacidades.

Uma educação inclusiva é aquela que cria janelas de oportunidades iguais para todos e estratégias diferenciadas para cada um, de modo a desenvolver todo o seu potencial individual.

Todas as instituições escolares devem reconhecer a educação inclusiva como um direito humano básico e como alicerce de uma sociedade mais justa e igualitária. Assim, um dos maiores desafios colocado às instituições escolares diz respeito à sua capacidade de incluir todos. Segundo Booth e Ainscow (2002), a inclusão destina-se a todos os alunos, não se limitando apenas aos que são identificados como sendo da "Educação Especial". Essa visão é corroborada por inúmeros documentos internacionais, como a Declaração de Salamanca (1994), as Policy Guidelines on

Inclusion in Education (2009), o Guide for Ensuring Inclusion and Equity in Education (2013) e pela Declaração de Incheon (2015). Esta perspetiva tem como base a ideia de que para ser inclusiva a escola necessita combater barreiras existentes no campo do ensino-aprendizagem e combater restrições no campo da participação dos alunos para que seja possível deixar de colocá-los em situações de vulnerabilidade e de exclusão, perpetuando estigmas e preconceitos.

Garantir este direito humano básico implica que o ensino, a metodologia pedagógica, os recursos físicos e os equipamentos sejam reestruturados e que todas as instituições escolares trabalhem a partir de uma nova cultura, concretizada através de ações articuladas e da participação direta de todos os elementos da comunidade educativa - gestão pedagógica, gestão administrativa, docentes, funcionários, alunos, família.

Em regra geral, os cidadãos portadores de deficiências estão mais expostos a situações de pobreza que os restantes cidadãos, têm menos oportunidades não só no mercado de trabalho, mas também no acesso a serviços fundamentais como a educação, a rede de transportes ou o mercado imobiliário de habitação, por exemplo residências estudantis. Existiram, e existem, grandes dificuldades para a efetivação da plena participação dos estudantes com necessidades específicas de ensino no contexto do ensino superior.

Não surpreende, portanto, que a United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization tenha alertado as nações para o fato de a educação dessas pessoas e a sua plena inclusão na sociedade ser ainda um dos mais objetivos desafiantes do século XXI (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2009).

Independentemente da forma de discriminação, as barreiras sociais e físicas afetam, aproximadamente 80 milhões de pessoas (1 em cada 6 cidadãos). Paralelamente, a recessão económica tem produzido um impacto adverso na situação das pessoas com deficiência, bem como nas oriundas de meios sociais desfavorecidos, etnias diversas, outras religiões, outra origem racial, circunstância que contribui para acentuar a urgência de tomada de decisões neste domínio.

Receber um aluno com discrepâncias significativas ou com uma condição de saúde específica na sala de aula não significa que a Escola é Inclusiva.

A prática tradicional é exigir a esse aluno que tenha um desempenho igual a todos os outros.

Ao longo do tempo, os alunos com limitações físicas, por exemplo, têm sido apoiados informalmente nas necessidades alimentares, fisiológicas e deslocações, por familiares, ou por colegas "bondosos". Consideramos, por conseguinte, que este paradigma deverá ser alterado. As

instituições de ensino superior, em particular, para além das interações sociais, configuram-se como um espaço de construção e trocas de conhecimento. Assim, estas instituições são responsáveis pela promoção da cidadania e como tal tem o dever de criar oportunidades e incentivar uma educação para todos (Ozmantar, 2019). Por sua vez, convivendo numa comunidade académica, as pessoas com necessidades educacionais especiais podem ter um projeto de vida concretizado, principalmente quando o convívio e as trocas se fortalecem a partir do apoio mútuo (Miles, S., 2010, Florian, L., 2013, Määttä, K., 2018).

Neste enquadramento, o movimento da educação inclusiva representa um desafio para as instituições de ensino superior e, neste contexto, a informação disponível permite-nos constatar que a ausência de políticas públicas que promovam uma eficiente educação inclusiva parece ser uma evidência. Implementar, assim, ações educativas que tenham como alvo os estudantes com necessidades educacionais especiais no ensino superior é uma questão de democracia e cidadania.

A prática tradicional é exigir a esse aluno que tenha um desempenho igual a todos os outros, tendo por base condições semelhantes aos demais.

O conhecimento sobre o tema da diversidade e inclusão entre docentes e estudantes é reduzido, os serviços institucionais de apoio aos estudantes com Necessidades Educativas Especiais, ou oriundos de minorias étnicas ou raciais, são de reduzida eficácia ou conhecimento a diversos níveis, nomeadamente no que concerne às atitudes e práticas do pessoal docente e não-docente.

Sabemos de forma não formal que o conhecimento sobre o tema da diversidade e inclusão por parte de docentes e estudantes é reduzida, que os serviços institucionais de apoio aos estudantes com necessidades educativas especiais, ou oriundos de minorias étnicas ou raciais, são de reduzida eficácia ou conhecimento em diversos níveis, nomeadamente no que diz respeito às atitudes e práticas dos docentes e funcionários não-docentes (Pit-ten Cate, et. al. 2018)

O contexto do ODS 4 - Educação de Qualidade pela UNESCO

Em 2015, a comunidade internacional promoveu a discussão sobre os esforços para um desenvolvimento sustentável e enfatizou a importância da educação, como modo para se alcançar esse desenvolvimento e garantir um futuro sustentável para todos. Assim, foram estabelecidos 17

Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os referidos ODS formam a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Esses 17 objetivos e metas globais visam a estimular ações para os próximos 15 anos (de 2015 a 2030), com foco em cinco princípios iniciados com a letra "P", que são de suma importância:

1. Pessoas;
2. Planeta;
3. Prosperidade;
4. Paz;
5. Parceria.

A comunidade pertencente ao setor da educação reuniu-se no Fórum Mundial de Educação, na Coreia do Sul, em 2015, e elaborou a Declaração de Incheon, que constitui o compromisso em relação ao ODS 4, voltado especificamente para a educação.

Um dos principais motes passa por "Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos".

Além disso, a Declaração estabeleceu a agenda para a Educação 2030, que confiou à UNESCO com intuito de esta organização liderar, coordenar e ser o ponto focal para a educação no âmbito da coordenação principal dos ODS.

O Marco de Ação Educação 2030 descreve como traduzir na prática os compromissos estabelecidos em Incheon em âmbitos nacional, regional e mundial, além de fornecer diretrizes para a implementação da Educação 2030.

O ODS 4 impulsiona o sucesso dos demais objetivos, que, por sua vez, refletem o papel importante da educação ao encapsular metas do ODS 4. Em outras palavras, a educação também está incluída nos objetivos relacionados com a saúde, crescimento e emprego, consumo e produção sustentáveis, entre outros.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4 pretende garantir o acesso à educação inclusiva, de qualidade e equitativa, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, designadamente promovendo a construção e melhoria das infraestruturas escolares

apropriadas para crianças, sensíveis às deficiências e à igualdade de género, e que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros e não violentos, inclusivos e eficazes para todos.

A educação como um bem público, um bem comum global, um direito humano fundamental e uma base para garantir a realização de outros direitos.

Para garantir uma educação de qualidade devemos diversidade e fomentar a educação inclusiva.

As Metodologias de Ensino

Sabendo que a presença de alunos com Necessidades Educativas Especiais no ensino superior continua a ser minoritária, marcada ainda pelo abandono precoce e pelo insucesso académico, apontam-se como causas básicas para este fenómeno as barreiras arquitetónicas, a desadequação dos processos de ensino-aprendizagem, a ausência de recursos educativos adequados (ex. Braille, tradutor de linguagem gestual, etc.) e como reafirmou a UNESCO principalmente as barreiras das atitudes e da representação social (UNESCO; 2017).

Existe a European Agency for Special Needs and Inclusive Education que tem desenvolvido um trabalho muito importante nesta área e cuja frase que norteia toda a agencia é a seguinte: *"Preventing school failure involves developing an inclusive system where all learners – including those at risk of failure and most vulnerable to exclusion – receive a high-quality education."*[3] Não obstante os projetos desenvolvidos por esta agência em parceria com os Estados Membros têm desenvolvido sobretudo projetos de educação inclusiva em todos os níveis de escolaridade, mas não no ensino superior, o que se compreende pelo facto de não ser ensino obrigatório, mas isso não significa que não seja necessário elaborar políticas inclusivas.

A análise e desenvolvimento destas questões aumenta a responsabilidade das instituições de ensino superior no sentido de implementarem políticas educativas e atuarem de forma inclusiva.

A capacitação dos agentes envolvidos na educação inclusiva, especialmente da Presidência das instituições, dos diretores dos cursos e dos docentes das unidades curriculares, é provavelmente um dos fatores mais relevantes para o êxito da implementação da educação inclusiva.

Talvez essa relevância não tenha sido reconhecida no passado.

[3] In https://www.european-agency.org/.

A educação inclusiva é algo novo e as políticas educacionais têm se concentrado principalmente na promoção de resultados académicos, e não na igualdade na educação.

Consideramos que há muito espaço para melhorias através da ampliação do escopo de Educação inclusiva. Novas responsabilidades e papéis devem ser definidos para as instituições de ensino superior e para os docentes, a fim de permitir instituições educacionais efetivas e equitativas e garantir educação de qualidade a todos os alunos, independentemente de suas necessidades.

O ensino à distância em tempos de pandemia SARS-COV-2

De forma a conter os impactos desta pandemia a maioria dos países adotou o isolamento social temporário. Portugal não foi exceção. Consequentemente, as escolas encerraram e o ensino presencial foi suspenso, afetando 90% dos alunos em todo o mundo entre 19 de março e 24 de abril de 2020 (UNESCO, 2020).

A heterogeneidade de cursos, de 1º e 2º ciclo das Instituições de Ensino Superior, as especificidades das unidades curriculares, acrescida das diferentes experiências de professores e alunos para a utilização dos meios necessários ao ensino a distância (EaD), e das tecnologias em geral, levantou questões de diversas ordens e naturalmente levou a diferentes níveis de (in)satisfação. Através das tecnologias de informação e comunicação, na investigação por questionário e nas metodologias quantitativas, de modo a compreender como foi percecionada esta experiência, por parte de alunos e professores de todo o espaço português do ensino superior. Para este efeito foram elaborados e implementados dois questionários: um dirigido a alunos, outro, a professores de instituições de ensino superior (IES) com vista a registar diferentes aspetos das suas vivências enquanto atores do processo de ensino aprendizagem realizado em período de confinamento.

Regulamentado pela portaria 359/2019, de 8 de outubro a modalidade de ensino a distância deve constituir uma alternativa de qualidade para os alunos impossibilitados de frequentar presencialmente uma escola, assente na integração das tecnologias de informação e comunicação (TIC) nos processos de ensino e aprendizagem como meio para que todos tenham acesso à educação e não apenas numa mera reprodução ou paralelo do ensino presencial.

Neste âmbito apresentaremos alguns dados estatísticos e este propósito.

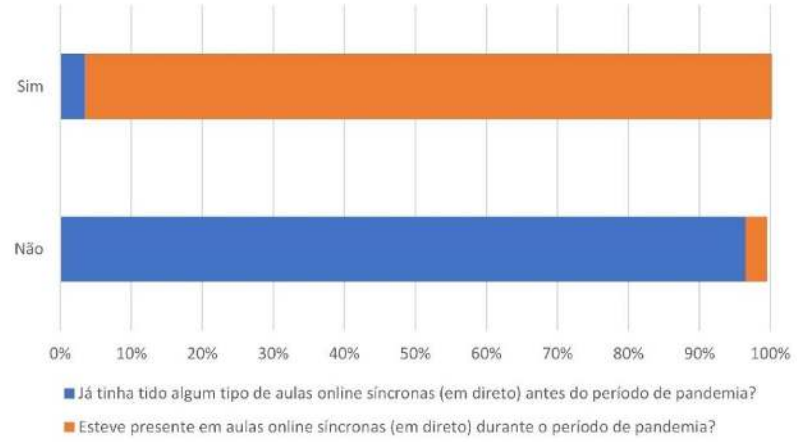
Apresentamos o resultado gráfico obtido através de um questionário a cerca de 2000 alunos de diferentes instituições de ensino superior portuguesas onde se verifica claramente que a integração de uma parte essencial das Tecnologias de Informação e Comunicação (doravante TIC) só se deu após o confinamento para a grande maioria dos alunos de IES português.

As questões colocas foram as seguintes:

1 – Já tinha tido algum tipo de aulas online síncronas (em direto) antes, do período de pandemia?

2 – Esteve presente em aulas síncronas (em direto) durante o período de pandemia?

Figura 1 – Contacto de alunos com aulas online, antes e durante a pandemia



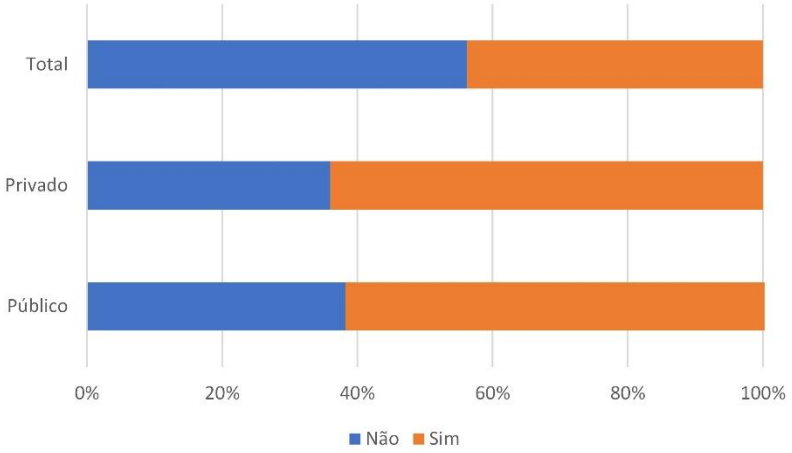
Fonte: Própria

Pode observar-se que a grande maioria dos alunos não tinha tido nenhum tipo de aulas online síncronas, antes do período de pandemia (96%) e esteve presente em aulas online síncronas durante esse período.

Estas metodologias são ainda mais exigentes quando falamos da necessidade de estudantes com necessidades educativas especiais e também aqui, estamos certos que a devida atenção pode ser melhorada neste domínio, pois ao observarmos dados disponibilizados pela Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (DGEEC) às Instituições de Ensino Superior (IES) com o objetivo de efetuar um retrato das condições, em geral, das Instituições no apoio/acompanhamento às necessidades educativas especiais (NEE) dos estudantes com incapacidades verificamos que a maioria da IES (56%) não dispõem de um serviço especifico de apoio/acompanhamento aos

estudantes com NEE, sendo essa percentagem idêntica em ambos os subsistemas de ensino público e privado, como se pode verificar no gráfico seguinte:

Figura 2 – IES portuguesas com serviço especifico de apoio a estudantes NEE



Fonte: DGEEC

Em face do exposto, verificamos que as TIC foram as metodologias privilegiada em tempo de pandemia, mas tendo em consideração que as IES ainda prestam pouco apoio aos estudantes com NEE esta conjugação de fatores parece-nos que poderá ter exacerbado as dificuldades destes alunos, promovendo ainda menos a Inclusão de TODOS e o consequente respeito pelos Direitos Humanos.

Conclusão

Não parece ser possível, e menos ainda racional, pensar que se pode assegurar o Direito à Educação sem assumir a necessidade de implementarmos práticas educativas inclusivas.

Consideramos que se o ensino superior funcionar no limite abaixo das necessárias respostas educativas de qualidade para todos os discentes estamos perante um atentado aos Direito Humanos a na medida em que inviabiliza o apoio na diferença que é a condição de florescimento da Inclusão. A Inclusão deve pois, estar embutida nos Direitos Humanos em geral e no Direito à Educação em particular.

A consolidação da Inclusão em todas as áreas da nossa vida comum é fator de coesão, de desenvolvimento, de sustentabilidade e de justiça social. A Inclusão é um Direito Humano em

desenvolvimento que precisa de ser assegurada como meio para alcançar os outros direitos e como fim em si mesmo de forma a permitir a todos os cidadãos uma vida digna e que valha a pena ser vivida.

Não podemos esquecer o Direito à Igualdade que se pode resumir no brocado "*tratar igual o que é desigual."*

Concluímos que em Portugal ainda muito há para fazer designadamente porque há ainda uma percentagem muito baixa de instituições de Ensino Superior que apresentam serviços específicos de apoios aos alunos com necessidades educativas.

Assim, o caminho da Inclusão e do respeito pelos Direito Humanos está ainda longe de estar concluído.

Compete a toda a comunidade académica colocar a Educação Inclusiva e respeitadora dos Direitos Humanos *in action*.

REFERÊNCIAS

BOOTH, Tony; AINSCOW, Mel. **Índex para a inclusão**: desenvolvendo a aprendizagem e a participação na escola. Bristol: CSIE, 2002.

Centro de Informação Europeia Jacques Delors: **Plano de Ação Europeu**: Igualdade de Oportunidades para pessoas com deficiência (2004-2010) Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/5d0a009d09ef4d04a6a790adabd57ea3.0013.02/DOC_2

FLORIAN, L., SPRATT, J. (2013). **Enacting Inclusion**: A Framework for Interrogating Inclusive Practice. European Journal of Special Needs Education, 28(2), 119-135.

HESSE-BIBER. S.N. (2010). **Mixed methods research**: merging theory with practice. New York: Guilford Press.

MÄÄTTÄ, K., Äärelä, T., UUSIAUTTI, S. (2018). **Challenges of special education**. In S. Uusiautti & K. Määttä (Eds.) New methods of special education (pp. 13-29). Frankfurt am Main: Peter Lang.

MILES, S., Singal, N. (2010). **The Education for All and Inclusive Education Debate**: Conflict, Contradiction or Opportunity? International Journal of Inclusive Education, 14(1), 1-15.

MORAIS, Carlos. ***Descrição, análise e interpretação de informação quantitativa****:* Escalas de medida, estatística descritiva e inferência estatística. Bragança: Escola Superior de Educação – Instituto Politécnico de Bragança, s/d.

OZMANTAR, M., F. (2019). **WISH**: Work for an Inclusive School Heritage Project. Final Report.

PIRES, L., PINHEIRO, A., OLIVEIRA, V. (2014). **Inquérito nacional sobre os apoios concedidos aos estudantes com necessidades educativas especiais no Ensino Superior**. Seminário Inclusão no Ensino Superior – 10 anos do Grupo de Trabalho para o Apoio a Estudantes com Deficiência no Ensino Superior. https://www.gtaedes.pt/estudo-e-publicacoes/

PIT-TEN Cate, I. M., Markova, M., KRISCHLER, M., KROLAK-SCHWERDT, S. (2018). **Promoting Inclusive Education**: The Role of Teachers' Competence and Attitudes. Insights into Learning Disabilities 15(1), 49-63.

UNESCO, (2013). **A guide for ensuring inclusion and equity in education**. Paris.

UNESCO, (2015). **Marco da educação 2030**: Declaração de Incheon. Incheon, Coreia do Sul.

UNESCO (2017) **Educação para os objetivos de desenvolvimento sustentável**: Objetivos de aprendizagem. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000252197&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_3acb5be4-019b4e86aaadd439004908df%3F_%3D252197por.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000252197/PDF/252197por.pdf#%5B%7B%22num%22%3A77%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C-168%2C828%2C0%5D Acesso em: 16 out. 2020

DIREITO À EDUCAÇÃO PELO USO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS: OS DESAFIOS (OU PROBLEMAS) ENFRENTADOS EM PORTUGAL E NO BRASIL

RIGHT TO EDUCATION BY THE USE OF DIGITAL PLATFORMS: THE CHALLENGES (OR PROBLEMS) FACED IN PORTUGAL AND BRAZIL

Fernando S. Gregorio[1]

Resumo: Neste artigo discutimos sobre o direito à educação e o uso das plataformas digitais como elemento democrático do ensino. Portugal e Brasil são exemplos tomados como parâmetro das políticas públicas desenvolvidas ao longo do confinamento obrigatório, ao mesmo tempo como fontes de informação se tais práticas conseguem vencer as dificuldades inerentes ao confinamento obrigatório que nasceram durante o período da pandemia ocasionada pela manifestação da COVID-19. Os resultados preliminares obtidos no trabalho demonstram um grande desafio a ser enfrentado no campo das políticas públicas expandidas nos dois países, e que tais políticas são parcialmente eficientes no combate ao problema pandémico. Optou-se por adoptar o emprego do método empírico de obtenção dos resultados da pesquisa, mediante dados oficiais, entrevistas concedidas à comunicação social por agentes públicos e à própria reflexão académica sobre estes mesmos elementos. Concluímos que os resultados obtidos indicam que o sistema de ensino à distância tem sido eficaz como um elemento agregador da educação moderna, e que poderá num futuro próximo ser utilizado como elemento aglutinador da educação formal, independentemente de existir ou não uma crise sanitária.

Palavras-chave: direito à educação; educação à distância; pandemia; políticas públicas.

Abstract: In this article we discuss the right to education and the use of digital platforms as a democratic element of education. Portugal and Brazil are examples taken as a parameter of public policies developed during mandatory confinement, at the same time as sources of information if such practices manage to overcome the difficulties inherent in mandatory confinement that were born during the pandemic period caused by the manifestation of COVID-19. The preliminary results obtained in the work demonstrate a great challenge to be faced in the field of expanded public policies in both countries, and that these policies are partially efficient in combating the pandemic problem. We opted to adopt the empirical method of obtaining the results of the research, using official data, interviews given to the media by public agents and to the academic reflection on these same elements. We conclude that the results obtained indicate that the distance learning system has been effective as an aggregating element of modern education, and that in the near future it can be used as an aggregating element of formal education, regardless of whether or not there is a health crisis.

Keywords: formal education; distance learning; pandemic; public policy.

Introdução

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), Mestre em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal), Professor Universitário convidado, Advogado e Investigador Científico.

As sociedades nos diversos Estados contemporâneos têm vivido, a cada período histórico, desafios ou grau de problemas que tornam-se (muitas das vezes) elementos que compõem a vida quotidiana, dada a natureza e particularidade de tais desafios modulares, compreendendo uma mudança significativa no modo de pensar, viver e encarar a realidade social. Não significa, com isso, que os povos têm a tendência de esmorecer ante os problemas que se colocam como verdadeiros desafios: a capacidade das sociedades modernas de enfrentarem os problemas estruturais nasce da busca colectiva de superar as mesmas adversidades que podem, posteriormente, apresentarem-se como um aprendizado universal.

E em todas as fases históricas os indivíduos (e a própria colectividade) retiram experiências positivas mesmo quando o caos está presente, de maneira que a vida social torna-se ainda mais dinâmica e significativa, levando-nos a crer numa espécie de optimismo duradouro e pedagógico no enfrentamento das crises e situações adversas[2]. A educação (ou o direito à educação) não se afasta desta análise. Com a manifestação da pandemia causada pela COVID-19, atingindo tudo e todos, torna-se crucial nossas reflexões sobre as possibilidades no enfrentamento dos problemas ocasionados por este fenómeno, e tentando buscar, ao mesmo tempo, soluções no lidar com a modificação das relações sociais que se apresentam nos dias atuais, de maneira que minimizemos os impactos directos e indirectos em nossa «normalidade quotidiana».

Neste trabalho debruçamo-nos por compreender alguns aspectos que tocam o direito à educação, e a possibilidade de utilizarmo-nos das plataformas digitais no enfrentamento da crise nesta área importante da vida social. Procuraremos trazer, como pano de fundo, as experiências portuguesa e brasileira no enfrentamento da crise. Erros e acertos serão objecto desta reflexão, embora sem o carácter opinativo ou de juízo de valor. Naquilo que couber, traçaremos paralelos entre as duas culturas jurídicas e suas tendências culturais em lidarem com este espectro sociológico.

Iniciaremos com uma síntese histórica sobre a educação e sua estrutura tradicional de transmissão do conhecimento tal como usualmente a concebemos. Esta proposta faz-se pela

[2] Para Edgar Morin a crise e a incerteza podem aguçar o questionamento das situações concretas. Segundo o autor: «As crises agravam as incertezas, favorecem os questionamentos; podem estimular a busca de novas soluções e também provocar reações patológicas, como a escolha de um bode expiatório. São, portanto, profundamente ambivalentes. Para entender o que acontece e o que vai acontecer no mundo, é preciso ser sensível à ambiguidade. O que é a ambiguidade? Ela se traduz pelo fato de que uma realidade, pessoa ou sociedade se apresenta sob o aspecto de duas verdades diferentes ou contrárias, ou então apresenta duas faces, não se sabendo qual é a verdadeira», in MORIN, Edgar et. al. **Como viver em tempo de crise?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, pos. 54 [recurso eletrônico]. Tradução de Clóvis Marques. – 1.ª ed. ISBN 9788528618549. Neste sentido, procuraremos dispor nossa análise baseada na ambiguidade trazida pela manifestação da Covid-19, onde o direito à educação não deverá ser ameaçado, sendo possível usufruirmos das plataformas digitais como tentativa de afastar, neste espectro de observação, qualquer mitigação do conhecimento.

necessidade de comportar o tema numa delimitação proposital, de sorte que a idéia do direito à educação nasceu das práticas tradicionais de ensino, onde as conquistas das sociedades através do tempo permitiram-nos usufruir deste direito e das garantias a ele condicionadas. Em outras palavras, a síntese histórica acrescentada levar-nos-á ao objecto central deste trabalho: repensar o direito à educação através do uso das plataformas digitais.

Na mesma direcção, começaremos por analisar algumas políticas portuguesas quando do enfrentamento do problema da educação em tempo de confinamento obrigatório – ainda que tal confinamento tenha sido minimizado circunstancialmente –, bem como o entendimento actual sobre as políticas públicas nos dias que seguem.

Posteriormente, analisaremos o caso brasileiro e, tal como em Portugal, tentamos descortinar as actuais políticas públicas na área da educação à distância, e onde existem melhorias e retrocessos no uso das plataformas digitais para a optimização do conhecimento e formação dos estudantes no período da pandemia.

A seguir, propomos uma reflexão acerca das plataformas digitais como uma possibilidade inovadora na formação educacional contemporânea, embora com a consciência de seu papel coadjuvante na formação do indivíduo, e não como um sistema fechado em si mesmo. Meditaremos sobre o modelo *e-learning* na óptica do reforço do conhecimento como modalidade não tradicional, e não como elemento estanque ou substitutivo do método tradicional (e, portanto, presencial) da ditáctica tradicionalmente eficiente na transmissão do conhecimento.

Assim, justifica-se a presente análise por entendermos a seriedade da formação educacional na cultura geral da sociedade, sendo certo que a pandemia trouxe-nos um novo desafio quando meditamos a respeito das nossas práticas educacionais desenvolvidas ao longo do tempo (e se estas continuam válidas), e a busca da eficácia plena no desenvolvimento intelectual dos indivíduos.

Tema sensível e caro a todos, também o é para as ciências sociais aplicadas, de sorte que ao reflexionarmos neste campo, afastamo-nos dos debates político-partidários que não corroboram para a compreensão da crise pandémica actual, insistindo tão-somente nos elementos que se conformam com a realidade jurídico-constitucional de garantias e liberdades fundamentais para o desenvolvimento humano.

Por fim, deixaremos uma síntese conclusiva de tais observações, com o desiderato de fomentar o debate sociológico-jurídico da educação e o direito que lhe é assente, mesmo quando devemos enfrentar e ao mesmo tempo ultrapassar as dificuldades que se colocam devido à mudança comportamental que afectou a sociedade contemporânea.

Histórico e generalidades sobre a educação contemporânea

Observa-se, desde a Idade Média, quando surgem as primeiras manifestações do ensino profissionalizante, a tentativa de estruturar o conhecimento de maneira a atingir um maior número de pessoas que por vocação ou por privilégios concedidos poderiam ter acesso às escolas e universidades[3]. Em síntese, surgem as primeiras corporações de ofício e pequenos grupos de artesãos que levariam a cabo a idéia de construção do conhecimento por um método de ensino que daria ao indivíduo a possibilidade de formar-se numa profissão. O mesmo ocorre com as universidades, que passaram a reunir intelectuais e indivíduos interessados em disciplinas e conhecimentos específicos, com investigações diversas no campo do saber, e que propiciaram o desenvolvimento de toda uma estrutura científica e mecanicista em prol da Humanidade.

No período compreendido entre os séculos XVIII e XIX evidencia-se través das revoluções ocorridas no tempo o início daquilo que se tem por denominação chamar a «democratização do ensino público», com crescimento exponencial das escolas fundamentais e superiores. Esta providência deveu-se, com importante destaque, já no século XIX, a instituição da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que desdobrou-se no cenário interno dos Estados com instrumentos jurídicos próprios em matéria de educação e também as diretrizes gerais sobre o tema do ensino público e privado.

A educação contemporânea é, assim entendemos, desenvolvida através de arranjos políticos e pelas necessidades profissionais diversas, muito mais voltada a um plano específico de formação tecnológica do que a um objectivo humanístico geral. Embora não haja um erro de estruturação da educação em moldes políticos, tal proposta é muito mais voltada a interesses circunstanciais (como, por exemplo, dar ao maior número de indivíduos uma formação elementar em detrimento da busca de uma formação/vocação voltada às inteligências naturais de cada indivíduo). A educação contemporânea estaria aquém dos moldes iniciados no

[3] Um fenómeno recorrente durante a Idade Média – e que marca o Feudalismo de maneira pormenorizada – é a consciência da herança romana, onde o Estado sempre foi superior à cultura e ditava, mediante a monarquia, o seu *espírito estatal* e, como ditador da cultura, conferia-lhe existência e continuidade se estivesse conformada com os valores pré-estabelecidos. Cf, BURCKHARDT, Jacob. **Reflexiones sobre la Historia Universal**. México: Fondo de Cultura Económica, p. 179 e 136, respectivamente. Tradução de Wenceslao Roces. ISBN 978-968-16-0513-1. Ao nosso sentir, a mesma sistemática atravessou os tempos modernos, conferindo ao Estado o monopólio (não a exclusividade) da educação pública e presencial.

classicismo europeu e percorrido pela Idade Média, ou seja, muito mais voltada à formação profissionalizante do que as propostas antecessoras de formação da plenitude do Homem[4].

Como dito, não há um erro nesta proposta – apenas serve-nos de esteio para uma reflexão sobre o papel contemporâneo na educação dos indivíduos, que também se manifesta como um «sinal dos tempos», cuja necessidade social aponta, para cada dia, a necessidade de formar indivíduos em um tempo razoavelmente rápido, com um maior número de disciplinas electivas. Sendo assim, a educação à distância poderá ser um elemento fundamental na formação contemporânea.

Críticas à parte, um fenómeno importante da educação contemporânea notadamente actual é aquele que compreende a disseminação do conhecimento através do uso das plataformas digitais, algo inexistente ou pouco usual se comparado às tecnologias das décadas passadas, ainda que que existiam cursos por correspondência e outras plataformas semelhantes para a profissionalização de adultos com pouca formação escolar/académica. No entanto, com o advento da internet surgiram possibilidades mais ampliadas no destaque do ensino à distância, de maneira que popularizou-se os sistemas EaD – Ensino à Distância – seja no campo académica seja em cursos de curta duração.

No mundo anglo-saxónico tais ferramentas começaram mais cedo a serem utilizadas, até mesmo nas plataformas das grandes universidades do Reino Unido e Estados Unidos da América, de sorte que no conforto do lar estudantes de qualquer região do mundo podem ter acesso a conferências, aulas e formação livre em algumas destas plataformas.

Os exemplos trazidos acima reflectem a importância do uso das plataformas digitais na formação contemporânea dos estudantes, de maneira que o ensino à distância tornou-se uma grande possibilidade de exercer democraticamente o direito à educação, pois o nível destas plataformas tendem a elevar-se ainda mais, atingindo populações diversas e que não teriam outra oportunidade de formação se não fosse realizada nestes termos digitais.

Para aqueles que encontram-se no período escolar, e diante do quadro pandémico que se manifestou no início de Março de 2020, as plataformas digitais podem preencher uma lacuna

[4] Referimo-nos àquilo que usualmente é entendido como «cultura geral», isto é a ferramenta de indução ao conhecimento. Em análise semelhante, v. ENKVIST, Inger. **Repensar a educação**. Tradução de Daniela Trindade. São Paulo: Bunker Editorial, 2017, p. 145. ISBN 978-85-68451-00-7. Segundo a autora: «A inteligência possui uma parte individual muito importante, mas a ferramenta do intelecto é uma criação coletiva no sentido de que depende do acesso aos livros, à educação, aos bons professores, em uma palavra, a um ambiente culto. Uma cultura intelectual é construída lentamente durante séculos e, já que os seres humanos são seres biológicos, não existe outra maneira de conservar o alcançado que não seja transmitido à geração seguinte. Os produtos do trabalho intelectual de nossos antepassados formam a base imaterial sobre o qual está construída a sociedade. O desenvolvimento técnico do que desfrutamos e que depende do desenvolvimento intelectual geral também nos é entregue de herança para conservá-lo e desenvolvê-lo. Se não aceitamos a responsabilidade pela transmissão dos conhecimentos, o retrocesso intelectual e tecnológico é inevitável».

existente no ensino presencial: a dificuldade de manter alunos e professores num espaço fechado (logo, com risco de contágio) e com razoável segurança; e ainda a possibilidade de gerenciamento da crise por meio de vídeo-aulas e actividades on-line que reduzem os riscos inerentes ao problema ocasionado pela Covid-19.

Não apenas o problema manifestado pela pandemia é, por si, a dificuldade que se coloca (embora seja o elemento de reflexão quando vivemos um tempo de crise), mas também a necessidade de mudança de entendimento daquilo que seria a educação à distância e o direito a ela referido. É dizer, de outro modo, que o direito à educação pelo uso das plataformas digitais tornou-se um dado da realidade, uma conquista social angariada pelo tempo oportuno de haver a democratização das tecnologias ao serviço do indivíduo, conjugada com a possibilidade de ter acesso irrestrito a um mundo tecnológico que supera as experiências passadas – naquilo que referimos como uma formação além da profissão –, reunindo conhecimentos que dantes eram restritos a um número insignificante de pessoas, por um alto custo económico.

Com este pequeno relato, propomo-nos divagar sobre a possibilidade do uso das plataformas digitais como instrumento de democratização do ensino – e por via transversa, da democratização do próprio conhecimento –, com o objectivo primeiro de reflectirmos sobre o direito à educação materializado nesta modalidade de transmissão do saber.

Nas linhas que se seguirão utilizaremos as experiências portuguesa e brasileira no emprego das plataformas digitais para a educação e formação dos estudantes nos diversos ciclos educacionais. Tentaremos propor uma análise geral sobre os desafios ou problemas nestes Estados quando da implementação dos instrumentos digitais para o uso extra-classe, bem como uma reflexão sobre as dificuldades inerentes ao tema quando pensamos, sobretudo, no tempo presente onde existe uma situação pandémica que, inusitadamente, modificou as relações entre o aprendizado presencial e a necessidade de criar-se novas plataformas de distribuição do conhecimento.

O uso das plataformas digitais em Portugal. Breve relato.

Portugal utilizou-se, num primeiro momento, e de acordo com a configuração das estruturas pretéritas de ensino, daquilo que convencionou-se chamar de «ensino por correspondência», modo educativo anterior às tecnologias de inovação conhecidas no tempo presente como plataformas digitais, ou método e-learning. Este método de ensino por correspondência permitiu a milhares de portugueses poderem usufruir de uma educação técnica, ajudando-os em muitos aspectos a terem sua primeira formação profissional.

Para alguns autores, o início da formação em Portugal pelo método à distância – e da preocupação estatal na orientação educacional profissionalizante – começa nos anos de 1973[5], embora sua formalização no campo do ensino superior tenha surgido em 1988 com a fundação da Universidade Aberta (UAb), primeira e única instituição de ensino público português a desenvolver o método de formação à distância, com cursos de licenciatura, mestrados e doutoramentos visando a inovação das plataformas digitais na composição da formação universitária.

No plano dos primeiros ciclos elementares de estudos ainda é notória a ausência de uma metodologia para o uso das plataformas digitais na composição das disciplinas tidas como electivas, embora o Ministério da Educação e universidades têm demostrado uma preocupação para dirimir o problema em âmbito nacional[6]. Um exemplo importante para a adaptação ao novo modelo digital foi iniciado pela Universidade Nova de Lisboa (CITI – Centro de Investigação para Tecnologias Interactivas), com o objectivo de disponibilizar materiais para os alunos do 1.º ciclo do ensino básico. Também optou-se por retomar o ensino através do sistema de transmissão pública por televisão das aulas elementares, com alcance em todo o território nacional, de maneira que os alunos mais carenciados – e que não possuem instrumentos tecnológicos em casa – pudesse usufruir do ensino sem terem prejuízos maiores no acompanhamento das disciplinas.

Ao nosso sentir, há uma certa resistência na cultura portuguesa em optar pelo ensino à distância (embora durante a pandemia exista uma confluência de esforços em sanar as dificuldades inerentes ao problema), com certa «enfâse» ao ensino público e presencial; no entanto, discute-se actualmente a necessidade de utilizar-se as plataformas digitais como complementaridade do ensino moderno[7].

---

[5] Para apreciação do assunto, v. RURATO, Paulo et. al. **História do ensino a distância: uma abordagem estruturada**. Porto: Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Universidade Fernando Pessoa, 2004, pp. 159-168. ISSN 1646-0502. 1.

[6] A Escola Virtual (EV) tornou-se uma ferramenta importante para a difusão do método e-learning em Portugal. Aprovada pelo Ministério da Educação, esta plataforma digital foi criada pela Porto Editora na tentativa de reunir alunos e professores na difusão do ensino à distância, em que pese as críticas e resistência culturais. Em artigo de opinião publicado em 08 de Março de 2020 pelo *site* «educare.pt» observa-se que existe uma preocupação (legítima) sobre o funcionamento das actividades à distância: «Em Portugal, a falta de material tecnológico tem sido uma das queixas por parte da comunidade escolar. Governo, autarquias e sociedade civil (com acções de solidariedade diversas) têm unido esforços para solucionar o problema, que ainda não tem fim à vista. Porque, apesar de ainda não se saber como vai decorrer o terceiro período, os agrupamentos escolares têm-se adiantado e estão, eles próprios, a preparar-se para fazer chegar aos alunos conteúdos, trabalhos e aulas, de forma virtual». Dada a falta de tradição no uso das plataformas digitais, Portugal enfrenta o desafio de incorporar este método de ensino num período conturbado ocasionado pela pandemia. Para acesso ao artigo, v. [https://www.educare.pt/noticias/noticia/ver/?id=166487&langid=1]. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

[7] Esta é a opinião do Ministro da Educação em entrevista à Agencia EFE, com fulcro a discorrer sobre as dificuldades enfrentadas em Portugal quando do confinamento obrigatório.

Existem, por obviedade, as dificuldades materiais quando da implementação das políticas públicas no combate à pandemia, bem como a continuidade do ensino regular em tempo de incertezas provocadas pela Covid-19. Em momentos de crise temos uma tendência imanente de buscarmos culpados ou responsáveis pelas dificuldades que se manifestam. Não é este o nosso propósito. Ao contrário, as questões que se colocam têm o escopo de apreciar e perceber em qual nível ou grau de incertezas nossas políticas públicas se encontram, e quais as possíveis indagações/soluções podemos prever para enfrentarmos com certa resignação a crise contemporânea que afecta a todos, e no caso do tema proposto, quais são as reflexões que podemos delinear para o enfrentamento das dificuldades.

Voltando ao tema específico, a tradição portuguesa de ensino é aquela com carácter público e presencial. Autores divergem sobre os caminhos da educação, mas convergem que este deve se pautar no espaço público presencial, onde a «cooperação entre alunos e professores» proporcionam o ensino de qualidade, e tal proposta não deve ser deixada a outra dimensão pedagógica[8].

Legítimas são as dúvidas que se colocam em relação ao ensino à distância, mas seria contraproducente ignorarmos a panóplia de possibilidades que se criam ao compormos os dois sistemas modelos pedagógicos. Não estaria em causa se um sistema substitui o outro, mas como podem inter-relacionarem-se no tempo e no espaço para a democratização do ensino de qualidade e, por conseqüência, reestruturar a percepção daquilo que é a causa maior do tema (ao menos no campo sócio-jurídico): o direito à educação pelo uso dos instrumentos tecnológicos diminui o sentimento de que alguns indivíduos não usufruem da inclusão digital em sentido amplo.

Também parece-nos caro apreciar as dificuldades de implementação das tecnologias em todas as escolas e universidades. No âmbito universitário a dificuldade no domínio das tecnologias torna-se menos evidenciada, pela própria estrutura que as universidades possuem em termos digitais e a evidenciada tendência do uso informático na apresentação das propostas de ensino (aulas, relatórios, conferências já fazem parte das experiências dos alunos do ensino superior). No nível elementar dos ciclos de estudos as dificuldades se apresentam em dois

Disponível em: [https://www.efe.com/efe/portugal/destacada/portugal-li-es-do-ensino-publico-em-tempos-de-pandemia/50000440-4259483]. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

[8] É o que se extrai do pensamento do professor António Nóvoa. Em entrevista ao Sindicato dos Professores de Novo Hamburgo/RS, Nóvoa relata seu pensamento voltado ao modelo tradicional de ensino. Para análise da entrevista, v. [http://www.ie.ulisboa.pt/noticias/a-educacao-em-tempos-de-pandemia]. Acesso em 06 de Outubro de 2020.

grupos: a ausência da cultura informática nas escolas, bem como a ausência da tradição do uso das plataformas digitais em nível nacional.

Em que pesem os desafios formais de implementação do uso dos meios informáticos nas escolas, há também o desafio material, qual seja, o custo dos instrumentos tecnológicos e sua disponibilização nos lares portugueses[9]. Com a manifestação da Covid-19 desenvolveu-se um problema de cunho económico que tornou-se um obstáculo para alguns estudantes do ensino superior poderem custear os seus estudos, de maneira que muitos tencionam abandonar os cursos[10].

Uma proposta que poderia ajudar a contornar o problema material seria um incentivo governamental para que professores e alunos adquiram a preços convidativos os instrumentos informáticos que lhe são essenciais, independentemente se há uma crise pandémica que exija a adaptação de todos. O direito à educação pelo uso das plataformas digitais pode se materializar nesta questão, onde o próprio Estado é o agente garantidor da política que proporciona ao indivíduo o pleno desenvolvimento de suas capacidades e possibilidades pedagógicas.

O uso das plataformas digitais no Brasil. Breve relato.

[9] As pesquisas oficiais e não oficiais divergem quanto ao número de utilizadores dos instrumentos informáticos. Estima-se que 23% dos estudantes não possuem computador com conexão à Internet, e que apenas 23% dos docentes do ensino público adaptaram-se ao ensino à distância, utilizando-se do método das videoconferências ou da gravação dos vídeos. Embora com o alcance da Internet próximo aos 85% nos lares portugueses, para muitos alunos e professores a aquisição de tablets ou computadores ainda é inviável dado o custo envolvido na compra e as condições sócio-económicas da maior parte da população. Em estudo realizado pelo Centro de Economia da Educação da Universidade Nova de Lisboa – SBE Economics of Education Knowledge Center (EEKC), extrai-se algumas observações sobre a estratégia do ensino à distância: «Entre escolas privadas e públicas as maiores diferenças são observadas no recurso a aulas por videoconferência ou gravação de vídeos. 63% dos professores de escolas privadas reportam estar a lecionar aulas por videoconferência, sendo que este valor cai para 22% no caso de professores de escolas públicas.

27% dos professores das escolas privadas reportam disponibilizar vídeos gravados pelos próprios, sendo esta percentagem de 8% entre professores de escolas públicas». Sobre a realidade em adaptarem-se ao ensino à distância temos a seguinte inquirição: «Numa escala crescente de 1 a 7, os professores inquiridos tendem a avaliar favoravelmente a sua adaptação ao ensino a distância, bem como a dos seus alunos e respetivos encarregados de educação. Em média, os professores classificaram a sua própria capacidade de adesão e adaptação em 5,32. Em média, os professores classificaram a adesão e adaptação dos seus alunos em 4,54. Em média, os professores classificaram a adesão e adaptação dos encarregados de educação em 4,13». Por fim, acerca da assiduidade dos alunos e participação on-line: «Nas escolas privadas, 33% dos professores recolhem informação acerca da participação em aulas online, e 39% regista a assiduidade dos alunos nestas mesmas aulas. Estes valores caem nas escolas públicas para 9% e 14%, respetivamente». Para a íntegra do inquérito, v. [https://kc-economics-of-education.github.io/ensino-distancia-resultados/]. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

[10] Segundo a Federação Académica do Porto (FAP), um em cada cinco estudantes perderam seus rendimentos devido à pandemia, levando-os assim ao pensamento de desistência do ensino superior. Para a íntegra da matéria v. [https://www.dn.pt/edicao-do-dia/05-ago-2020/associacoes-academicas-temem-que-pandemia-aumente-desistencias-do-ensino-superior-12487333.html]. Acesso em 11 de Outubro de 2020.

O caso brasileiro não é diametralmente oposto ao caso português. Com características distintas, por obviedade, apenas difere de seu homólogo na complexidade das estruturas estatais e nos contrastes regionais que perfazem sua história pretérita. No que se refere a conjuntura do ensino à distância, o Estado brasileiro teve seus primeiros modelos em 1904, com os chamados cursos por correspondência, supletivos e cursos profissionalizantes[11].

No moderno Estado brasileiro a educação à distância recebeu atenção em todos os ciclos de estudos nacionais – embora com dedicação variada e disforme entre o ensino fundamental, médio e superior –, com sólida regulamentação daquilo que seria um meio de aumentar a efectividade das políticas públicas na área do ensino e conhecimento tecnológicos[12]. Com críticas também legítimas por parte dos estudiosos do tema, há a preocupação e cautela sobre os melhores meios de se implementar as políticas públicas de modo a efectivar direitos, garantir e assegurar valores sociais ao mesmo tempo permitir o uso das tecnologias no ensino à distância, num Estado com dimensões continentais.

Um desafio para a sociedade brasileira é a implementação das medidas de ensino à distância quando surgiu a necessidade do confinamento obrigatório, pois a realidade histórico-geográfica do país evidenciou uma série de contrastes quanto à possibilidade do uso ou acesso à Internet[13]. Em linhas gerais, a implementação das políticas públicas no Brasil obedece a uma ordem concentrada, onde a União fomenta os repasses para os Estados e Municípios criando, deste modo, uma sucessão de entraves burocráticos que impossibilitam a análise dos factos sob uma óptica regional, local. Esta ordem política não é diferente nos termos do acesso à educação.

---

[11] Cf. ELIEZER, Cristina Rezende; RIBEIRO, Elivan Aparecida; SCHUTZ, Jenerton Arlan (orgs.). **A educação em tempos de pandemia: desafios e possibilidades**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 29 [recurso eletrônico]. ISBN 978-65-88066-78-2.

[12] São exemplos de regulamentações do ensino a Lei n.º 9.394/1996 (a chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB), o Decreto n.º 2.494/1998, o Decreto n.º 5.622/2005 e o Decreto n.º 9.057/2017, este último actualmente vigente no Brasil. Segundo Rezende, em crítica ao uso da educação à distância para os primeiros ciclos de estudos, «O Decreto n.º 9.057/2017 se soma à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB na baliza da oferta de educação a distância, que poderá ser implantada a partir do Ensino Fundamental até o ensino superior, com ressalvas. E aqui já se evidencia a impossibilidade da ministração da modalidade a distância na Educação Básica, seja na educação infantil – no que não há qualquer manifestação legal – como na fundamental, em que só é permitida como "complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais" (art. 32, § 4.º, LDB)». E continua: «Isso porque a educação básica infantil "tem como finalidade a desenvolvimento da criança […] em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade" (art. 29, LDB). Para mais, tem o objetivo a "formação básica do cidadão" (art. 32, LDB). E tais aspectos não podem ser desenvolvidos, efetivamente, sem o contato físico, verdadeiramente pessoal, como a própria norma prescreve, ao evidenciar a imprescindibilidade do desenvolvimento entre família e comunidade, como uma transmissão completa da cultura.»; op. cit. p. 29 e 30.

[13] Estima-se que apenas 67% das famílias brasileiras têm acesso à Internet. O problema se agrava quando analisada a situação das famílias mais pobres que possuem apenas 40% de acesso ou conexão (classes D e E), se comparadas às classes A e B, cuja capacidade económica os assegura o acesso à Internet em 99% e 94%, respectivamente. Cf. Rezende, op. cit., p. 32.

Importante referenciar que as diferenças regionais brasileiras são – tal como ocorre em países de grandes dimensões continentais – um óbice para a própria estruturação das políticas públicas, uma vez que tais diferenças não se limitam ao plano cultural ou de características antropológicas; vai além: as diferenças regionais provocam instabilidades económicas que podem gerar grandes desigualdades entre riqueza e pobreza, e o desafio no espectro educacional tornar-se-á ainda mais dificultoso.

Nesta temática insistimos no uso das plataformas digitais como ferramenta/instrumento de redução das desigualdades sociais, promovendo o direito à educação à distância. Por obviedade também, o papel do Estado é relevante em permitir que a tecnologia seja algo «comum» e acessível a todos, e seu papel como gestor da coisa pública é de criar mecanismos que permitam alunos e professores adquirirem em condições especiais os instrumentos para o desenvolvimento tecnológico, a um custo baixo ou reduzido[14].

Num primeiro momento parece-nos que não se trata apenas do enfrentamento da crise pandémica, mas da oportunidade de se conjugar o ensino presencial tradicional com elementos tecnológicos capazes de beneficiar toda a sociedade por meio do exercício pleno ao direito à educação. Embora a sociedade civil deva participar e auxiliar na formação do indivíduo e levá-lo à plena capacidade intelectual, a vida em sociedade exige a participação do Estado na eficácia de tais valores, onde este é o detentor do poder económico, político e jurídico, sendo, portanto, aquele que detém os meios materiais de cumprir o processo de legalidade concreta do direito à educação.

Nas linhas que se seguirão tentaremos, ainda que sumariamente, levantar algumas reflexões sobre o papel das plataformas digitais na composição dos novos valores sociais. O objetivo, como explicitado até aqui, é a percepção das oportunidades que nos foram colocadas (ou mesmo dadas no tempo histórico) e que estão ao nosso dispor como elementos de diminuição das desigualdades sociais, e que possibilitam ainda a efectivação do direito à educação, à cultura e ao próprio desenvolvimento humano em sua dignidade absoluta.

Nova composição dos valores sociais através do uso das plataformas digitais

[14] Sobre o tema, v. AZNAR FILHO, Simão et. al. A educação formal durante a pandemia: perspectivas em Portugal e no Brasil. Rio de Janeiro: Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ, Vol. 1, N.º 1, 2020, pp. 19-29. ISSN 2675-634-X. Segundo os autores: «Tal como acorre em Portugal, no Brasil o ensino superior está em melhores condições para lidar com as plataformas digitais à distância, sobretudo por existir no Brasil uma tradição destas plataformas de ensino à distância para uso dos alunos universitários há longas décadas (a chamada plataforma EaD). Por conseguinte, nos ciclos elementares de estudos existe um déficit no modelo de ensino à distância, e parece-nos que é urgente o desenvolvimento dos recursos para minimizar os problemas decorrentes da carência estrutural nesta área».

O propósito das novas tecnologias é de diminuir as desigualdades formais e materiais que dificultam o processo do conhecimento. Como dito em outro momento, ainda que inexistisse uma crise pandémica, o ensino à distância poderia ter melhor aproveitamento para diminuir as desigualdades sociais, sobretudo se aplicado com políticas públicas adequadas.

Referimo-nos à nova composição dos valores sociais como uma reestruturação do conhecimento pelo uso das plataformas digitais, que podem ser percebidos em duas fases ou momentos: a educação social como instrumento de cooperação ao estudo formal e como mecanismo de diminuição das desigualdades no acesso à educação de qualidade.

A educação à distância como instrumento de cooperação ao estudo formal

Em um tempo de incertezas, ter instrumentos tecnológicos à disposição poderá beneficiar os alunos de maneira que nasça um novo instrumento de cooperação formal à educação. Esta seria a génese do direito à educação pelo ensino à distância, onde independentemente das barreiras físicas e geográficas os alunos estariam em contacto com um universo de possibilidades educativas cujo privilégio não foi conhecido pelas gerações anteriores. O tempo presente favorece esta dinâmica, pois não está em causa o abandono do estudo tradicional e presencial, mas a cooperação da tecnologia à distância na formação intelectual dos indivíduos.

Também insistimos em nossa proposta inicial de valorização do ensino à distância sobretudo ante a nova configuração social provocada pela manifestação da Covid-19. Fenómeno actual e de difícil compreensão, a pandemia trouxe-nos o desejo de repensar nossos valores sociais, e ao mesmo tempo tentarmos compor soluções para combater a terrível situação enfrentada pelas diversas sociedades.

Se temos pelo menos no campo educativo a possibilidade de enfrentarmos a crise com certa segurança, dever-se-ia esperar que as políticas públicas neste campo surgissem com certa naturalidade e eficiência, uma vez que a sociedade está susceptível a novos confinamentos obrigatórios[15]. A cooperação do ensino à distância é um instrumento importante para dirimir as falhas que surjam na educação tradicional.

[15] Durante a escrita do presente artigo, em Outubro de 2020, foi anunciado por diversos governos da União Européia algumas medidas extraordinárias de contenção social decorrentes do aumento considerável de casos relacionados à Covid-19, como a utilização obrigatória das máscaras de protecção nas ruas, fechamento de estabelecimentos comerciais, proibição da circulação de pessoas no horário após as 22 horas etc. Cada Estado-membro tem suas políticas próprias no enfrentamento da crise, o que nos leva a crer que num futuro próximo haverá a possibilidade real da interrupção das aulas presenciais nos centros de ensino.

A educação à distância como mecanismo assecuratório da diminuição das desigualdades no acesso ao conhecimento

O ensino à distância não deve ter a pretensão de substituir a formação presencial[16]; antes, deve ser recepcionado como elemento complementar da formação do indivíduo, independentemente do ciclo de estudos a que se destina. Com isso, pode-se inferir que tem em seu escopo a diminuição das desigualdades no acesso ao conhecimento.

Também é-o como um modo facilitador no acesso ao conhecimento, que outrora estava distante das comunidades menos favorecidas, seja pela distância física dos centros de ensino, seja pelo custo económico envolvido na busca pela formação educativa, este último um indicador que inviabilizava a democratização do acesso ao conhecimento.

A distância (ou o distanciamento) dos grandes centros urbanos num passado próximo era um dos grandes obstáculos ao acesso à educação – e ao direito à educação propriamente dito – sobretudo para os alunos desfavorecidos economicamente. Juntando esta situação aos altos custos da formação escolar/universitária, a desistência ou mesmo a desmotivação eram condições primárias para inviabilizar a educação continuada. Com o advento do ensino pelo método e-learning surgiu uma maior possibilidade de democratizar-se o ensino (e o conhecimento), num método que ao nosso sentir é a evolução gradativa do direito à educação.

Por obviedade seria escusado dizer que surgiram também entraves, desafios estruturais na elaboração do método e-learning, como a necessidade de conexão à Internet, a aquisição de tablets ou computadores pessoais portáteis, dentre outros problemas. Porém, havendo políticas de acesso ao financiamento a estes meios informáticos, a maioria destas dificuldades materiais desaparece.

Diga-se, ainda, que a associação destes momentos ou fases de instrumentalização do método e-learning configuram-se a composição do propósito de elevar este método de ensino ao brocardo do direito à educação (à distância), pois ao mesmo tempo que coopera com a

[16] Cf. BARROS, Joy Nunes da Silva. **Educação a distância: democracia e utopia na sociedade do conhecimento**. [S.L]: Editora Papirus, [2020?], pos. 2721[recurso eletrônico]. Para o autor: «Dessa maneira, por um lado, devido a uma necessidade que é ao mesmo tempo econômica e política, a EaD expande-se quantitativamente, possibilitando que mais indivíduos sejam assimilados nos processos educativos mais elevados. Por outro lado, é o reflexo de um momento em que o confinamento dos indivíduos no interior dos muros escolares, considerando o lugar privilegiado para o exercício das atividades educacionais, perde sua primazia em uma realidade que se torna cada vez menos espacializada e em que se alteram as regulações de tempo.
Embora não seja crível a tão corrente afirmação de que a escola tal como foi constituída é atualmente uma instituição fora de seu tempo, posto que sua simples permanência prova o contrário, ela agora converte-se em mais uma instância, entre várias outras, na qual devem ocorrer os processos educacionais, Conquanto a escola presencial possa ser ainda o lugar por excelência do desenvolvimento da aprendizagem, é apenas mais um lugar, quando o todo da realidade, tanto no que concerne ao espaço quanto no que concerne ao tempo, deve tornar-se educativo».

finalidade do estudo formal é um mecanismo de justaposição de limitar as desigualdades sociais neste campo de interesse académico.

Conclusão

Nas linhas que se seguiram procuramos trazer uma reflexão sobre o papel das novas tecnologias e a produção do conhecimento pelo uso das plataformas digitais, com interesse especial no ensino à distância, também em alargamento do significado intitulado por nós como método e-learning.

Iniciamos com uma síntese daquilo que entendemos ser a educação moderna e seus desafios, com séria preocupação sobre a formação cultural e educativa no tempo presente. Observamos o papel importante da educação à distância com suas possibilidades na formação e alocação de valores históricos que permitem-nos actualmente conviver com o método tradicional e presencial da formação académica ao mesmo tempo que propomos o usufruto da educação à distância no desenvolvimento intelectual dos alunos.

Reflexionamos também sobre algumas tensões existentes em Portugal e seus desafios em assimilar com maior amplitude as plataformas digitais. Apontamos, em alegada síntese, o papel do Estado na criação das políticas públicas de apoio a alunos e professores para adquirirem os instrumentos informáticos necessários ao pleno desenvolvimento das actividades educativas, independentemente de termos um quadro pandémico desfavorável.

Nesta mesma apreciação do mérito identificamos no Estado brasileiro características semelhantes, embora com uma maior dedicação cultural às novas tecnologias. O agravante neste Estado soberano torna-se o dilema das dificuldades político-administrativas em superar os défices ou contrastes regionais, criando um obstáculo à democratização do ensino à distância.

Por último, referenciamos o papel da educação à distância como uma possibilidade material de instrumentalização do saber, do conhecimento, concluindo pela sua viabilidade como método de ensino que coaduna-se com o método tradicional.

Em nossas reflexões podemos concluir que o método e-learning não deve ocupar-nos numa divagação duradoura, imprecisa, ou seja, se é funcional ou prejudicial. Seria prudente dizer que ele faz parte de um dado da realidade, e aquilo que fazemos do seu uso é fruto da nossa disposição em lidarmos com as mudanças sociais que poderão ser benéficas para o desenvolvimento da educação.

REFERÊNCIAS

AZNAR FILHO, Simão et. al. **A educação formal durante a pandemia: perspectivas em Portugal e no Brasil**. Rio de Janeiro: Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ, Vol. 1, N.º 1, 2020. ISSN 2675-634-X.

BARROS, Joy Nunes da Silva. **Educação a distância: democracia e utopia na sociedade do conhecimento**. [S.L.]: Editora Papirus, [2020?]. [recurso eletrônico].

BRASIL. **Sindicato dos Professores de Novo Hamburgo/RS** [http://www.ie.ulisboa.pt/noticias/a-educacao-em-tempos-de-pandemia]. Acesso em 06 de Outubro de 2020.

BURCKHARDT, Jacob. **Reflexiones sobre la Historia Universal**. México: Fondo de Cultura Económica. Tradução de Wenceslao Roces. ISBN 978-968-16-0513-1.

ENKVIST, Inger. **Repensar a educação**. Tradução de Daniela Trindade. São Paulo: Bunker Editorial, 2017. ISBN 978-85-68451-00-7.

ELIEZER, Cristina Rezende; RIBEIRO, Elivan Aparecida; SCHUTZ, Jenerton Arlan (orgs.). **A educação em tempos de pandemia: desafios e possibilidades**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020 [recurso eletrônico]. ISBN 978-65-88066-78-2.

MORIN, Edgar et. al. **Como viver em tempo de crise?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013 [recurso eletrônico]. Tradução de Clóvis Marques. – 1.ª ed. ISBN 9788528618549.

RURATO, Paulo et. al. **História do ensino a distância: uma abordagem estruturada**. Porto: Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Universidade Fernando Pessoa, 2004. ISSN 1646-0502. 1.

PORTUGAL. **Publicação electrónica do Jornal Educare** [https://www.educare.pt/noticias/noticia/ver/?id=166487&langid=1]. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

PORTUGAL. **Agencia EFE**. [https://www.efe.com/efe/portugal/destacada/portugal-li-es-do-ensino-publico-em-tempos-de-pandemia/50000440-4259483]. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

PORTUGAL. **Centro de Economia da Educação da Universidade Nova de Lisboa – SBE Economics of Education Knowledge Center (EEKC)**. [https://kc-economics-of-education.github.io/ensino-distancia-resultados/]. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

PORTUGAL. **Federação Académica do Porto (FAP)**. [https://www.dn.pt/edicao-do-dia/05-ago-2020/associacoes-academicas-temem-que-pandemia-aumente-desistencias-do-ensino-superior-12487333.html]. Acesso em 11 de Outubro de 2020.

O DIREITO FUNDAMENTAL DO TELETRABALHADOR AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SADIO[1]

THE REMOTE WORKER'S FUNDAMENTAL RIGHT TO A HEALTHY WORKING ENVIRONMENT

Theanna de Alencar Borges[2]

Resumo: A pandemia do novo coronavírus (COVID-19) alçou o teletrabalho, instituto até então pouco utilizado na prática empresarial brasileira, a instrumento central na busca pela preservação dos postos de trabalho e de manutenção das empresas. O objetivo do estudo é analisar se o teletrabalhador, que por meio das tecnologias da informação e comunicação pode realizar seu trabalho em qualquer lugar, possui direito fundamental a um ambiente de trabalho equilibrado. A pesquisa é do tipo bibliográfica, com fins descritivo e exploratório, mediante análise da legislação nacional e, ainda, do Direito Internacional do Trabalho aplicável. Conclui-se que, a despeito da escassa regulamentação do teletrabalho no Brasil, o teletrabalhador possui direito fundamental a um ambiente laboral sadio, mesmo que o trabalho seja desempenhado a distância. Deve o empregador promover a saúde e segurança física, mental e emocional do teletrabalhador, concretizando as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do ordenamento jurídico brasileiro sobre o meio ambiente de trabalho, atuando prioritariamente de forma preventiva e precavida.

Palavras-chave: Teletrabalho; *Home office*; Tecnologias da informação e comunicação – TIC; Direito fundamental; Meio ambiente de trabalho.

Abstract: The new coronavírus' pandemic (COVID-19) has made remote work, an institute that until then was hardly ever used in Brazilian business practice, as the central instrument aiming the preservation of jobs and the maintenance of companies. The main goal of the study is to analyze if the remote worker, who through information and communications technology can perform his work anywhere, has a fundamental right to a balanced working environment. The research is bibliographic type, with descriptive and exploratory purposes, through analysis of the national legislation and, also, the applicable International Labor Law. It is concluded that, despite the scarce regulation of telework in Brazil, teleworkers have a fundamental right to a healthy working environment, even if the work is performed at a distance. The employer must promote their physical, mental and emotional health and safety, following the norms of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the Brazilian legal system on the work environment, acting primarily in a preventive and precautionary way.

1 Artigo apresentado ao I Congresso Internacional do Instituto Universitário do Rio de Janeiro – Direito Contemporâneo: Perspectivas e Desafios, realizado nos dias 30 e 31 de Julho de 2020, com transmissão no *link*: https://www.youtube.com/watch?v=3XqX-RgJKGY&t=19511s, a partir das 07:03:40.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões" – UAL (Lisboa, Portugal). Especialista em "Derechos Humanos Laborales y Gobernanza Global" pela Universidade de Castilla-La Mancha – UCLM (Toledo, Espanha, 2019). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro, Brasil, 2010). Pesquisadora voluntária do Grupo de Estudos Em Direito e Assuntos Internacionais da Universidade Federal do Ceará – GEDAI UFC (Fortaleza, Ceará, Brasil) e do Projeto Direito Internacional Sem Fronteiras – DISF (Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil). Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região (Imperatriz, Maranhão, Brasil). ORCID: *https://orcid.org/0000-0002-1628-527X*. Currículo *Lattes*: *http://lattes.cnpq.br/6293026504154551. E-.mail*: theannaborges@hotmail.com.

Keywords: Remote work; Working from home; Information and communications technology – ITC; Fundamental right; Working environment.

Introdução

A pandemia do novo coronavírus transformou o teletrabalho em um dos maiores protagonistas na tentativa de equilibrar a exigência de isolamento social para evitar o contágio e impedir a propagação da doença com a necessidade de manter as empresas em funcionamento e, ainda, preservar os postos de trabalho, impedindo o total colapso da economia.

Desta forma, o teletrabalho, figura ainda até então pouco utilizada na prática empresarial brasileira, transmutou-se em figura essencial para o Direito do Trabalho no cenário pandêmico, sendo muito provável que, no período pós-pandemia, continuará sendo relevante não apenas no Brasil, mas em todo o mundo.

É fato que as empresas não tiveram muito tempo para se preparar para o teletrabalho e isso pode acarretar sérias consequências para a saúde, a higiene e a segurança do trabalhador, notadamente em virtude dos riscos ergonômicos e psicossociais a que os teletrabalhadores estão expostos. Por corolário, poderá trazer consequências nefastas para as empresas que não promoverem as adequações necessárias.

O objetivo deste estudo é contribuir para o debate acerca do meio ambiente laboral sadio para o teletrabalhador, especialmente em se considerando o atual estágio da legislação brasileira sobre o assunto. Para tanto, foi feita pesquisa do tipo bibliográfica, com fins descritivos e exploratórios, mediante análise da legislação nacional e, ainda, do Direito Internacional do Trabalho aplicável.

Inicialmente, a pesquisa estabelece o conceito de teletrabalho e faz distinções entre ele e outras figuras correlatas. Em seguida, analisa como a regulamentação do meio ambiente de trabalho do teletrabalhador ocorre no Brasil. Por fim, analisa como pode ocorrer a concretização do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio do teletrabalhador.

Considerações iniciais sobre o teletrabalho e outras distinções

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT foi alterada, para incluir os artigos 75-A a 75-E pela Lei nº 13.467/2017 (mais conhecida como “reforma trabalhista”), para regulamentar a figura do teletrabalho. A referida alteração, inspirada no Código do Trabalho Português, regulamentou o teletrabalho brasileiro, cujo labor ocorre por meio das tecnologias da

informação e comunicação – TICs, preponderantemente fora da empresa, distinguindo-se do trabalho externo e também do em domicílio (CASSAR, 2018; DELGADO; DELGADO, 2017).

Percebe-se, portanto, que, de acordo com a CLT reformada, o comparecimento eventual à empresa não afasta o regime de teletrabalho. A expressão comparecimento eventual compreende conceito jurídico indeterminado que será interpretado caso a caso, a depender da prova que vier a ser produzida. Desta forma, o comparecimento eventual para reuniões, treinamentos ou assinatura física de documentos, por exemplo, não invalida o regime de teletrabalho.

Entretanto, configurada a não eventualidade do comparecimento ao estabelecimento empresarial, desvirtuado estará o regime do teletrabalho, por força do art. 9º da CLT. Concorda-se, assim, com Delgado; Delgado (2017, p. 138):

> Naturalmente que, sendo excessivos ou preponderantes esses comparecimentos ao estabelecimento empresarial, pode se descaracterizar o regime de teletrabalho, em vista de se tornar plenamente factível o controle de jornada pelo empregador. Contudo, trata-se de matéria eminentemente fático-probatória, em que tende a vigorar o império do caso concreto posto à análise.

Importante ressaltar que o art. 6º da CLT já havia sido alterado em 2011 para estabelecer a equiparação no que diz respeito aos meios presenciais e telemáticos de subordinação, consagrando a "teoria da *subordinação estrutural*", nos dizeres de Delgado; Delgado (2017, p. 137), o que já autorizava o uso do teletrabalho.

Ocorre que o referido artigo ainda gerava diversas discussões quanto ao tema, razão pela qual é possível considerar que houve avanço com a reforma trabalhista nesse tocante, tendo em vista que pacificou a questão quanto à existência de subordinação jurídica no teletrabalho nas relações empregatícias (DELGADO; DELGADO, 2017). A despeito disso, novos debates surgiram no que se refere a outros aspectos, como, por exemplo, quanto à duração do trabalho, à responsabilidade pelos instrumentos de trabalho e ao meio ambiente de trabalho.

Quanto às distinções entre o teletrabalho e outros institutos, destaque-se que o trabalho externo também não se confunde com o teletrabalho, uma vez que o trabalho externo é aquele cuja prestação de trabalho necessariamente precisa ocorrer fora das dependências da empresa, por sua própria essência, podendo também eventualmente haver o comparecimento à empresa, sem que isso descaracterize o trabalho externo. É possível que haja o uso de TICs para a prestação de trabalho externo, entretanto o uso das mencionadas tecnologias não é inerente a essa modalidade contratual.

A terminologia utilizada na legislação brasileira não tem sido popularmente utilizada, tanto que na pandemia do novo coronavírus, o léxico "home office" passou a ser empregado

majoritariamente pela população e pela imprensa. Ocorre que o Direito do Trabalho brasileiro optou por usar a expressão trabalho a distância como gênero, de que o teletrabalho é espécie. Tecnicamente, o "home office" é aquele prestado no domicílio do trabalhador, que pode ou não se valer das TICs para desempenhar seu trabalho. Ademais, registre-se que a CLT, em seu texto original, já previa o trabalho em domicílio no seu art. 83, que tipicamente era usado para atividades manuais, a exemplo de serviço de costura.

Consoante Cassar (2018, p. 669), seriam sinônimos do teletrabalho as expressões "trabalho remoto", "trabalho periférico" e "trabalho a distância". Em que pese o respeito à referida opinião, discorda-se desta última nomenclatura, porquanto o teletrabalho se enquadra como espécie de trabalho a distância, não se confundindo com ele.

Desta forma, percebe-se que, no Brasil, não importa o local em que o trabalhador presta o serviço, podendo fazê-lo no local de sua livre escolha por decisão do empregador quanto à modalidade de teletrabalho. Tal modalidade é típica da sociedade da informação (AMADO, 2019), em que as TICs revolucionaram o modo de vida dos indivíduos, das empresas, da sociedade como um todo e do Estado.

Dentre as principais as vantagens do teletrabalho, merecem ser salientadas principalmente a flexibilidade de horário de trabalho e maior liberdade para organização de atividades pessoais. No entanto, há inúmeras desvantagens de caráter físico e também psicossocial, acrescidas à dificuldade de gestão do que é trabalho e do que é vida pessoal e familiar, o que demanda a preocupação com a saúde, a higiene e a segurança do teletrabalhador. Nesse sentido, Amado (2019, p. 130):

> [...] É claro que a estas vantagens (reais ou virtuais) há que contrapor os inegáveis *inconvenientes* do teletrabalho, sobretudo do teletrabalho domicilário: maior isolamento do trabalhador, com o inerente risco de desenraizamento social, desgaste psicológico, falta de solidariedade e empobrecimento da dimensão coletiva do trabalho; alguma diluição das fronteiras entre a vida profissional e extraprofissional, o que pode ameaçar a reserva da vida privada do trabalhador ou aumentar a conflitualidade familiar, bem como provocar a ultrapassagem dos limites legais em matéria de tempo de trabalho, etc.
>
> Dir-se-ia, em suma, que com o teletrabalho a situação típica inverte-se, sendo o trabalho que, de algum modo, se desloca até ao trabalhador. E as novas tecnologias permitem, justamente, vencer a distância [...].

Feitas essas distinções iniciais, faz-se necessário compreender o ordenamento juslaboral brasileiro no que diz respeito à opção legislativa da Lei nº 13.467/2017 quanto à temática do meio ambiente laboral do teletrabalhador.

A regulamentação do meio ambiente de trabalho do teletrabalhador pela Lei nº 13.67/2017

As questões relativas à proteção e à saúde do trabalhador remontam às origens do Direito do Trabalho, cujas primeiras legislações eram reflexos das lutas dos trabalhadores, para além de pretensões por melhores salários, por condições de trabalho mais seguras e adequadas.

Especificamente no Brasil, com o advento da figura do teletrabalho, esperava-se que houvesse uma regulamentação própria da questão do meio ambiente de trabalho do teletrabalhador, considerando-se as especificidades da situação, que se diferencia do trabalho em domicílio em virtude de ele poder se realizado em qualquer lugar, a critério do teletrabalhador.

Entretanto, não foi isso que ocorreu, já que a CLT foi lacônica quanto ao meio ambiente de trabalho do teletrabalhador (art. 75-E), limitando-se a estabelecer que o empregador deve instruir os empregados, expressa e ostensivamente, sobre precauções para evitar doenças e acidentes de trabalho, sendo dever do empregado assinar termo de responsabilidade de que cumprirá mencionadas instruções.

A CLT reformada adotou a teoria do ato inseguro, criticada no direito brasileiro, havendo sido substituída, a partir da alteração da Norma Regulamentadora – NR nº 1, pela teoria da condição insegura, que sustenta que o acidente laboral é decorrência de múltiplos elementos característicos da condição insegura de trabalho a que o trabalhador foi exposto.

Assim, a opção do legislador reformista merece severas críticas, uma vez que o teletrabalhador está sujeito a riscos que se diferem do trabalhador presencial, especialmente em se considerando a ergonomia do trabalho, o isolamento social provocado pelo distanciamento dos colegas de trabalho, a extensão do horário de trabalho e a dificuldade de desconexão, o que pode conduzir ao agravamento dos riscos ergonômicos e à saúde mental.

De qualquer sorte, Silva (2019, p. 59-60) ressalta um aspecto positivo quanto ao art. 75-E da CLT:

> **14.** O capítulo do teletrabalho [...] tem a virtude de admitir que acidentes de trabalho podem ocorrer, portanto, dentro da casa do empregado e não exclusivamente dento das dependências do empregador. Mas, como visto acima, haverá muita discussão pela frente. [...]

Quanto à temática da ampliação do meio ambiente de trabalho para ambientes privados em razão do teletrabalho, notadamente quanto aos riscos de doenças e acidentes do trabalho, convém transcrever o ensinamento de Delgado; Delgado (2017, p. 139-140):

> Pela lógica do teletrabalho, que estende, em alguma medida, o conceito de meio ambiente do trabalho também para o ambiente privado do trabalhador, pode-se falar, em tese, abstratamente, na possibilidade de responsabilidade empresarial pelos danos da infortunística do trabalho também nesses casos. Porém, não há dúvida de que, concretamente, embora não seja tão árdua a comprovação da configuração do dano, torna-se mais difícil do que o padrão usual a comprovação tanto do nexo causal como, especialmente, da culpa do empregador. Esse é um tema, contudo, que apenas o acúmulo de experiências práticas, ao longo do tempo, poderá agregar maiores dados para a mais aprofundada reflexão a respeito.

Ressalte-se, por oportuno, que no contexto da pandemia da COVID-19, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 927/2020, cuja vigência iniciou em 22 de março de 2020 e encerrou em 19 de julho de 2020, que, embora tenha estabelecido disposições sobre o teletrabalho no art. 4º, deixou de mencionar expressamente o meio ambiente de trabalho (SILVA, 2020), tangenciando apenas a questão do direito à desconexão em seu art. 4º, §5º.

Registre-se, ainda, que o Brasil não ratificou a Convenção nº 177 da OIT (que trata do trabalho em domicílio, não especificamente do teletrabalho), entretanto, ratificou a Convenção nº 155 da OIT (segurança e saúde dos trabalhadores), que trata do objeto deste estudo, possuindo caráter supralegal, sendo, inclusive, passível de controle de convencionalidade, cuja teoria foi desenvolvida por Valerio de Oliveira Mazzuoli[3].

Em síntese, o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade vertical entre a legislação interna com uma norma internacional de direitos humanos ratificada por um Estado, devendo ser feita pelo Judiciário local, inclusive, de ofício (BORGES, 2019). Cabe, portanto, a verificação da legislação do teletrabalho em contraponto com as normas internacionais ratificadas pelo Brasil, dada, no mínimo, a natureza supralegal delas, de acordo com o atual posicionamento do STF (BORGES, 2019).

Pelo exposto, para se compreender se os teletrabalhadores também contam com o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado, ainda que preponderantemente prestem serviço fora da empresa, é forçosa a análise global do ordenamento juslaboral brasileiro.

A concretização do direito fundamental do teletrabalhador ao meio ambiente de trabalho sadio

Em que pese a CLT ter sido lacônica quanto ao meio ambiente de trabalho do teletrabalhador, suas normas não devem ser consideradas isoladamente, uma vez que a

[3] Para aprofundamento do estudo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das leis.**

Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988 garante o meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 200, VIII, c/c art. 225 da CRFB/1988), direito fundamental de terceira dimensão (BONAVIDES, 2014; MIRANDA, 2018) de todos os trabalhadores, coadunando-se com o surgimento da sociedade de massas.

Nesse sentido, é preciso destacar que a CRFB/1988 estabeleceu como seu fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, garantiu o direito à saúde dos trabalhadores e a proteção deles no que toca à saúde, segurança e higiene, bem como fixou como princípio da ordem econômica a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente (arts. 1º, III e IV, art. 3º, I, art. 6º, art. 7º, XXII, e art. 170, III e VI, todos da CRFB/1988), dentre outros.

Deste modo, percebe-se que a omissão da CLT e da MP nº 927/2020 não afasta a aplicação de outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, de aplicação subsidiária, o que se conclui a partir da interpretação gramatical do art. 8º da CLT. Exemplifiquem-se o capítulo V da CLT, Lei nº 6.938/1981 e as NR de nºs 16 e 17 do então Ministério do Trabalho (atualmente Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia), que devem ser aplicados naquilo que for compatível, atentando-se para as especificidades do teletrabalho, considerando-se que preponderantemente será desenvolvido fora do ambiente de trabalho.

Citado capítulo V da CLT trata da segurança e da medicina do trabalho, devendo suas regras ser aplicadas também no que diz respeito ao meio ambiente de trabalho do teletrabalhador, com as adaptações que se fizerem necessárias, a exemplo da edição de ordens de serviço quanto à orientação dos trabalhadores quanto às formas de execução para prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, cabendo, inclusive, a aplicação de penalidades por seu descumprimento (art. 157, II e art. 158, II, da CLT).

Nesse tocante, a dificuldade da fiscalização recairia no fato de o trabalhador poder realizar seu trabalho em qualquer lugar. Ocorre que isso não representaria óbice, uma vez que a fiscalização poderia ser feita presencial ou até virtualmente, mediante agendamento e ajuste entre as partes. A própria fiscalização no domicílio não seria um entrave, podendo ser aplicada, por analogia, as disposições da Lei Complementar nº 150/2015, quando versam sobre a fiscalização no domicílio em que se verifica o trabalho doméstico, respeitando-se a inviolabilidade do domicílio (SILVA, 2017).

Já no que diz respeito à Lei nº 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, cujos conceitos devem ser invocados também na seara laboral, aplica-se princípio do poluidor-pagador, tendo em vista que o empregador não pode poluir a saúde do trabalhador, devendo pagar para protegê-la (prevenção) e, na hipótese de causar prejuízos ao trabalhador,

deverá ser responsabilizado, pagando pela poluição (reparação), nos termos do art. 927 do Código Civil c/c art. 8º da CLT.

No que se refere ao princípio da prevenção, importa dizer que o empregador deve atuar de forma a prevenir os riscos já conhecidos quanto ao exercício do teletrabalho, enquanto que pelo princípio da precaução, cabe ao empregador prevenir os riscos mesmo que ainda não tenha certeza de sua potencialidade lesiva. Deverá, inclusive, proporcionar a informação necessária ao trabalhador, promovendo sua educação também no que diz respeito ao trabalho seguro. Tais princípios ambientais (poluidor-pagador, prevenção e precaução) também podem ser aplicados, inclusive quanto à desconexão (AMADO, 2018).

Pelo exposto, defende-se que o art. 75-E da CLT deve ser interpretado sistematicamente para compreender toda a proteção albergada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao meio ambiente de trabalho, com as especificidades que se fizerem necessárias para cada caso concreto, aplicando-se, inclusive, os princípios ambientais do trabalho, além das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, como a já mencionada Convenção nº 155 da OIT.

Conclusões

A pandemia do novo coronavírus catalisou o uso do teletrabalho à figura de protagonista, havendo contribuído para a quebra de diversos paradigmas, inclusive o de que o trabalhador precisaria prestar o trabalho na sede da empresa para que fosse produtivo. Desta forma, o teletrabalho vem sendo utilizado como forma de preservação das empresas e também dos postos de trabalho, devendo ser estudada de forma mais aprofundada a questão do meio ambiente de trabalho dos teletrabalhadores.

Pela pesquisa, percebeu-se que o teletrabalho é espécie de trabalho a distância, não se confundindo com o trabalho externo, tampouco com o trabalho em domicílio. Verificou-se ainda que, a despeito de a CLT e a MP 927 terem sido omissas quanto ao detalhamento do meio ambiente de trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser analisado sistematicamente para suprir referidas lacunas, inclusive no que diz respeito às normas internacionais ratificadas pelo Brasil.

Nesse sentido, o empregador não se exime da responsabilidade pelo meio ambiente de trabalho pelo simples fato de instruir os empregados de maneira expressa e ostensiva no que se refere às precauções a tomar para evitar doenças e acidentes de trabalho.

Da mesma forma, a mera assinatura do empregado no termo de responsabilidade, comprometendo-se a cumprir as instruções de seu empregador, não é suficiente para atrair a

responsabilidade exclusiva da vítima em caso de doença e acidente de trabalho. Faz-se, portanto, necessária a análise do contexto fático, no caso concreto, a fim de apreciar se existe responsabilidade do empregador por doença ou acidente de trabalho do teletrabalhador.

Outrossim, espera-se que os empregadores adotem medidas para não causar prejuízos à saúde do trabalhador, em obediência aos princípios jusambientais do poluidor-pagador, da prevenção e da precaução, em um viés preventivo e não repressivo, pois o que se pretende é a preservação da saúde, da higiene e da segurança do trabalhador, concretizando-se o comando constitucional.

Deste modo, tendo em vista que as doenças e os acidentes do trabalho são causados por uma multiplicidade de fatores, será indispensável a análise das diversas normas quanto ao Direito Ambiental do Trabalho, que se encontram de forma difusa no ordenamento jurídico brasileiro, para o fim de verificar se houve a sua observância.

Por fim, conclui-se que o teletrabalhador possui o direito fundamental ao meio ambiente laboral equilibrado e que é dever do empregador orientar e fiscalizar o teletrabalhador quanto ao exercício de trabalho, não apenas sobre os impactos ergonômicos, mas também saúde física, mental e emocional, respeitando-se ainda o direito à desconexão, sendo cabível a tutela preventiva e repressiva dele. Tudo isso promoverá a dignidade dos trabalhadores, sua saúde e será observada a função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 1030-138. ISBN 978-972-40-8014-7.

AMADO, João Leal. **Tempo de trabalho e tempo de vida**: sobre o direito à desconexão profissional. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região, São Paulo, n. 52, p. 255-268, jan./jun. 2018. ISSN 1679-8694.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 574-593. ISBN 978-85-392-0229-4.

BORGES, Theanna de Alencar. O controle de convencionalidade das Convenções da OIT como instrumento de promoção do trabalho decente. In: FARIAS, James Magno Araújo (Org.). **Trabalho e humanidade: em homenagem ao centenário da OIT e aos 10 anos da escola judicial do TRT da 16ª Região.** São Paulo: LTr, 2019. p. 166-182. ISBN 978-85-301-0125-1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 jul. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.** Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp150.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 15.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 668-670. ISBN 978-85-309-7885-3.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 135-140. ISBN 978-85.361-9399-1.

ILO. **Convenio nº 177 sobre el trabajo a domicilio.** Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322. Acesso em: 14 julho 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional de convencionalidade das leis** [*Kindle Edition*]. 5.ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8190-7.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 79-153. ISBN 978-972-40-7217-3.

OIT. **Convenção nº 155**. Segurança e saúde dos Trabalhadores**.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista.** 2.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 27-39. ISBN 978-85.203-6872-5.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Legislação trabalhista em tempos de pandemia: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 55-60. ISBN 978-65.5614-027-8.

doi: 10.47595/cjsiurj.v2i1.28

O PROCESSO COMO JOGO: POR UM COMPROMISSO ÉTICO[1]

THE PROCESS AS A GAME: FOR AN ETHICAL COMMITMENT

Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte[2]

Resumo: o estudo objetiva o exame da ética e seus desdobramentos, de maneira superficial, na atividade judiciária. Aborda a mecânica processual e a influência da ética nesta ferramenta, estuda vetores sociais e europeus relativos ao tema. Aborda o papel do julgador, bem como o esforço de repensarmos um novo padrão comportamental e de gestão processual, principalmente com a constitucionalização do Direito Processual Civil e com o Código de Processo Civil de 2015. Busca explorar a lealdade, conceito de verdade e boa-fé processual. Avalia o processo como jogo, seus limites éticos e comportamentais.

Palavras-chave: Processo como jogo; processo social; dignidade humana; constitucionalização do processo; Estado Social e Democrático de Direito; garantias fundamentais do processo.

Abstract: the study aims to examine ethics and its consequences, superficially, in the judicial activity. It addresses procedural mechanics and the influence of ethics in this tool, studies social and European vectors related to the theme. It addresses the role of the judge, as well as the effort to rethink a new behavioral and procedural management standard, mainly with the constitutionalization of Civil Procedural Law and the Civil Procedure Code of 2015. It seeks to explore loyalty, the concept of truth and good- procedural faith. It evaluates the process as a game, its ethical and behavioral limits.

Keywords: Process as a game; social process; human dignity; constitutionalization of the process; Social and Democratic State of Law; fundamental process guarantees.

A questão relativa a conduta das partes, seus elementos e consequências sociais ganhou profundo destaque no cenário mundial mais recente[3].

[1] Trecho de trabalho científico apresentado como relatório de atividades de conclusão do Estágio de Pós-Doutoramento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do Prof. Doutor Ministro Luiz Fux

[2] Pós-doutor pela UERJ. Doutor, Mestre e Pós-Graduado em Direito. Juiz de Direito TJERJ. Foi Juiz integrante da Corte TRE/RJ de 2º grau, biênio 2017/2019. Conferencista e Coordenador Editorial da Revista da EMERJ. Professor visitante da Universidade de Barcelona. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Carioca de Processo. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas

[3] Aqui vale recordar o estudo de um dos maiores historiadores Marxistas, o britânico Eric J Hobsbawn, apontado por muitos como o maior do século XX, no prefácio da obra a Era das Revoluções, lecionando: "Assim, pois, um cataclismo económico europeu coincidiu com a visível corrosão dos antigos regimes. Um camponês que se insurgia na Galícia, a eleição de um papa "liberal" no mesmo ano, uma guerra civil entre radicais e católicos na Suíça no fim de 1847, vencida pelos radicais, uma das perenes insurreições autónomas da Sicília, em Palermo, no início de 1848, foram não só uma indicação prévia do que estava para acontecer, mas se constituíam em verdadeiras comoções prévias do grande tufão. Todos sabiam disso. Raras vezes a revolução foi prevista com tamanha certeza, embora não fosse prevista em relação aos países certos ou às datas certas. Todo um continente esperava, já agora pronto a espalhar a notícia da revolução através do telégrafo elétrico. Em 1831, Victor Hugo escrevera que já ouvia o "ronco sonoro da revolução, ainda profundamente encravado nas entranhas da terra, estendendo por baixo de cada reino da Europa suas galerias subterrâneas a partir do eixo central da mina, que é Paris". Em 1847, o barulho se fazia claro e próximo. Em 1848, a explosão eclodiu." (Hobsbawm, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. Editora Paz e Terra, 2015.)

Num passado distante, tementes a fé[4] e a dogmas religiosos, justificamos a necessidade de um comportamento ético para garantir, além das nossas virtudes e aceitação social, o presente da vida eterna garantido pelos céus, obviamente, seguidores dos ditames religiosos. O Estado confundia-se com a religião e esta norteava parte sensível do comportamento humano de massa, ou seja, uma forma de controle efetivo e silencioso.

Consequentemente, a fé tornou-se um termômetro poderoso do comportamento humano, garantindo a vida eterna aos que observam a conduta religiosa reta e adequada. Quanto maior sua ética[5], mais próximo do divino você se encontrava e era premiado com o paraíso.

A vida eterna e temor a um ser maior, que guia nossos passos e coordena cada qual dos bilhões de habitantes da terra, era toda nossa matriz comportamental. Essa era a lógica que imperava, agregando como já disse Estado, política e religião.

Péssimas pessoas, apegadas as suas crenças, implementaram comportamentos devastadores para a ética do seu tempo, moveram-se por valores que feririam o padrão mais modesto da ética mínima de qualquer homem médio.

DAWKINS[6], biólogo-evolucionista e ateu, nos lembra que um dos piores seres que a terra abrigou, alimentava sua crença religiosa enquanto cometia as maiores atrocidades do mundo, ceivando milhares de vidas iguais, conforme:

> A lenda de que Hitler era ateu vem sendo assiduamente cultivada, de forma que muita gente acredita nela sem questionar, e é desfilada de modo desafiador por apologistas da religião. A verdade sobre a questão está bem longe de ser clara. Hitler nasceu numa família católica, e frequentou escolas e igrejas católicas quando era criança. É óbvio que isso não é significativo por si só: ele poderia facilmente ter abandonado a religião, como Stálin abandonou a Igreja Ortodoxa Russa quando saiu do Seminário Teológico de Tiflis. Mas Hitler nunca renunciou formalmente ao catolicismo, e existem indicações ao longo da vida dele de que tenha permanecido religioso. Se não católico, ele parece ter ficado com a crença em algum tipo de providência divina. Por exemplo, diz em *Mein Kampf que,* quando soube da notícia da declaração da Primeira Guerra Mundial, "caí de joelhos e agradeci aos céus com todo o meu coração pela generosidade de me permitir viver essa época". Mas isso foi em 1914, quando ele tinha apenas 25 anos. Talvez tenha mudado depois? (...) Em 1920, quando Hitler tinha 31 anos, seu assessor Rudolf Hess, que depois seria vice-führer, escreveu numa carta ao primeiro-ministro da Baviera: "Conheço Herr Hitler muito bem, e sou muito próximo dele. Ele tem um caráter de uma honradez rara, cheio de uma bondade profunda, e é religioso, um bom católico". (...)Num discurso em Berlim em 1933, Hitler disse: "Estávamos convencidos de que o povo precisa e requer essa fé. Assumimos, portanto, a luta contra o movimento ateísta, e não apenas com umas poucas declarações teóricas: nós o exterminamos".109 Isso pode indicar apenas que, como tantas

[4] Recordando a frase de Douglas Adams (1952-2001): “Não é o bastante ver que o jardim é bonito sem ter que acreditar também que há fadas escondidas nele?”.
[5] Obviamente, dentro dos que as religiões e seus interesses pregavam.
[6] Dawkins, Richard. *Deus, um delírio*. Companhia das Letras, 2019. p. 282 e seguintes

> outras pessoas, Hitler "acreditava na crença". Mas, já em 1941, ele disse a seu assistente, o general Gerhard Engel: "Permanecerei para sempre católico".

Desta forma, a ética foi conduzida pelos mais variantes valores humanos, religiosos, políticos, raciais, econômicos[7] e etc. Todos ambicionando o comando de massas, todos pretendendo o controle e submissão de pessoas para uma determinada direção, boa ou ruim. Assim, valores dos mais diversos, de políticos a religiosos moveram os homens em sua convivência social, pautaram o comportamento humano das mais variadas formas e para múltiplos propósitos.

Outrossim, temos que tem um horizonte bastante definido, qual seja, de nada serve a ética caso não se constitua numa ferramenta social do uso humano efetivo, de nada vale se não promove a aproximação dos homens, se permanece distante dos problemas humanos, num plano totalmente utópico e laboratorial.

Desta forma, concluímos sem medo de errar, que a ética deve ser uma ferramenta socialmente aplicada e exercitada, ou seja, de nada vale caso não consiga resolver os problemas quotidianos do homem moderno, não passando de um mero exercício retórico. Ética se pratica.

Proponho, para compreendermos o presente, uma brevíssima análise de alguns apontamentos históricos experimentados por outros povos e, mais adiante, pelo nosso Brasil. Certamente, cotejando experiências de outros povos e aferindo o decurso do tempo, chegaremos a conclusões bem mais promissoras e maduras.

Na Europa, em diversos ordenamentos ao longo dos anos temos passagens de enaltecimento do comportamento da parte como fator indispensável para o bom andamento processual. Assim, a expectativa em torno do comportamento humano não se restringe ao campo social e educacional, mas também processual

Pois bem, o dever de veracidade (*wahrheitspflicht*) encontra amparo no Código de Processo Civil Austríaco de 1985 - *Zivilprozessordnung* (ZPO), sendo forte ramo de influência

[7] Aqui não posso deixar de recordar os ensinamentos de uma das maiores pioneiras do bem-estar social. Falo e recorro a AMARTYA SEM, Nobel de Economia que nos ensina: "*Así, el miedo a la libertad se expresa de diferentes maneras y adopta muchas caras: temor, respectivamente, a la libertad de las clases descontentas de menores ingresos, a la de las masas rurales afligidas, a la de las mujeres descontentas que rezongan por el "lugar" que les ha sido asignado, a la de la juventud rebelde que se niega a acatar y obedecer, y a la de los disidentes empecinados que protestan por el orden existente". (SEN, Amartya. "¿ Qué impacto puede tener la ética." Trabajo presentado en el Seminario Internacional "Ética y Desarrollo". Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el* 23 (2000).)

Em outro texto a mesma autora mostra pontos de conexão entre a ética empresarial e o bem-estar social: "*Resulta que, además de estos factores determinantes, también una buena ética empresarial tiene un papel fundamental para el logro del éxito económico. El hecho de que con frecuencia se pase por alto esta relación hace que resulte tanto más crucial el investigar y desmenuzar exactamente cómo la ética empresarial puede ejercer una influencia en el desempeño y logro económicos*". (Sen, Amartya. "El papel de la ética empresarial en el mundo contemporáneo." *Selected extracts of a speech delivered at Harvard University August* 24 (2009): 2009.)

para outras normas mundo afora. Como exemplo de sua extensão, temos o diploma adjetivo da Alemanha (1933) e códigos de outras nações como o do Brasil e o de Portugal.

Uma proeminente fonte histórica decorre das Ordenações Afonsinas, as quais estabeleciam punições para comportamentos negligentes, maliciosos ou protelatórios no curso da relação processual[8].

Anos após, o Código de Processo Civil Português de 1976 estabelecia multa para aquele que litigasse de má-fé,[9] em comportamento de enaltecimento da boa conduta no processo, ou seja, vemos nossa gênese normativa, num passado muito próximo, o qual já revelava uma expressiva preocupação com o comportamento subjetivo dos litigantes.

No Brasil não era diferente, em que pese recordarmos que as ordenações vigoraram aqui, no nosso CPC de 1939, tínhamos normas que coibiam o comportamento nocivo e abusivo[10] das

[8] "a) *Que pena deuem d'auer os uogados e procuradores que maliciosamente trautarem os feitos ou em elles forem negligentes Esse alguuns uogados alguas uegadas acharem que nom ueem aos feitos nem catarem per elles o direito das partes que ham d'aJudar per aquella maneira que conpre Como quer que dito seJa que em-nos preitos de que for uencudo a parte que ha d'aJudar que nom leue sollairo della. E pero creçendo a maliçia deue a creçer a pena E pera auer esta pena de ssa maldade E seer enxenplo aos outros de o nom fazerem deue a este seer defesso que nom uogue nhuum feito. Esto meesmo seja nos procuradores em os feitos de que forem procuradores feitas em estremoz xbiij dias de feuereiro Era de mjll iij Lx E anos*". Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.334. "*Como os Juizes deuem conssintir aos Vogados E procuradores que trautem os feitos malleçiosamente E que pea deue d'auer o que esto fezer. Outrossy he dito que os procuradores E uogados trazem malliçias E dellongas nos feitos malliçiosamente manda el Rey aos Juizes que nom conssentam aos Vogados E procuradores malliçias nem dellongas que digam ou ponham nos feitos per pallaura ou per escpritura. E sse acharem que os dellongam ou trautam malliçiosamente . priuj'-os dos ofiçeos pera ssenpre E façan-lhes logo correger aa parte o dapno E a perda que per ssa malliçia ou mingua rreçeber . pellos beens desses vogados ou procuradores. E façom conprir E aguardar . a hordenaçom que el Rey pos per rrazom dos uogados E procuradores*". Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.356-357. "c) *Como os Juizes nom deuem ssofrer aos vogados E procuradores que dellongem os feitos nem fallem os vogados em elles ataa que os jujzes façom ssas preguntas. He dito que os Juizes ssofrem aos Vogados E procuradores mujtas deiongas E malliçias nos feitos que teem perante elles E que façom pitições E defesas E ponham rrazoes E allegaçoes que nom ssom de direjto nem de costume . nem de feito . nem ssom boas nem uerdadeiras E que fallam nos feitos ante que o ajam das partes contra o mandado E hordenaçom del Rey E por esto sse perdem os feitos E ssom enbargados os Juizes de fazerem direjto porem manda el Rey aos Juizes que nom ssofram aos uogados E procuradores que perante elles fallem nos feitos de que aynda nom ouuerem emformaçom de uerdade pellos Senhores dos feitos ssem leçença desses Juizes. E que outrossy nom ponham pitiçoes nem defesas nem outras allegaçoes de direjto nem de fejto ataa que pellos Jujzes sseiam feitas preguntas aas partes polla uerdade dos feitos que essas partes ouuerem . sse presentes esteuerem per ssy ou per sseus procuradores . em aquellas cousas em que cabe de preguntarem nos feitos que perante elles forem trautados . pellas partes ou per procuradores asy como he conthudo na hordenaçom del Rey. E sse os vogados ou procuradores contra esto fezerem . os Juizes lhes defendam que nom obrem mais desses ofiçeos . E sse dhi en deante obrarem delles prenda'-nos E tenha'-nos presos ataa mandado del Rey . E se os Jujzes esto nom aguardarem sseia-lhes estranhado como aaquelles que nom fazem em sseu oflçio o que deuem*". Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.358-359 .

[9] O CPC de Portugal 1876 estabelecia, no art. 121: "Quando o juiz entender que a parte vencida litigou de má-fé, impor-lhe-á na sentença a multa de 10% do valor em que decair."

[10] Temos como exemplos as Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, de 1832, Regulamento nº 737 (arts. 87, 94, 337) e Decreto 3084, de 1898 (arts. 127, 187, § 2º, 281, 435, 524, 764 e 765)

partes. Vale lembrarmos o teor dos artigos 3º e 63 que já previam a conduta descomprometida com a verdade, bem como perdas e danos diante de tal comportamento, conforme transcrição:

> Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.
> Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.
>
> Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.
>
> § 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.
>
> § 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.
>
> § 3º Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

No mundo multiplicam-se normas e iniciativas de valorização do adequado comportamento processual como fator de maior eficiência, efetividade e preservação dos valores ínsitos aos devido processo legal. Ou seja, percebe-se um comportamento mundial de valorização do que é verdadeiro, correto e adequado.

Prosseguindo nesta toada, pretendo expor alguns itens que me parecem relevantes de aplicação transnacionais e nacionais.

Para começarmos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 aprovada na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, já estabelecia uma série de conceitos e valores pertinentes ao processo, como:

1) a conclusão de que os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam;

2) a previsão de que é dever servir ao espírito humano com todas as suas faculdades e seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria; e

3) E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar tais valores como vertentes principiológicas.

Outra previsão sensivelmente relevante advém do Código Ibero-Americano de Ética Judicial, decorrente da XIII Cúpula Judicial Ibero-Americana. A mencionada Cúpula Judicial

Ibero-Americana incluiu no Estatuto do Juiz Ibero-Americano, aprovado nas Canárias em 2001, um tópico no qual norteia a "Ética Judicial".

Adiante, a Carta de Direitos das Pessoas Perante a Justiça no Espaço Judicial Ibero-Americano (Cancun, 2002), reafirmou que é "um direito fundamental da população ter acesso a uma justiça independente, imparcial, transparente, responsável, eficiente, eficaz e equitativa".

Por fim, com base neste tópico, na Declaração Copán-San Salvador - 2004, os Presidentes de Cortes e Supremos Tribunais de Justiça e de Conselhos da Judicatura pertencentes aos países que integram a Ibero-América aprovaram um regramento comprometido com um padrão comportamental ético, calçado em seis premissas:

> Primeira: Reiterar como princípios éticos básicos, para os Iberoamericanos julgadores, os já estabelecidos na Segunda Cúpula Ibero- Americana de Cortes e Tribunais Supremos de Justiça, que se reflete no Estatuto do Juiz Ibero-Americano e na Carta de Direitos do Cidadão perante a justiça.
>
> Segunda: Realizar todos os esforços necessários para que se aprovem e implantem, os referidos princípios, na normativa de todos os países da Ibero-América, nomeadamente, naqueles onde ainda não existe um Código de Ética promovendo assim a sua criação
>
> Terceira: Revisar o texto dos Códigos de Ética que já existem, para o efeito de fomentar que, as normas que regem a ética dos juízes adaptem-se ao princípio de independência em relação a qualquer outra autoridade e em relação a qualquer das partes envolvidas nos processos judiciais concretos, e aos princípios dele provenientes.
>
> Quarta: Dar a conhecer, na sua respectiva judicatura, os princípios de ética que se consagram em cada um dos seus Códigos de Ética Judicial e, integrá-los aos programas de capacitação existentes em cada país
>
> Quinta: Difundir entre os processáveis, através de diferentes meios informativos, os seus Códigos de Ética com o propósito de incrementar a confiança e a autoridade moral dos que julgam.
>
> Sexta: Impulsionar a elaboração de um Código Modelo Ibero-Americano de Ética Judicial.

O indigitado dispositivo destaca valores relacionados a independência, imparcialidade, motivação, conhecimento, capacitação, justiça[11], equidade, responsabilidade institucional, cortesia, integridade, transparência, segredo profissional, prudência, diligência e honestidade profissional.

Ou seja, temos uma verdadeira oxigenação do comportamento humano nas relações processuais estabelecidas, em franco comprometimento com a boa-fé e lealdade.

[11] Luiz Fux neste ponto destaca de reforçarmos a busca do justo na própria lei, enaltecendo a humanidade e justiça como valores relevantes e indispensáveis. (FUX, Luiz. Novo Código de Processo Civil Temático. São Paulo: editora Mackenzie, 2015. Páginas 21/22)

Outros ordenamentos, tratando da relevância do elemento subjetivo, destacam a lealdade, a boa-fé e a probidade como deveres comportamentais[12]. Citamos alguns dos mais relevantes e destacados no cenário mundial, como: art. 88 do Código de Processo Civil italiano; art. 32-1 do Código de Processo Civil francês; Federal Rule 37 do Direito norte-americano, o qual fornece ao juiz uma pluralidade de ferramentas para sancionar o comportamento abusivo que vão desde o pagamento de custas à expulsão do advogado da ordem; art. 5º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Outra norma que destaca a importância mundial da verdade como padrão comportamental advém do Código de Processo Argentino. Neste diploma além de reafirmar a verdade como valor processual relevante[13], se orienta sanções ao comportamento que a fere, conforme estabelecem os seguintes artigos:

> *ARTICULO 36.- Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: (...) 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:*
>
> *Artículo 37: SANCIONES CONMINATORIAS.-*
> *ARTICULO 37.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniárias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.*
>
> *Artículo 45: TEMERIDAD O MALICIA.-*
> **ARTICULO 45. - Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de $ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las*

[12] Nesta linha, eis o julgado do C. STF: AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 05/03/2015 Publicação: 08/05/2015 Ementa. Instrumentalismo processual. Preclusão imprópria para prejudicar a parte que contribui para a celeridade processual. Boa-fé exigida do estado-juiz. Agravo regimental provido. 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e consequentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento

> *partes, se decidirá previo traslado a la contraria. Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo com una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatArtículo*
>
> *52: RESPONSABILIDAD POR LAS COSTAS. -*
> *ARTICULO 52.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil o criminal por el ejercicio del mandato, el mandatario deberá abonar a su poderdante las costas causadas por su exclusiva culpa o negligencia, cuando éstas fueran declaradas judicialmente. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias, establecer la responsabilidad solidaria del mandatário con el letrado patrocinantear el proceso.*

Nesta mesma linha ideológica, o Código Alemão (ZPO), prevê uma série de deveres e compromisso dos personagens do processo na sua dinâmica, dando especial ênfase ao dever de comunicação completa e verdadeira, conforme:

> *§ 138. Deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdade*
>
> *1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad.*
>
> *2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte.*

E mais, dentro da pretensão de uma reforma processual com contornos de maior eficiência, o §139 do ZPO pretende corporificar e concretizar um juiz[14] efetivamente ativo, buscando a resolução mais próxima possível da verdade concreta, algo a ser perseguido incansavelmente, num cenário de perene harmonia e colaboração dos personagens do processo, eis:

> *§ 139. Impulso procesal material*
> *1) El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho aclarándolas y realizando preguntas. Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.*
>
> *2) En tanto exista un punto de vista que no haya sido reconocido por una parte o que haya sido considerado como irrelevante, el tribunal puede fundar su resolución sobre él siempre que advierta de ello a las partes y lesotorgue la posibilidad para que se expresen al respecto y no se trate de um crédito accesorio.*

[14] Juiz com um papel central na direção do processo como a possibilidade de ordenar a apresentação de documentos de ofício (§§142 e 144 ZPO) e decorrente de deveres e obrigações judiciais, com claro protagonismo ativo do juiz (§279 e 139 ZPO). Ver: Nirk, Ein Jahr ZPO-Reformgesetz – Ein Rückblick, Heft 52/2002, editorial.

> *3) El tribunal tiene que llamar la atención sobre consideraciones que por su contenido deben ser consideradas de oficio.*
>
> *4) Las observaciones, de acuerdo con estas disposiciones, deben realizarse lo más pronto posible y ser registradas en expediente (apud acta). Su realización puede ser probada solo por el contenido registrado en los expedientes. Contra el contenido de los expedientes es solamente admisible la acreditación de falsedad.*
>
> *5) En caso de que no sea posible para una parte declarar en forma imediata con relación a un aviso judicial, el tribunal a petición de aquella puede otorgar un plazo dentro del cual pueda realizar la declaración en forma escrita.*

O ordenamento processual da Espanha[15], seguindo a mesma linha subjetiva, situa conjuntamente princípios e deveres processuais no Título VI do seu Código de *Legislación Procesal*, dando especial relevo a necessidade de preservação de um comportamento leal:

> *Artículo 75. Deberes procesales de las partes.*
>
> *1. Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho. Asimismo, corregirán los actos que, al amparo del texto de una norma, persigan un resultado contrario al previsto en la Constitución y en las leyes para el equilibrio procesal, la tutela judicial y la efectividad de las resoluciones.*
>
> *2. Quienes no sean parte en el proceso deben cumplir las obligaciones que les impongan los jueces y tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales.*
> *3. Si se produjera un daño evaluable económicamente, el perjudicado podrá reclamar la oportuna indemnización ante el juzgado o tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal.*
> *4. Todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe. De vulnerarse éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros, una multa que podrá oscilar*

[15] Nesta vertente, vale recordar ensinamentos de importante processualista da Espanha: "*Procederá la imposición de las costas a aquella parte en la que el tribunal aprecie temeridade o mala fe en terminos generales cuando haya habido una estimación o desestimación parcial de las pretenciones y se aprecie temeridade en una de las partes (art. 394.2), entendiéndose por ello haber litigado o provo-cado la necesidad de litigar con evidente falta de razón*". (ORTELLS RAMOS, M., (2013) Derecho Procesal Civil. 12. ed. Editora Thomson Reuters Aranza-di, p. 593).
Ademais, o regramento processual da Espanha prevê outras punições. Já que, tratando do aspecto material nota-se que o dispositivo pune em seus termos quem viola a boa conduta processual, conforme estipulado no art. 11.2 da LOPJ, permitindo pronta atuação da autoridade judicial. Vale lembrar que o conceito de boa-fé tem um valor bastante amplo, ou seja, de conteúdo técnico-interpretativo aberto. De igual forma, ao tratar da fraude processual, o dispositivo do art. 247.2 norteia tanto a fraude: a lei ou ao processo, exigindo a demonstração dos seus requisitos. Nesta mesma linha que defendi: GIMENO SENDRA, V., (2017) Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte gene-ral. 2. ed. Castillo de Luna Ediciones Juridicas. Madrid, p. 854.

> *de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio.*
> *Aquel al que se hubiere impuesto la multa prevista en el párrafo anterior podrá ser oído en justicia. La audiencia en justicia se pedirá en el plazo de los tres días siguientes al de la notificación de la multa, mediante escrito presentado ante el juez o tribunal que la haya impuesto. La audiencia será resuelta mediante auto contra el que cabrá recurso de alzada en cinco días ante la Sala de Gobierno correspondiente, que lo resolverá previo informe del juez o Sala que impuso la multa. De apreciarse temeridad o mala fe en la sentencia o en la resolución de los recursos de suplicación o casación, se estará a lo dispuesto en sus reglas respectivas.*
>
> *5. El incumplimiento de las obligaciones de colaboración con el proceso y de cumplir las resoluciones de los jueces y tribunales y de los secretarios judiciales en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el artículo 456 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de lo previsto en los apartados 3 y 4 anteriores, darán lugar, respectivamente, a la aplicación de los apremios pecuniarios a las partes y de las multas coercitivas a los demás intervinientes o terceros, en los términos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 241, pudiendo ser oídos en justicia en la forma prevista en el apartado anterior.*

Ou seja, como afirmamos, vemos nos âmbitos nacionais e transnacionais a presença da verdade como elemento indissociável do processo efetivo. Sem sombra de dúvidas um processo construído com base na cooperação[16] e num ambiente de trato leal tende a resultados mais efetivos e preservadores dos anseios sociais, a concreta realização do Estado Democrático de Direito.

Desde as mais simples relações humanas até as mais complexas tem como pedra de toque o elemento volitivo, a vontade é formadora de cada passo que o homem dá.

Desta forma, em todos os campos que tivermos a liberdade de escolha, a liberdade de opção, teremos a ética pautando nossas decisões, ainda que minimamente, infiltrada em todas as nossas alternativas e preferências. Ou seja, vemos um enlace profundo entre nossos valores mais acentuados e as escolhas que fazemos todos os dias.

[16] Nesta linha: RE 839950. Repercussão Geral – Mérito Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 24/10/2018. Publicação: 02/04/2020. Ementa. Recurso Extraordinário em face de decisão proferida no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, bastando que a peça esteja subscrita por Procurador Geral do Município, não sendo necessária a aposição da assinatura do Prefeito Municipal. (Precedente: RE 570392, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014) 2. O novo Código de Processo Civil, inspirado pelo paradigma da instrumentalidade processual, exorta as partes e o Estado-juiz à observância dos preceitos de cooperação e boa-fé (artigos 5º e 6º), impondo a eliminação de formalidades estéreis para privilegiar a solução integral do mérito (art. 4º) e a proteção das partes contra surpresas processuais (art. 10), por isso que o artigo 932, parágrafo único, do mesmo diploma concede prazo ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. 3. Mérito: Aferição da Constitucionalidade de leis que obrigam supermercados e congêneres à prestação de serviço de empacotamento dos itens comprados. 4. A lei municipal que exige a contratação de funcionário para cumprir determinada tarefa em estabelecimento empresarial usurpa a competência

No âmbito processual, a liberdade é seu agente impulsionador, seu combustível como nos ensina TARUFFO[17], cientes de que o processo é um jogo de plena e intensa rivalidade[18], contudo, permeado por um regramento humano mínimo comportamental:

> *Por otro lado, hay que considerar que las partes gozan de la libertad de comportarse en los modos que consideran más oportunos en las diversas situaciones procesales (obviamente a condición de que se atengan a lo que la ley procesal de caso en caso establece en cuanto a la forma y a las modalidades de los diversos actos que pueden realizar). Como justamente ha subrayado Vincenzo Ferrari con la metáfora del war game, en el proceso las partes asumen actitudes distintas con la máxima libertad posible, aprovechando todo espacio para realizar sus respectivas jugadas en vista de finalidades entre ellas incompatibles. Limitar esta libertad de elección de las técnicas y de las estrategias de defensa significaría poner restricciones no justificables para la actuación concreta de las garantías de la acción y de la defensa en el ámbito del proceso. Retomando por un instante las metáforas del juego y de la competición deportiva, sería claramente absurdo pedir al ajedrecista revelar al inicio del partido cuál será su estrategia y cuáles serán sus jugadas en respuesta a las jugadas del adversario. Todo lo que puede pedírsele es de aplicar puntualmente las reglas de juego. Análogamente, no se puede pretender que el entrenador de un equipo de futbol revele anticipadamente su estrategia. Lo que se puede pretender es solo que el partido se desarrolle de manera regular. Esto significa que el jugador es libre de escoger su "jugada" en todo momento del desarrollo de la competición, con el único límite consistente en la prohibición de violar las reglas de juego.*

Da educação básica dos nossos filhos, passando pelas nossas relações de trabalho, até como lidamos com a coisa pública, tudo está limitado pela moldura da ético-comportamental. Nunca o enfoque subjetivo do comportamento humano foi tão precioso para orientar o caminhar social da humanidade, o homem pauta-se pelo que é socialmente legítimo e adequado.

Desde o momento que conjecturamos até materializarmos nosso comportamento, devemos ter como norte o que é aceitável, o que é correto, o que se revela adequado ao homem médio, obviamente considerando um contexto social e histórico.

Portanto, buscarei tratar do conceito central de ética[19], perpassando pelo seu viés perante a ciência do direito, ao final, tentarei demonstrar, dentro das limitações de espaço e tempo que este estudo se propõe, os prejuízos do comportamento antiético ao processo[20].

---

[17] TARUFFO, Michele. Abuso del proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, v. 6, n. 2, p. 6-29, 2016.

[18] Como ensina MONTERO AROUCA: "el juego se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial". (MONTERO AROUCA, J., 2006. "Processo Civil e ideologia". In prefacio, una sentencia, doscar-tas y quice ensayos. Tirant lo Blanch, p. 163).

[19] Considerando as limitações, proposta e finalidades deste trabalho.

[20] No processo, observa o gênio CHIOVENDA: "*Con la demantda judicial existe el proceso, con todos los derechos y deberes que de él derivan*". (...) "*Sometiendo a penas disciplinarias al procurador que quebranta los deberes de la probidad y de la delicadeza, tanto en perjuicio del cliente como del adversario* (§ 37)". (CHIOVENDA, José (Giuseppe). Derecho procesal civil. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1922.páginas 107 e 203)

Sempre devemos ter em mente que somos um país multicultural, marcado por uma identidade fortemente jovem. Somos um povo formado por diversas facetas culturais fruto do nosso processo de colonização e pela densa miscigenação de raças, um verdadeiro complexo de pensamentos humanos das mais variadas fontes, valores e origens.

Uma verdadeira multiplicidade de valores e conceitos. Somos, de fato, um país com incontáveis identidades que o definem.

Nossa ética também sofre influência desta disparidade, com criações sociais que somente se adaptam a realidade da nossa gente, como bem conceituou BARROSO[21] em indispensável estudo no qual descreve com esmero nosso *"*jeitinho brasileiro*":*

> Jeitinho brasileiro é uma expressão que comporta múltiplos sentidos, facetas e implicações. Inúmeros autores identificam nele um traço marcante da formação, da personalidade e do caráter nacional. Há quem analise o fenômeno com uma visão mais romântica, vislumbrando certas virtudes tropicais. Existem, por outro lado, análises críticas severas das características associadas ao jeitinho, reveladoras de alguns vícios civilizatórios graves. Na sua acepção mais comum, jeitinho identifica os comportamentos de um indivíduo voltados à resolução de problemas por via informal, valendo-se de diferentes recursos, que podem variar do uso do charme e da simpatia até a corrupção pura e simples. Em sua essência, o jeitinho envolve uma *pessoalização* das relações, para o fim de criar regras particulares para si, flexibilizando ou quebrando normas sociais ou legais que deveriam se aplicar a todos. Embutido no jeitinho, normalmente estará a tentativa de criar um vínculo afetivo ou emocional com o interlocutor.

Mais adiante, BARROSO[22] bem destaca a faceta mais prejudicial deste comportamento violador da ética, qual seja, colocar sentimentos pessoais ou relações afetivas acima do interesse público ou coletivo, do que é essencialmente adequado. Ou seja, subverter uma decisão ou um caminho a ser adequadamente trilhado, correto e transparente pelo vínculo do afeto da amizade, uma forma de adoçarmos ou acariciarmos nossas consciências para justificar um comportamento antiético. Um autêntico alívio psicológico, social e sentimental do inadequado, maquiando o incorreto.

Durante muitos séculos tratamos a escravidão no Brasil como algo natural, convencional. Durante muitos anos ofertamos a diferença de gênero como verdadeira camisa de força para

[21] Barroso, Luís Roberto. "Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim." *Lecture. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA*. Vol. 8. 2017.

[22] "Improviso, relações familiares e pessoais acima do dever e a cultura da desigualdade contribuem para o atraso social, econômico e político do país. Mais grave, ainda, o jeitinho importa, com frequência, em passar os outros para trás, em quebrar normas éticas e sociais ou em aberta violação da lei. Em todas essas situações, ele traz em si um elevado custo moral, por expressar um déficit de integridade pessoal e de republicanismo. Em desfecho deste ensaio, então, é possível concluir que, salvo nas hipóteses pontuais e específicas em que se manifesta por comportamentos legítimos, o jeitinho brasileiro deverá ser progressivamente empurrado para a margem da história pelo avanço do processo civilizatório." (Barroso, Luís Roberto. "Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim." *Lecture. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA*. Vol. 8. 2017).

oprimir a igualdade entre homens e mulheres, para fazer valer a vontade e interesses políticos. Durante muitos anos cerceamos o acesso à educação e formação superior a classes menos favorecidas.

Portanto, o que parecia ético no passado, agora, nos dá absoluto arrepio.

Assim, podemos pensar o conceito ético como algo em constante e frequente progressão social, um permanente e reiterado avanço dos conceitos que norteiam o homem e sua interrelação social.

Logo, o ambiente e os valores socialmente relevantes guiarão o homem em sua caminhada, sendo constantemente revistos e alterados. O extrato social, formação educacional, grau de cidadania e diversos outros fatores aos quais também incluo o econômico-político, nortearão esta caminhada, mostrarão o que um povo verdadeiramente pretende como nação.

Consequentemente, na dinâmica processual não encontramos nada diverso, ao contrário, o processo reafirma nossa conduta como sociedade. Trata-se de um espelho da sociedade. Vale recordar que, cientificamente, não pretendo explorar o debate quanto aos aspectos sociológicos e antropológicos, tendo em vista sua elevada riqueza científica[23].

O espírito humano criativo deverá nortear-se por valores essenciais e ínsitos ao bem estar da coletividade, atuar pautando-se pelos valores pertinentes ao devido processo legal, processo justo e ao estado Democrático de Direito. Assim, a ética é um traço comum as garantias fundamentais do processo, consequentemente, ética e direito têm enlaces evidentes, desta simbiose, somamos a necessária observância aos Direitos Humanos como fundamento para a evolução civilizatória.

Nos tempos romanos já tínhamos fortes debates quanto ao conceito de ética e seus elementos configuradores, desta forma, princípios[24] de origem ética como *officium, pietas, humanitas amicitia* e *fides* influenciaram e contribuíram para o debate em torno da ética daquele povo.

[23] Sempre pautados: "*La ética debe ser una ética creativa, capaz de reconstruir pensamientos y sentimentos hacia la vida y la buena vida. No puede quedarse entonces en una deontología, en um deber ser, en una obediencia acrítica a preceptos y principios, sino llevar a su continua renovación. La ética recrea al ser para devolverle lo que Nietzsche quiso darle, la voluntad de poder ser, de querer ser. Sólo la autoría y autonomía permiten construir a una ética que pueda ser socialmente asimilada y subjetivamente incorporada como una forma de ser en el mundo, más que como un código social de conducta*". (LEFF, E., (2006) "Ética por la Vida. Elogio de la voluntad de poder". *Polis Revista Latinoamericana,* núm. 13. Concentración y poder mundial, disponible en: http://polis.revues.org/5354.).

[24] Luiz Fux nos lembra que, especificamente os princípios processuais, revelam um núcleo da linha juspolítica e filosófica adotada pelo sistema processual. Deles decorrem uma série de regras e cânones que influenciam todo o Sistema. (FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, páginas 218/220)

Especialmente a fides e suas múltiplas funções no Direito Romano, ganha relevo a bona fides. Em importante estudo, SALAZAR REVUELTA[25] nos ensina que "*por otro lado, si bien se trata de un criterio objetivo, la bona fides no llega a adquirir en el Derecho romano la consideración de principio informador de todo el ordenamiento jurídico*".

Uma primeira indagação que nos parece importante é a seguinte: porque, na atualidade, o mundo tem mostrado tamanho interesse e debates em torno da ética? Por certo a resposta não se mostra objetivamente estabelecida, mas os escândalos e desvios noticiados maciçamente pelos meios de comunicação fomentam nosso interesse como ilustra a rica doutrina espanhola:

> *En el interés actual por la Ética hay razones circunstanciales, como pueden ser los escándalos que nos sirve con mayor o menor intensidad y frecuencia la prensa diaria en todo el mundo. Hay razones políticas en este interés desusado, porque la ética se ha convertido en un valor de primer orden, o cuando menos (hay que admitirlo nos guste o no) como un cierto valor para el mercadeo político. Además, hay también situaciones de desconcierto, ante las nuevas posibilidades que ofrece la técnica, que exigen una respuesta clarificadora*[26].

A ética jamais esteve tão celebrada como nos tempos modernos, especialmente diante do progresso, da velocidade de circulação da informação, do liberalismo crescente, da aceleração e reprodução das relações sociais e econômicas. Vivemos novos tempos, com novos e descartáveis valores, no qual a sociedade postula pela ética na política, economia, entre outros campos sociais.

O que a ética busca é tornar a relação humana mais equilibrada, menos instintiva, mais harmônica, mais próxima de um ideal de pacificação social, da efetiva promoção da paz e do bem-estar social.

---

[25] "*fides in deditione, fides in colloquio, fides publica, fides patroni, fides crediticia, bona fides*…"
Vale citar as definições de fides trazidas por Salazar Revuelta, catedrática de Direito Romano da Universidad de Jaén, no trabalho FORMACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO, apenas para enriquecer o tema abordado: "*La fides es entendida, originariamente, entre los romanos como "fidelidad a la palabra dada". Su significado más básico, traducido como "ser de palabra" o "tener palabra", esto es, "hacer lo que se dice" o "cumplir lo que se promete", deriva de la propia etimología de la palabra, que nos ofrecen las fuentes, resumida en la expresión fit quod dicitur. Pero, es más, fides implica comprensión, credibilidad con respecto a alguien y, a la recíproca, un "estado de confianza" respecto del sujeto titular de la fides; quien, por ello, es "hombre de palabra", "cumplidor de sus compromisos"." (...) "Aparece, así, la bona fides como base reguladora de los negocios jurídicos no solemnes, enriqueciendo –respecto a lo acordado por las partes- el contenido de los contratos". (...) "De esta manera, la fides se convierte, dentro de la esfera del proceso, en bona fides". (...) "De tal manera que el comportamiento esperado en las relaciones humanas sea ut iter bonos bene agere oportet et sine fraudatione. Responder de bona fides implica, así, como ha observado Schulz, "no sólo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, cumplir el propio compromiso en relación con los usos comerciales*". (REVUELTA. M. S., (2015) "*Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo". Revista Internacional de Derecho Romano. disponible* em www.ridrom.uclm.es. Abril).

[26] RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., (2014) "Caraterización constitucional de la ética pública - especial referencia al marco Constitucional Español". *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr.

Harmonia é a palavra que deverá ditar os novos tempos.

Quando falamos em ética não apenas concebemos aquele que obedece aos comandos normativos pura e simplesmente, mas aquele que o faz impulsionando seu agir pelo que é justo, razoável, correto e adequado. Esses devem ser os escopos buscados pelas sociedades pós-modernas em tempos de pós-positivismo.[27]

Quando tratamos de ética rememoramos conceitos não apenas pertinentes ao mundo jurídico, por conseguinte, se exige do intérprete que transite por outros campos das ciências humanas, gravitando por conceitos de comunicação, políticos, antropológicos, sociais, entre outros como nos adverte PINHEIRO CARNEIRO:[28]

> Toda esta situação leva o jurista a grandes angústias, tanto maiores quando ele percebe que a ciência que ele cultiva, sozinha, não consegue responder a determinadas perguntas que o atormentam. Esta angústia foi revelada com grande intensidade num belíssimo trabalho de EDUARDO COUTURE intitulado "Problemas gerais do direito", que escreveu para o livro póstumo em homenagem ao jurista alemão JAMES GOLDSMHIT, e que foi lido na faculdade de direito de Montevidéu, em 1940. São palavras do mestre uruguaio: na vida de todo o jurista há um momento em que a intensidade do esforço concentrado nos textos legais conduz a um estado de insatisfação. O direito positivo vai se despojando de detalhes e acaba reduzido a algumas grandes teses. Mas, por sua vez, essas grandes teses reclamam um sustentáculo que a própria ciência não lhe pode oferecer. O jurista percebe, então, que algo lhe foge debaixo dos pés e clama pela ajuda da filosofia". Esta orientação de EDUARDO COUTURE nos leva a refletir, a verificar da utilidade de sair do universo do processo, enquanto instrumento exclusivamente técnico, e buscar no campo de outras ciências, como a sociologia, a comunicação, a política, a filosofia, reforço, apoio, para um redirecionamento do processo visando, sem jamais perder de vista a técnica, alcançar as finalidades sociais e políticas de que antes se falou. Sob este enforque o tema do comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isto por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só aquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo que elas atuam será absolutamente fundamental. Em outras palavras, de nada valerá qualquer tipo de reforma processual, a criação de qualquer instituto mágico, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava Platão, "não pode haver justiça sem homens justos". Daí a importância do aprofundamento do estudo da ética.

[27] A Alemanha nazista atuou com base em regramentos normativos, o que demonstra que não devemos apenas seguir a norma jurídica, a lei pura e simplesmente. Devemos buscar algo mais, além da norma apenas, ou seja, o que é ético, o que é humano, o que é correto e justo. Portanto, falamos de vetores que vão além da norma jurídica, que inspiram a norma jurídica. Daí a Constituição não se coloca como simples ordenamento, mas como a representação de valores, de vetores que motivam uma nação.

[28] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. A ética e os personagens do processo. Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e discurso na cerimônia de posse dos novos professores titulares (22.3.2000).

Sob o amparo de valores democráticos, a Constituição Federal do Brasil trouxe vetores que inspiram a conduta em sociedade, ou seja, a Constituição comporta uma série de vetores morais e sociais, como o art. 37 da Carta Constitucional. Devemos olhar por trás das fachadas e enxergar o real espírito da nossa nação, isto é, não basta acolhermos a legalidade pura e simplesmente, mas nos movermos por conceitos elementares à condição humana, ínsitos ao homem.

A ética é um deles, trata-se de uma necessidade social que garante o equilibrado convívio entre as pessoas. No Brasil, temos marcada a influência da garantia fundamental e constitucional da dignidade da pessoa humana[29], centro principiológico e gravitacional do nosso ordenamento, eixo constitucional de todo nosso sistema normativo. O homem passou a ser a razão de ser e o propósito primordial do nosso ordenamento

Na Espanha constatamos, quando do exame do art. 10.1 da CE, a previsão da dignidade da pessoa humana, como fator a caracterizar o estado social e democrático de direito "A*rtículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*

Inegavelmente a ética é uma filosofia de vida, uma forma de condução de vida, um meio adequado de direção dos atos na sociedade, são valores e conhecimentos incorporados à forma de vida e das relações humanas.[30]

Ela deve pautar cada passo dado, seja em sociedade, seja nas relações sociais. Somente evoluímos como sociedade impulsionados por vetores pertinentes a ela. Por conseguinte, falamos de um conceito que, felizmente, não é exclusivamente jurídico, mas de aplicação multidisciplinar. O Judiciário não resolverá todos os males da sociedade, mas sim o avanço humano quanto a civilidade, consciência e educação.[31]

---

[29] Nesta linha Luiz Fux destaca que ingressamos no pós-positivismo, com o enaltecimento de princípios maiores e modernos. Destaca a função de eixo de gravidade e revela a importância da dignidade da pessoa humana (FUX, Luiz. O Novo Processo Civil Brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Página 13-14)

[30] Vale recordar os ensinamentos de ENRIQUE LEFF: "*La ética es una filosofía de vida, es el arte de la vida; arte y filosofía que no lo son de la vida orgánica, sino de la buena vida, de la calidad de vida, del sentido de la vida. Si la conciencia de la muerte es el límite desde el cual se significa el sentido de nuestra existencia, la sustentabilidad es la marca del límite de la vida en su órbita biosférica. La muerte entrópica del planeta nos vuelve a la búsqueda de las raíces de la vida, a la voluntad de vida, más allá de la necesidad de conservación de la biodiversidad y del principio de supervivencia de la especie humana. La ética de la vida va dirigida a la voluntad de poder vivir, de poder desear la vida, no como simple reafirmación del instinto vital y más allá de la etología del animal humano que se arraiga a la vida, sino como la voluntad de poder vivir con gracia, con gusto, con imaginación y con pasión la vida en este planeta terrenal*. (LEFF, E., (2006) "Ética por la Vida. Elogio de la voluntad de poder". *Polis Revista Latinoamericana,* núm. 13. Concentración y poder mundial, disponible en: http://polis.revues.org/5354.).

[31] O Judiciário não deve ser visto como a salvação para todos os males como nos lembra o gênio de BARBOSA MOREIRA: "Dou-lhe até um exemplo freqüente e recente: certa vez eu participei de um programa de televisão,

Não podemos construir relações de toda ordem sem um comando legal mínimo que regre o comportamento humano, ou seja, para uma retilínea vida em sociedade o ordenamento normativo deverá ser observado como alerta BARBOSA MOREIRA:[32]

> Ninguém ignora quão importante, para a vida da sociedade, é a observância das normas postas pelo ordenamento jurídico. Nenhuma atividade que envolva duas ou mais pessoas pode realizar-se sem que, ao menos em certa medida, saiba cada participante como há de atuar e como pode esperar que atuem os outros. Uma simples partida de futebol seria inconcebível se não se estabelecesse, previamente, em que direção os jogadores devem chutar para fazer gol e decerto não acabaria bem, se eles pretendessem que o árbitro lhes marcasse tentos, ainda quando a bola fosse parar fora do arco do adversário. À humanidade sempre pareceu um pouco difícil deixar-se guiar inteiramente pelas regras do Direito. (...) Para o grupo social, assim, o perigo de dissolução varia enormemente de grau, à medida que passamos do mero incremento nas estatísticas da infração à difusão da ideia de que nada é proibido e, portanto, a própria noção de infração se despoja de significado. Parece-me extremamente difícil que, a longo prazo, consiga sobreviver uma sociedade onde chegue a prevalecer semelhante ideário.

No mencionado estudo BARBOSA MOREIRA já apontava sua enorme preocupação com a crescente violação ao ordenamento jurídico, o descaso com o cumprimento de regras mínimas do convívio em sociedade, notem que falamos de um trabalho elaborado dezoito anos atrás.

---

com o Dr. Sérgio Bermudes, meu querido amigo, advogado de grande prestígio, sobre o acesso à justiça, e houve um telefonema (porque havia a possibilidade de pessoas do público interferirem, formulando perguntas) de uma senhora, que nos causou grande pena, formulando a seguinte pergunta: "A que órgão judicial eu devo dirigir-me, para obter recursos financeiros, destinados à compra de remédios para a minha filha?". Veja como a população, em certos setores, é levada a crer que a chave de todos os segredos está nas mãos do Judiciário; o Judiciário seria até capaz de arranjar dinheiro para que ela pudesse comprar os remédios. Infelizmente, sabemos que estamos muito longe dessa situação. Então, o juiz tem de enfrentar, como puder, com os recursos que a lei lhe fornecer, questões que se vão avolumando, crescendo, multiplicando e ganhando, a cada dia, maior complexidade. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Cultura da Transgressão. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000). Na Espanha o tema mereceu enfrentamento por Ignácio Sancho Gargallo, Presidente de la sección 15 (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona, no trabalho Ética judicial: el paradigma del buen Juez. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 72, septiembre-diciembre 2007, ISSN: 02 12-7377: "*La preocupación actual por la ética profesional no es exclusiva del mundo judicial ni siquiera del jurídico, sino que se enmarca dentro de una corriente mundial que persigue la excelencia moral en la actividad profesional, demandando un grado de probidad más allá de lo legalmente exigible. Constituye una demanda de la Sociedad, que necesita confianza en los operadores económicos, políticos, sociales y jurídicos, y esta confianza la da no sólo la sujeción de estas personas a la "Ley", sino también la asunción de unos principios morales, que superan lo que es el mero cumplimiento de unas normas formales e informan el alma o el espíritu de dichos profesionales.*

Y ello porque se constata que el Derecho, sobre todo en su concepción más formalista, y en concreto el estricto cumplimiento de la legalidad, no es la única y definitiva instancia para calificar la correcta actuación profesional. Resulta evidente que un buen profesional es mucho más que un buen técnico, así como la importancia que tiene en la Sociedad la existencia de personas íntegras y capaces, conscientes de su responsabilidad, comprometidas con la mejora, desde su situación, de las estructuras sociales".

[32] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Cultura da Transgressão. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n.9, 2000. No Brasil, nosso primeiro ordenamento a tratar de ética foi o Código Comercial que trazia a previsão da boa-fé contratual já em 1850, especificamente no art. 131.

Portanto, a violação a norma, a falta de ética entre os indivíduos nas relações sociais e jurídicas, são fatores ínsitos a condição humana e que merecem ser debatidos, o choque entre o dever fazer e o fazer.[33]

Cada passo dado no curso da relação processual deve ter como vetor motivacional das partes a ética, por ela e por meio dela devemos estabelecer um filtro animador da conduta das partes na relação processual.[34]

O processo ao longo de sua evolução científica deixou de ser mero instrumento formal e burocrático de conflitos para assumir uma roupagem de mecanismo ético voltado ao restabelecimento da paz social como nos ensina PELLEGRINI GRINOVER:[35]

> Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.

Induvidosamente, as partes deverão conduzir o processo não mais motivadas pelo enfrentamento desmedido e irracional, no qual o processo se transforma num campo de batalha, mas por uma dialética movida pela cooperação ampla, consequentemente, o resultado a ser perseguido pelas partes deve ser o mais próximo possível da máxima certeza, da verdade processual.

O processo colaborativo pontua-se por um cenário de maior organização do papel desempenhados pelas partes e pelo julgador, todos subjetivamente comprometidos com o resultado, como verdadeira comunidade de trabalho.[36]

Neste cenário de divisão equilibrada do papel das partes e do julgador, torna-se indispensável o atuar da parte, especialmente, o operar ético da parte, afinal, o subjetivismo

---

[33] Vale transcrever a sua indagação: "Para falar de coisas aparentemente pequenas: será que todos os juízes se esforçam por observar os prazos legais na condução dos feitos que lhes são distribuídos? E, que todos os advogados, no exercício de seu munus público, visto pela Constituição como indispensável à administração da justiça, art. 133, se abstêm de manobras eticamente condenáveis? Assistimos, quase todo dia, a abusos do Poder Executivo na edição de medidas provisórias, nem de longe justificadas pelo pressuposto constitucional da relevância e urgência (art. 62, *caput*)". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Cultura da Transgressão. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n.9, 2000).

[34] Nesta toada: "O clássico princípio chiovendiano segundo o qual "o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir" assinala a linha da instrumentalidade substancial do processo, que não pode tolerar resistências injustificadas às ordens judiciárias". (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219, abr. 2001).

[35] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219, abr. 2001.

[36] *Arbeitsgemeinschaft*, no qual atuam conjuntamente para a melhor solução do litígio - *prozessualen Zusammenarbeit*. (WASSERMANN, Rudolf. Der Soziale Zivilprozess – *Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied und Darmstad. Hermman Luchterhand Verlag*. 1978, página 97). A primeira previsão na doutrina Alemã decorreu do BGB de 1900, especificamente no § 242.

ganha relevo com esta nova dinâmica processual.[37] Temos um claro redimensionamento do papel do julgador e das partes, marcado pela ética e pela boa fé, quer objetiva, quer subjetivamente. Já o julgador[38] deverá atuar da forma mais isenta possível, não passiva, agindo processualmente de forma isonômica, estimulando o diálogo e preservando a paridade entre as partes, o juiz passa a ser um agente transformador da dinâmica processual.[39]

Testemunhamos uma verdadeira socialização do Processo Civil, logo, despontando como formidável elemento para minorar as desigualdades, aproximando, ao máximo possível, do perseguido conceito de isonomia substancial. Nesta toada, resta os ensinamentos de MONTERO AROUCA e CIPRIANI[40]:

> Socialização do processo civil` ou ´processo social`, expressões em virtude das quais o aumento dos poderes do juiz estaria dirigido a alcançar a chamada igualdade "substancial" das partes no processo (em particular da parte que se diz socialmente mais "débil"), com a mesma consequência de o juiz deixar de ser terceiro, ainda que imparcial. O juiz deve, sem dúvida, garantir às partes um tratamento igual na aplicação da norma processual, evitando a produção de indefesa, mas não pode acabar por pretender ser um elemento gerador de igualdade social.

[37] Feição sensivelmente mais argumentativa, maior comprometimento das partes com a lógica dialética, o processo materializa o Estado democrático de Direito.

[38] Estabelece o Código de Ética Ibero-Americano: "ART. 17- A imparcialidade de juízo obriga que o Juiz crie hábitos rigorosos de honestidade intelectual e de autocrítica". (XIII Cúpula Judicial ibero-Americana. Disponível na Escola nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, www.enamat.jus.br, em 10 setembro 2018).

Ademais, vale recordar as lições de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: "O personagem principal do processo é o juiz. É como se ele fosse o mocinho de um filme, que se espera, muitas vezes em vão, que sempre termine bem. O juiz dirige o processo, exerce o poder de polícia; é quem dá a palavra final sobre o conflito. A sua figura se confunde com a própria idéia de justiça. Ele perde um pouco da sua identidade enquanto ser humano. Para a maioria do povo não interessa qual é o nome que identifica um determinado magistrado, mas, tão-somente, o fato de que ele é um juiz, personifica o justo, a própria justiça enquanto valor. É dele que se espera maior rigor no comportamento, e, portanto, a estrita observância não só das normas éticas que direcionam a atividade jurisdicional, mas também daquelas morais que informam a sua conduta enquanto pessoa. Diferentemente do que ocorre na vida em sociedade, na qual não se exige, com obrigação legal, que uma pessoa trate a outra com educação, a lei orgânica da magistratura diz que é dever do magistrado tratar as partes com urbanidade, prevendo, inclusive, sanções pelo descumprimento deste dever. Este, o primeiro aspecto de comportamento ético que o juiz deve adotar. É evidente que, dentro dos princípios teóricos que informam as teorias éticas da justiça de que falamos anteriormente, é absolutamente fundamental que o juiz procure, no limite máximo, garantir um razoável equilíbrio de armas utilizadas pelas partes e seus advogados, de sorte evitar que a atuação absolutamente desastrada, sem uma base técnica minimamente razoável, de uma das partes, possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional. O juiz deve, tanto quanto possível, minimizar as diferenças e, se for o caso, priorizar os interesses mais valiosos em jogo. Julgar com justiça, outro mínimo ético que se exige do magistrado, parece ser uma redundância, mas não é. O importante não é utilizar a técnica processual simplesmente para produção de uma grande quantidade de sentenças, mas sim visar a qualidade delas, ou seja: produzir sentenças justas. O juiz comprometido com a jurisdição dirigirá o processo de forma adequada, evitando desvios, coibindo a litigância de má-fé, fatores que por si sós garantirão que ele chegue a bom termo em curto espaço de tempo". (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *A ética e os personagens do processo*. Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e discurso na cerimônia de posse dos novos professores titulares - 22.3.2000).

[39] Juiz do diálogo, gerencial, comprometido com a isonomia, com a cooperação, do diálogo paritário.

[40] MONTERO AROUCA, J. y CIPRIANI, F. et alii., (2007) "Crônica da primeira jornada internacional sobre Processo Civil e garantia". Revista de Processo, São Paulo, v. 145, p. 241 – 248, mar.

Nesse sentido, quando tratamos de igualdade processual estabelecemos que as pessoas deverão ter iguais possibilidades de acesso à ordem jurídica justa desde a fase pretérita até o curso da relação processual formada, sendo-lhe provida iguais chances para formular suas pretensões e se defender, devem as partes compartilhar idênticas oportunidades e riscos.

As partes deverão atuar de forma equilibrada, zelando pelos valores concernentes ao processo justo,[41] reforço que não existe o dever de uma parte colaborar com a outra já que possuem interesses antagônicos, contudo, tem as partes compromisso com a dinâmica processual adequadamente ética, com a busca do melhor resultado para o processo.

Como forma de estímulo à eticidade no curso da relação procedimental deverá o julgador se comprometer com o diálogo permanente com as partes, prestando esclarecimentos, prevenindo comportamentos violadores da ética-processual, auxiliando os litigantes na busca do resultado mais próximo da verdade.

A adoção de medidas inibidoras da má-fé[42] nos ordenamentos modernos revelam o propósito do legislador de afastar do cenário processual a conduta corrompida, exigindo um comportamento mais verdadeiro das partes no curso da relação processual firmada, como mecanismo de inibir desrespeitos ao Poder Judiciário, prestigiando a atuação estatal no seu propósito de restabelecer a pacificação social.

[41] Lembrando Comoglio: "*Si tratta, in altre parole, di quelle garanzie minime di legalità processuale - si pensi ad es., come oggi, dopo la riforma del 1999, si legge nell'art. 111, 2° comma, della Costituzione italiana, al contraddittorio delle parti in condizioni di parità, all'indipendenza, all'imparzialità ed alla "terzietà" del giudice precostituito per legge, alla ragionevole durata del processo - nelle quali sono racchiusi i più sacri valori di civiltà giuridica, posti alla base del moderno Stato democratico di diritto. Proprio la salvaguardia effettiva di quei valori - nel quadro generale dei diritti inviolabili dell'uomo, che ogni Stato moderno non crea, ma "riconosce" e "garantisce" - consente di dare corpo alle ineliminabili componenti etiche della stessa nozione di "giusto processo", facendo sì che l'individuo come "persona" sia sempre considerato al centro delle vicende processuali che lo coinvolgono, quale "soggetto" di diritti fondamentali inalienabili (oltreché di poteri ed anche di doveri), 6 ma non mai quale titolare di posizioni di mera "soggezione" nei confronti dell'imperium judicis o, peggio ancora, quale mero "oggetto" di indagine, di verifica e di analisi, nella dialettica dell'accertamento giudiziale*". (COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 85 – 102, mar. 2008).

[42] Multas, condenações por litigância de má-fé etc.

Por conseguinte, o processo instrumental[43] exige um desempenho ético, impondo as partes e a seus procuradores "uma conduta irrepreensível", pautada na máxima transparência.[44]

Por dispositivo da Constituição do Brasil, o advogado é figura essencial à administração da justiça, exercendo verdadeiro sacerdócio - munus público, tendo o compromisso profissional de atuar fundado e animado pela ética.

Assim, o processo não pode e não deve ser visto como um campo no qual as partes e seus patronos podem tudo, atuando livres, não parece aceitável que o patrono oriente e atue com olhos voltados exclusivamente ao seu cliente, passando por cima de valores elementares à condição humana, usando de todo tipo de embaraços e entraves para atender exclusivamente aos interesses de quem representa.

Atuando como se o processo fosse uma terra sem lei, um vácuo no qual tudo é aceitável em nome dos interesses dos seus clientes[45], ou seja, deverá ter um atuar verdadeiramente comprometido com um dinâmica cooperativa e leal.[46]

Existe verdadeira preocupação mundial em torno da conduta adequada das partes. À título de pequeno exemplo, a Itália[47] também apresenta regramento resguardando a probidade processual, como:

---

[43] Nesta linha, eis relevante decisão do STF: HC 101132 ED Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 24/04/2012 Publicação: 22/05/2012 Ementa. Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. 1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 2. "A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo dura lex, sed lex" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação

[44] Expressão citada no mencionado estudo feito pela Prof Ada Pellegrini, com seu notório brilhantismo.

[45] "Pero la conclusión expuesta parte de la idea de que el proceso es una lucha, lo cual, por más que se haya repetido, constituye una visión un tanto anticuada de las cosas. El proceso no és ningún torneo, sino un mecanismo de resolución pacífica de conflitos, consistente en la correcta aplicación del Derecho tras uma oportuna averiguación de la realidade de los hechos..." (NIEVA-FENOLL, J., (2014) Derecho procesal I. Introducción. Editora Macial Pons, p. 294)

[46] Tratando da questão, Paulo Cézár Pinheiro Carneiro nos recorda importante estudo de David Duban, in Lawyers and Justice na Ethical Study, Princeton University Press, 1998.

[47] Nos ensina Sergio Chiarloni: "Ora, a me pare che l'etica del giudice vada concepita come un' "etica del servizio". L'istituzione giudiziaria esiste al solo scopo di soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale dei cittadini. Facile ricavarne le conseguenze in ordine al problema che stiamo indagando: messo di fronte ad una questione interpretativa astrattamente risolvibile, magari con buoni argomenti in ambedue i casi, secondo le due opposte soluzioni prospettate, il giudice ha il dovere di scegliere la prima, risolvendo la controversia nel mérito". (CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale, abuso del processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 105 – 117, jan. 2015).

> ***Art. 88. (Dovere di lealtà e di probità).*** *Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*

A legislação da Espanha também se preocupa sensivelmente com a ética nas relações processuais, aflorando em diversos campos do seu ordenamento, sendo norte para as partes nas suas relações processuais. Como simples exemplo, vale a referência aos artigos. 9.3 e 103 da CE, que tratam das garantias jurídicas e da ética pública respectivamente.[48]

Optar ou não por uma conduta ética é decisão que cabe a cada qual, contudo, o uso abusivo ou antiético de um determinado direito,[49] importou na criação e utilização de ferramentas processuais inibidoras com o propósito de resguardar o processo, mantê-lo íntegro, sanando comportamentos juridicamente antiéticos.

Prontamente, podemos concluir que a falta de ética é uma questão multidisciplinar, necessariamente subjetiva, merecendo normatização própria do ordenamento jurídico-processual frente a sua ocorrência, fato que tem merecido cuidado de diversos países em suas legislações próprias.

As partes não estão livres, dentro da finalidade publicista do processo, para fazerem o que bem querem, não podem usar de todos os recursos para vencerem a disputa[50]. Há um limite a

[48] Nesta linha, vale recordar as lições do professor da Universidade da Coruña JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: "El entendimiento de la Ética como ciencia social supone el estudio de la conducta humana de acuerdo con los postulados de la recta razón, lo que aplicado al ámbito de la función pública en sentido amplio implica un esfuerzo de comprensión de lo que puede significar, desde este punto de vista, el interés general en un Estado social y democrático de Derecho como el español". (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., (2014) "Caraterización constitucional de la ética pública - especial referencia al marco Constitucional Español". *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr.).

[49] O qual pode existir ou não, dependendo de cada caso concreto.

[50] Vale recordar a obra "O Gene Egoísta", na qual DAWKINS, nos traz relevantíssimo ensinamento: "A fim de aplicar essa ideia à agressão, considere um dos casos hipotéticos mais simples de J. Maynard Smith. Suponha que existem apenas dois tipos de estratégia de luta numa população de uma espécie, a estratégia do falcão e a estratégia do pombo. (...) Todo indivíduo da nossa população hipotética é classificado como falcão ou como pombo. Os falcões lutam sempre da forma o mais dura e agressiva possível, e só se retiram do embate quando seriamente feridos. Os pombos limitam-se a fazer ameaças convencionais, sem ferir o adversário. Se um falcão luta contra um pombo, este último bate logo em retirada e, desse modo, não é ferido. Se um falcão luta contra outro falcão, o combate prossegue até que um deles seja gravemente ferido ou morto. Se um pombo se encontra com outro pombo, ninguém sai machucado; eles se ameaçam mutuamente durante um longo tempo, até que um dos contendores se canse ou decida não importunar mais o outro e se retire. (...) Agora, arbitrariamente, vamos atribuir 'pontos' aos competidores. Por exemplo, 50 pontos por uma vitória, 0 por uma derrota, -100 por ter sido gravemente ferido e -10 por ter desperdiçado tempo com um combate longo. (...) Vamos supor que temos uma população constituída inteiramente por pombos. Sempre que lutam, ninguém sai ferido. Os combates consistem em torneios rituais prolongados, talvez desafios de olhares, que só terminam quando um dos rivais desiste. O vencedor ganha então 50 pontos por ter se apoderado do bem em disputa, mas perde 10 por ter desperdiçado tempo num prolongado desafio de olhares, de maneira que, no total, obtém 40 pontos. Também o perdedor é penalizado com 10 pontos pelo desperdício de tempo. (...) Portanto, o ganho médio por combate está na média entre +40 e -10, ou seja, +15. (...) Quando dois falcões se encontram, um deles sai seriamente ferido, o que o leva a perder 100 pontos, enquanto o vencedor ganha 50. (...) Seu lucro médio será, por conseguinte, a média entre +50 e -100, ou seja, -25. (...) Bastaria que todos concordassem em ser pombos para que a totalidade dos indivíduos se beneficiasse. (...) Os seres humanos podem aderir a pactos ou a conspirações que sejam vantajosos para todos (...). No entanto isso só é

atuação das partes, este limite encontra sua principal barreira no princípio da probidade, o qual exige um comportamento leal e probo das partes, daí a razão para o ordenamento estabelecer punições para condutas processuais reprováveis.[51]

O conceito de processo justo torneado no art. 5, LIV da CF tem dentre seus componentes essenciais e basilares o art. 6 do CPC, um verdadeiro vetor subjetivo, um distribuidor comportamental dos personagens do processo. Ou seja, temos um novo paradigma conceitual e de distribuição comportamental das partes.

O processo passa a ser desenhado com maior compromisso das partes, estruturando um núcleo multifacetário de forças para um resultado mais democrático, ético, legítimo e isonômico. A verdade passa a ser uma linha comportamental implícita e decorrente do dever de cooperação, uma consequência lógica do caminhar dentro de um comportamento essencialmente ético, um valor humano primordial. Reitero, aqui não defendo que uma parte deva colaborar com a outra, não, elas se encontram em posições antagônicas.

O que prego é um balizamento comportamental mínimo. Transacionar com o falso, alegar fundamentos inexistentes ou algo afim revelam comportamentos afrontosos ao compromisso da parte com o cenário cooperativo e humanamente essencial, logo, violando o conceito basal de processo justo. A colaboração é uma premissa de partida, uma premissa de

possível porque cada indivíduo utiliza a sua capacidade de previsão consciente e é capaz de discernir que é do seu interesse, a longo prazo, obedecer às regras do pacto. Mesmo nos pactos humanos existe o perigo constante de os indivíduos ganharem tanto no curto prazo, quebrando o pacto, que a tentação de fazê-lo se torne irresistível." (DAWKINS, Richard. O Gene Egoísta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 144-149).

[51] Nesta linha temos o § 138 ZPO na Alemanha que norteia os deveres das partes, dentre eles o dever de probidade - wahrheitspflicht. Ou seja, a parte tem compromisso com a verdade (JAUERNIG, Othmar. Zivilprozessrecht. 28. ed., München: C.H. Beck Verlag, 2003, p.101).

O professor TARUFFO nos coloca relevantes reflexões com relação ao pensamento de um processo como um jogo, tendo por base as lições de CALAMANDREI, recordando a base comportamental mínima, conforme: "*Una primera consideración nace de la perplejidad que no logro superar frente a este fenómeno. Esta perplejidad nace de una duda sobre la existencia misma o la autónoma configurabilidad de lo que llamamos "abuso del proceso". Si se parte, por ejemplo, de la idea de Calamandrei del "proceso como juego"6, o de la concepción de Roscoe Pound de la sporting theory of justice7, o –en nuestros días– de la interpretación que Vincenzo Ferrari ofrece del proceso como un war game en el cual "la estrategia pro-cesal induce […] a los actores a interpretar su papel con el máximo posible de libertad y aprovechando toda oportunidad para reali-zar sus jugadas"8, podemos ser inducidos a interpretar el proceso como una competición entre dos sujetos, cuyo desarrollo está regulado –a menudo de manera bastante analítica– por las "reglas de juego". Son estas las reglas que establecen cuáles jugadas (pen-semos, por ejemplo, en el ajedrez) están permitidas en cuanto constituyen el juego, y establecen también las sanciones (pense-mos en el baseball del que habla Pound) que se aplican a los que violan estas reglas. En el proceso, como sabemos, existen reglas específicas que regulan el modo, el tiempo y el contenido de cada uno de los actos, así como las actividades que corresponden a los diversos sujetos (juez, partes, etc.) y, además, configuran las san-ciones (nulidad, anulabilidad, preclusiones, resarcimiento del da-ño) que deben ser aplicadas cuando estas reglas son violadas o no son aplicadas válidamente9. Sin exceder en las metáforas lúdicas, resulta evidente que esta interpretación del proceso y de sus re-glas tiene un sentido profundo, pero produce dos consecuencias relevantes*".(TARUFFO, Michele. Abuso del proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, v. 6, n. 2, p. 6-29, 2016)

meio e de chegada. Não se pode conceber um comportamento em disfunção a um princípio sistêmico tão essencial.

Já passou da hora de perseguirmos um papel mais leal na dinâmica procedimental, não flertando com o vago, com a mentira, com o "jeitinho", afinal, são conceitos afins a injustiça, pouco civilizados e nada científicos. O que todos nós conceitualmente reputamos abominável.

Um processo cooperativo reafirma valores pertinentes a efetividade, impulsionando o processo como ferramenta verdadeiramente isonômica, portanto, a lealdade e ética decorrem como atributos indissociáveis de um verdadeiro *fair play* processual.

Nos recorda as lições de VACLAV HAVEL[52] de que a aspiração a verdade é uma necessidade humana, uma natural decorrência dos tempos modernos. Os deveres de lealdade e veracidade reafirmam a máxima do devido processo legal[53], enaltecem o comportamento humanos mais eticizante e, funcionam num cenário cooperativo, como mecanismos para minorar eventuais desigualdades sensíveis a realidade do processo posto em exame, uma adequada medida de reequilíbrio.

As partes têm um proeminente papel a desempenhar, com denso compromisso comportamental como nos recorda HAZARD e DONDI[54]:

> Vez por outra surgem críticas e apreensão com respeito a essa noção do papel do advogado. Nos Estados Unidos, de algumas décadas para cá, e em outros países eventualmente, a polêmica sobre essa matéria tem sido intensa. Em essência, a crítica é de que o advogado, por estar empenhado em alcançar o melhor resultado possível para o cliente, dedica todos os esforços profissionais, e até sua alma, a causas "injustas" ou, pior ainda, a causas que ele "sabe" que são injustas. (Na maioria dos sistemas os advogados não) têm pudor em reconhecer que o objetivo é ganhar, e o perdedor que se dane. Acham um absurdo um advogado preocupar-se se a causa do cliente é justa, desde que seja admissível no aspecto legal. Concordam quase todos com a síntese de

[52] HAVEL, Vaclav. Versuch in der Wahrheit zu leben. In. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil, vol. II: Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 139: "há nos sistemas pós-totalitários uma característica peculiar: a aspiração humana à verdade".

[53] Nesta linha de enaltecimento do devido processo legal: "*Las nuevas Constituciones reforzaron la idea de debido proceso, al incorporar nociones como la de plazo razonable, inmediación, eficacia, omisión de forma-lidades no esenciales, simplificación, igualdad de las partes, acceso a la justi-cia, motivación de las decisiones, relación entre el número de jueces y la canti-dad de habitantes, asistencia jurídica integral, entre otras. La voz debido proce-so fue incorporada expresamente a las Constituciones de Venezuela, Colom-bia, Ecuador y Perú. Las Constituciones de Venezuela y Ecuador consideran que el sistema procesal constituye un instrumento fundamental para la reali-zación de la justicia y, en cuanto a las características del proceso judicial, la Constitución de Venezuela habla de una justicia expedita y sin dilaciones inde-bidas, la de Brasil asegura la razonable duración de los procesos y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación y la de Costa Rica reconoce que debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformi-dad con las leyes. Con mayor detalle, las Constituciones de Venezuela y Ecua-dor aseguran que las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformi-dad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia son reconocidos por la Constitución de Ecuador*". (OTEIZA, E., 2014. América Latina. Cultura y Proceso Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 227, p. 319 – 333, jan. 2014)

[54] HAZARD, Jr, GEOFFREY, C, DONDI, Angelo. Ética Jurídica: um estudo comparativo. Editora WMF Martins Fontes Editora Ltda. São Paulo, 2011. Página 87.

> Robert Gordon acerca da atitude dos advogados norte-americanos: "uma moralidade própria da função, definida pela fidelidade aos interesses e objetivos do cliente, absolve o advogado da responsabilidade pessoal (...)". Esses advogados acreditam que o sistema centrado no juiz as questões de verdade e justiça são, de acordo com a lei e a longa tradição, responsabilidade do tribunal. Os juízes em geral têm a mesma opinião.

De fato, a máxima de que a verdade liberta tem uma aplicação não somente social e jurídica, mas essencialmente humana. A verdade é um conceito e um valor multidisciplinar e mais, um valor que precisa ser praticado.

O mundo caminha nesta mesma vertente, quer econômica, de consumo, social e etc. Vivemos uma realidade mundial cada vez mais próxima, nossos conflitos são profundamente semelhantes aos de centenas de outros povos, o que denota que nossas fronteiras jurídicas encurtaram.[55]

Com isso, percebemos que o processo não pode pautar-se sem valores essencialmente decorrentes do Estado Democrático de Direito, por isso, GEOFFREY, TARUFFO, GIDI e STÜENER[56] elaboraram um conjunto de princípios fundamentais do processo civil transnacional, merecendo transcrição o exato ponto que sustento aqui:

> *11. Principios rectores de la actuación de las partes*
> *11.1 Las partes respetarán las reglas de la buena fe procesal en sus actuaciones ante el tribunal como frente a las otras partes.*
> *11.2 Las partes se abstendrán de plantear demandas o excepciones temeranas. (...)*
> *11.6 Las partes deberán cooperar en el adecuado desarrollo del processo y en la práctica de la prueba.*

Para simples complementação e comprovação do que acima transcrevi, sigo, de igual forma, os ensinamentos do Professor da Universidade de Milão FERRARI[57]:

> *In breve, anche nel processo, come nel diritto in genere, credo che deb-ba valere il principio del minimo etico. Il diritto non può non prendere atto della moltitudine di orientamenti culturali osservabili nella società contem-poranea e ingabbiare l'azione con regole incomprensibili, inaccettabili,*

[55] Em outro estudo, HAZARD reafirma o sustentado, ao defender a harmonização e unificação do direito processual: "*Los habitantes del mundo viven más próximos unos de otros hoy en día que en antaño. El comercio internacional es alto y se incrementa constantemente; la inversión internacional y los flujos de la moneda también aumentan a una velocidad inusitada; los negocios de los países desarrollados se establecen por todo el mundo, directamente o a través de subsidiarias; los ejecutivos viajan temporalmente o permanentemente fuera de sus países de origen. Como consecuencia de ello, hoy se dan interaciones positivas y productivas entre los ciudadanos de distintos países a través de un incremento del comercio, y mayores posibilidades para la experiencia y el desarrollo personal. Sin embargo, también se dan inevitables interacciones negativas como un incremento en la fricción social (brecha entre las clases sociales), controversia legal y litigio*. (HAZARD JR, Geoffrey C. Litigio civil sin fronteras: armonización y unificación del derecho procesal. Derecho PUCP, v. 52, p. 583, 1998.)

[56] HAZARD JR, Geoffrey C. et al. Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional. Derecho PUCP, v. 54, p. 253, 2001.

[57] FERRARI, Vincenzo. Etica del processo: profili generali. Etica del processo e doveri delle parti. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile, Genova, 20-21 settembre 2013, 2015.

> *spesso inosservabili, le quali costituiscono un potente incentivo alla violazione di principi etici.*

Não podemos traçar, dentro de um panorama do processo cooperativo, do acatamento a inércia completa do julgador, não nos parece legítimo ao processo cooperativo. A concepção apática (liberal) do julgador conflita com o novo modelo constitucional-processual, afinal, deverá o juiz garimpar a verdade processual, o juiz é um arqueólogo permanente da verdade, incansável neste propósito.

Assim, parece natural e acima de tudo recomendável que o julgador anteveja suas posições como forma de estimular o diálogo entre as partes, materializando os escopos centrais da cooperação e do diálogo franco.

Em que pese ser gestado por interesses privados,[58] o processo é uma ferramenta essencialmente pública, portanto, deverá regular-se por valores subjetivos mínimos, daí a necessidade de um ordenamento que resguarde o comportamento das partes no decorrer do procedimento.

Devemos lembrar que o procedimento é um conjunto de regras previamente estabelecido que norteiam limites e moldam o atuar legítimo das partes. Quando as regras procedimentais são violadas temos uma série de medidas aplicáveis como inexistência, nulidades, anulabilidades, preclusões e decisões com teor punitivo comportamental e econômico.

Portanto, conceitos como boa-fé e ética são elementos indissociáveis para a administração da atividade judiciária e estabelecimento de seu norte para a construção do bem estar geral e preservação do Estado de Direito.

Nesta linha leciona TARUFFO[59]:

> *Un ulterior argumento a favor de la configurabilidad del abuso del proceso es aquel que se centra en la afirmada necesidad de que las partes se comporten conforme a buena fe, o –según la fórmula un tanto démodé del art. 88 CPC– con lealtad y probidad. La invocación de la buena fe es intuitivamente comprensible en el plano de una genérica consideración de carácter ético. No parece, sin embargo, sostenible la tesis, aunque bien argumentada, según la cual la buena fe en el proceso debería ser, nada menos, reconducida entre las garantías fundamentales de la administración de justicia.*
> *(...)*
> *No se puede pretender, evidentemente, que esta narración sea verdadera, por cuanto ella está acompañada solo por una pretensión de verdad, y tampo-co que ella sea efectivamente completa, dado que también en el proceso civil nemo tenetur edere contra se. Por tanto, puede solo requerirse que la parte*

[58] Eis que deflagrado por interesses particulares, em regra. Portanto, haveria um sentimento de que podemos livremente dispor do nosso direito material. Esse liberalismo processual encontra franca barreira na dogmática processual moderna.
[59] TARUFFO, Michele. Abuso del proceso. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, v. 6, n. 2, p. 6-29, 2016.

> *no plantee narraciones que sabe que son falsas, y –a lo más– que plantee narraciones, prima facie, verosímiles.*

FENOLL[60] leciona que a boa-fé[61] revela-se como um importante catalizador do comportamento da parte para obter o que todos unanimemente perseguem na relação processo, a justiça.

De tal modo, os personagens do processo devem pautar-se de forma correta, sem corromper a marcha processual ou provocar dilações processuais indevidas, conforme podemos observar em diversas decisões da Suprema Corte da Espanha[62]. Ademais, a má-fé coloca-se como modelo contrário ao preceito constitucional, violando seu norte exegético. Portanto, o exercício da garantia fundamental da ampla defesa deverá insistentemente restar acompanhada da boa-fé processual, fundada em valores como segurança jurídica, tendo como amparo vetores de honradez, ética, atuação responsável e leal das partes[63].

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Juiz e a Cultura da Transgressão**. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. "**Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim**." *Lecture. Harvard Brazil Conference, Cambridge MA*. Vol. 8. 2017.

CHIARLONI, Sergio. **Etica, formalismo processuale, abuso del processo**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 105 – 117, jan. 2015.

CHIOVENDA, José (Giuseppe). **Derecho procesal civil**. Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1922.

[60] NIEVA-FENOLL, J., (2014) Derecho procesal I. Introducción. Editora Macial Pons, p. 294.
[61] "*El principio general de la buena fe es uma de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamento jurídico y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento historico*". (PICÓ I JUNOY, J., (2013) El princípio de la buena fe procesal. 2. ed. JB Bosch Editor, p. 56/57 e 69/70).
[62] Como exemplo cito: SSTS de 06 de junho de 1991 RA 4421; RA 1107 de 04 de março de 1985; RA 2588 de 01 de março de 2001; RA 2609 de 22 de fevereiro de 2001.
[63] Neste sentido, vale destacar os ensinamentos de: GIMENO SENDRA, V. Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general. 2ª edición. 2017. Castillo de Luna Ediciones Jurídicas. Madrid. Página 850-851. Além das seguintes e relevantes decisões: STS 01 de março de 2001 (fj3º) RA 2588; STS de 17 de setembro de 2010 (RJ/2010/7132) e STS 11 de maio de 1992 (FJ3º) RA 3895.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 85 – 102, mar. 2008.

DAWKINS, Richard. ***Deus, um delírio***. Companhia das Letras, 2019.

DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FERRARI, Vincenzo. **Etica del processo: profili generali. Etica del processo e doveri delle parti**. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile, Genova, 20-21 settembre 2013, 2015.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FUX, Luiz. **O Novo Processo Civil Brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil Temático**. São Paulo: editora Mackenzie, 2015.

GIMENO SENDRA, V. **Derecho Procesal Civil**. I. El proceso de declaración. Parte general. 2ª edición. 2017. Castillo de Luna Ediciones Juridicas. Madrid

GRECO, Leonardo. ***Instituições de Processo Civil**, vol. II: Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219, abr. 2001.

HAZARD, Jr, GEOFFREY, C, DONDI, Angelo. **Ética Jurídica: um estudo comparativo**. Editora WMF Martins Fontes Editora Ltda. São Paulo, 2011.

HAZARD JR, Geoffrey C. et al. **Principios fundamentales del Proceso Civil Transnacional**. Derecho PUCP, v. 54.

HAZARD JR, Geoffrey C. **Litigio civil sin fronteras: armonización y unificación del derecho procesal**. Derecho PUCP, v. 52.

HOBSBAWN, Eric. ***A era das revoluções: 1789-1848***. Editora Paz e Terra, 2015.

JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**. 28. ed., München: C.H. Beck Verlag, 2003.

LEFF, E., (2006) "**Ética por la Vida. Elogio de la voluntad de poder**". *Polis Revista Latinoamericana,* núm. 13. Concentración y poder mundial, disponible en: http://polis.revues.org/5354.

MONTERO AROUCA, J. y CIPRIANI, F. et alii., (2007) "**Crônica da primeira jornada internacional sobre Processo Civil e garantia**". Revista de Processo, São Paulo, v. 145, p. 241 – 248, mar.

MONTERO AROUCA, J., 2006. "**Processo Civil e ideologia**". In prefacio, una sentencia, doscar-tas y quice ensayos. Tirant lo Blanch.

NIEVA-FENOLL, J., (2014) **Derecho procesal I. Introducción**. Editora Macial Pons.
NIRK, Ein Jahr. **ZPO-Reformgesetz – Ein Rückblick**, Heft 52/2002, editorial.

OTEIZA, E., 2014. América Latina. **Cultura y Proceso Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 227, p. 319 – 333, jan. 2014

ORTELLS RAMOS, M., (2013) **Derecho Procesal Civil**. 12. ed. Editora Thomson Reuters Aranzadi.

Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

PICÓ I JUNOY, J., (2013) **El princípio de la buena fe procesal**. 2. ed. JB Bosch Editor.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. **A ética e os personagens do processo**. Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e discurso na cerimônia de posse dos novos professores titulares (22.3.2000).

REVUELTA. M. S., (2015) "**Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo**". *Revista Internacional de Derecho Romano.* disponible em www.ridrom.uclm.es. Abril

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., (2014) "**Caraterización constitucional de la ética pública - especial referencia al marco Constitucional Español**". *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr.

SEN, Amartya. **"¿ Qué impacto puede tener la ética."** ***Trabajo presentado en el Seminario Internacional "Ética y Desarrollo****". Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el* 23 (2000).

SEN, Amartya. "**El papel de la ética empresarial en el mundo contemporáneo**." *Selected extracts of a speech delivered at Harvard University August* 24 (2009): 2009.

TARUFFO, Michele. **Abuso del proceso**. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, v. 6, n. 2. 2016.

WASSERMANN, Rudolf. **Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat**. Neuwied und Darmstad. Hermman Luchterhand Verlag. 1978.

XIII Cúpula Judicial ibero-Americana. Disponível na Escola nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, www.enamat.jus.br, em 10 setembro 2018

O CRIME DE *INSIDER TRADING* EM PORTUGAL E NO BRASIL: ANÁLISE COMPARATIVA

THE INSIDER TRADING IN PORTUGAL AND BRAZIL: COMPARATIVE ANALYSIS

Mariana Almeida de Lima[1]
Helen Lucia de Barros Silva[2]
Carlos Pinto de Almeida Júnior[3]

Resumo: A regulação dos mercados financeiros contribui diretamente para o desempenho da economia. Certo é que a defesa do patrimônio público e privado é uma das funções primordiais do Estado que, além de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, deve contrariar as formas de organização monopolistas e reprimir os abusos de posição dominante, entre outras práticas lesivas ao interesse geral. É nesse cenário que germina a Comissão de Mercados de Valores Mobiliários, com vistas a fiscalizar e disciplinar o mercado de valores mobiliários, aplicando punições àqueles que descumprem as regras estabelecidas. Nesse contexto, o Direito Penal Econômico não deve se restringir mais ao simples papel de reprimir fatos criminosos, principalmente no que tange à figura do *insider trading*, mas, constitui-se como um novo protótipo de ordenamento jurídico: o surgimento de uma proposta essencialmente preventiva, na qual a ação reguladora estatal passa a impor ao particular deveres com vistas a evitar os riscos penais. Assim, o *criminal compliance* pode ser entendido como o elemento responsável por questões penais insertas em um programa de *compliance* genérico, visando, desta forma garantir a observância da norma legal, especificamente a jurídico-penal, de modo a abrandar riscos penais existentes no incremento da atividade empresarial.

Palavras-chave: Comissão de Valores Mobiliários; *Compliance*; Economia; *Insider Trading*; Mercados financeiros.

Abstract: This research intends to contribute the regulation of financial markets contributes directly to the performance of the economy. It is true that the defense of public and private assets is one of the primary functions of the State, which, in addition to ensuring the efficient functioning of markets, in order to ensure balanced competition between companies, must counter monopoly forms of organization and suppress abuses dominant position, among other practices detrimental to the general interest. It is in this scenario that the Securities Markets Commission, in order to supervise and discipline the securities market, applies punishment to those who do not comply with the established rules. In this context, Economic Criminal Law should not be restricted to the simple

[1] Mariana Almeida de Lima. Possui graduação em Direito pela Universidade Candido Mendes (2013), especialização em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2015) e especialização em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera de São Paulo (2017). Atualmente é Tabeliã e Registradora do Estado do Amazonas. Rio de Janeiro – RJ. Brasil. Mestranda na Universidade Autonoma de Lisboa (UAL). E-mail: marianaalmeida45@yahoo.com
[2] Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral pela Faculdade CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva). Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes.
[3] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Pós Graduado em Direito Privado Pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais.

role of repressing criminal facts, especially as regards the figure of insider trading, but it constitutes a new prototype of legal order: the emergence of an essentially preventive proposal , in which the state regulatory action starts to impose on the particular duties with a view to avoiding the criminal risks. Thus, criminal compliance can be understood as the element responsible for criminal matters embedded in a generic compliance program, in order to ensure compliance with the legal norm, specifically criminal law, in order to mitigate existing criminal risks in business activity.

Keywords: Securities Markets Commission; Compliance; Economy; Insider Trading; Financial markets.

Introdução

A história da evolução humana é dividida em Idades e, como é de se esperar, as sociedades de modificam, surgindo novos interesses, tecnologias e até meios outros de se enxergar o mundo. Exsurge, daí a chamada evolução técnica das sociedades humanas, principalmente no continente europeu. Em outras palavras: novas tecnologias – e em maior velocidade – foram sendo criadas, configurando uma nova sociedade fomentada pelo capitalismo, modificando, por conseguinte, toda a estrutura econômica e social global[4].

A partir dessa nova configuração de sociedade, surgem com ela novos interesses, conflitos e demandas, impondo a formação de grupos econômicos dominantes[5].

Para tecer quaisquer comentários sobre a informação privilegiada e o *insider trading* do ponto de vista criminal faz-se necessário relembrar que as sociedades comerciais podem ser constituídas de diversas formas, possuindo, desta forma, características distintas, seja em relação à personificação, à forma de constituição do capital, estrutura econômica e, principalmente, à responsabilidade dos sócios[6].

No Brasil, o uso de informações privilegiadas por administradores das empresas é proibido desde o ano de 1976, enquanto que a responsabilização criminal da pessoa jurídica foi expressamente prevista na Constituição da República, promulgada em 1988, em seu artigo 225, §3º, no tocante aos crimes ambientais, e, um tanto quanto superficial no que diz respeito às condutas que atentam contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, conforme previsão do artigo 173, §5º, do referido dispositivo constitucional[7].

Em Portugal, as normas atinentes às sociedades empresárias estão consolidadas no Código das Sociedades Comerciais de Portugal, instituído pelo Decreto-Lei (DL) n.º 262/86, de 02 de setembro e suas alterações. Conforme será sinalizado nos parágrafos posteriores, o

[4] MIRANDA, F. S. M. P. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho. Direito, Justiça e Cidadania, v. 3, n. 1, p. 4, 2012.
[5] Op. Cit., p. 5.
[6] Op. Cit., p. 5.
[7] Op. Cit., p. 5.

objetivo do presente artigo é explanar considerações acerca da informação privilegiada e do *insider trading* sob a ótica do direito luso-brasileiro[8].

Nele, nota-se que a legislação portuguesa regulou dois crimes, quais sejam o abuso de informação e a manipulação fraudulenta das cotações de títulos. Anos após, mais precisamente em 1991, foi aprovado o Código dos Valores Mobiliários, oportunidade na qual foram incluídos dois tipos de crime análogos. O Estado, preocupado com a proteção de grupos econômica e socialmente vulneráveis, passou a exigir a instauração de mecanismos de controle e regulação de determinados fluxos econômicos e tecnológicos[9], os quais serão abordados ao longo deste feito[10].

Direito penal econômico

A disciplina do Direito Penal Econômico tem sido palco de interesse nos últimos anos, isto porque o Direito Penal passou a olhar mais atentamente para a economia e para as empresas, haja vista a existência de uma criminalidade que se opera no campo de atuação das corporações, cujos efeitos são incomensuráveis, a necessidade de estabelecer mecanismos de prevenção e combate a tal criminalidade, bem como a necessidade de se coibir comportamentos tais por meio do estabelecimento de reprimendas às pessoas jurídicas. De tal modo, iniciou-se um escorço para a adequação do famigerado Direito Penal Econômico, da responsabilidade penal de pessoas jurídicas e dos sistemas de *criminal compliance*[11].

Costuma ser definido como "crime de colarinho branco" (*white colllar crimes*), expressão cunhada pelo sociólogo estadunidense Edwin Hardin Sutherland no ano de 1939, e "crime dos engravatados". A intenção de Sutherland era chamar atenção para a análise de uma categoria de ilícitos veementemente ignorada nos estudos da sociologia e criminologia: os crimes praticados por diretores de grandes corporações[12], a qual focou nos seguintes aspectos: nas fraudes financeiras em relação a acionistas, nos consumidores, nos concorrentes (roubo de segredos industriais) e no governo (fraudes fiscais e corrupção de funcionários públicos)[13].

[8] Op. Cit., p. 5.
[9] SCHMIDT, A. Z. Direito penal econômico: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 8. ISBN 978-857-348-966-8.
[10] Op. Cit., p. 5.
[11] Op. Cit., p. 6.
[12] Para Sutherland, a escassa persecução penal a esses crimes se devia principalmente a três fatores: 1) o status de seus autores; 2) a tendência a apenas reprimir tais condutas em outros ramos do direito; 3) a falta de organização das vítimas contra os *White collar crimes* (VERAS, 2010, p. 34).
[13] Op. Cit., p. 6.

Analisar-se-á, portanto, a orientação e a escopo político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como elemento de estudo do Direito Penal Econômico, especificamente em face das pessoas jurídicas e da possibilidade (ou não) de imputá-las em âmbito criminal. Para tanto, serão analisadas as relações existentes entre o direito penal econômico, a responsabilidade de pessoas e programas de *compliance*[14].

Aspectos Históricos do Direito Penal Econômico

No cenário doutrinário atual, acredita-se que o desenvolvimento da técnica somado à tecnologia e ao incremento das relações interpessoais e sociais são, em grande parcela, responsáveis pelo surgimento de novos espaços de intervenção, dos quais, até então, o Direito Penal clássico não havia se debruçado[15].

Recentemente, uma nova terminologia parece ter ganhado espaço, principalmente no que tange às empresas: o *compliance*. É cediço que a adoção de um sistema de diminuição de riscos é medida que se impõe quando se trata de mercado de capitais, mostrando-se útil e necessária porquanto propicia benefícios tais como a valoração imaterial da sociedade, calcada na respeitabilidade e confiança que expõe no cenário econômico e social, além de ocasionar benefícios outros, como a redução de despesas com indenizações, multas etc[16].

Nessa esteira, percebe-se que o conceito de *compliance* já era observado desde a primeira metade do século XX, especialmente após o período pós-guerra, em cujo bojo surgiram os primeiros conglomerados econômicos, acarretando, assim, a introdução do Direito Penal Econômico[17].

Na lição de Carlos Martínez-Buján Pérez, o Direito Penal Econômico desabrochou a partir da expansão do Direito Penal, que promoveu a criação de novos delitos, sobretudo, no âmbito econômico[18], sob o mesmo fundamento adotado por Jesús-María Silva Sánchez, o qual afirmava que as causas de expansão do Direito Penal compreendem, entre outros aspectos, o surgimento de novos interesses, a efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos

[14] Op. Cit., p. 6.
[15] Op. Cit., p. 6.
[16] Op. Cit., p. 6.
[17] Op. Cit., p. 6.
[18] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal económico y de la empresa: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 73. ISBN 978-84-9086-964-2.

passivos, a identificação de uma maioria social como vítima de delitos e o descrédito das outras instâncias de proteção[19].

Nesse diapasão, nasceu o Direito Penal Econômico, baseado em dois importantes movimentos: a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, que deflagraram, por derradeiro, uma classe social burguesa no que tange a acumulação de bens de capitais, tendo como resultado a desenfreada desigualdade social que assola comunidades[20].

Como consectário lógico, sendo o direito uma ciência social, esse tem por obrigação precípua acompanhar o avanço das questões igualitárias, para, então, entendermos no que o *compliance* se aplica ao Direito Penal[21].

O Direito Penal Econômico como fonte subsidiária

Uma das demandas mais complexas do Direito Penal é a acepção de bem jurídico. Para Jorge Figueiredo, a noção de bem jurídico até hoje não pôde ser determinada com a nitidez e segurança capazes de permitir convertê-la em conceito fechado e apto a subsunção[22].

É seguro afirmar que o Direito Penal tem o encargo de proteger a sociedade, salvaguardando os bens jurídicos relevantes aos interesses sociais, ou seja, aqueles indispensáveis à convivência pacífica dos homens e que não podem ser protegidos de forma menos incisiva[23].

O advento da chamada sociedade de risco acarretou drásticas modificações no tratamento destinado à conceituação de bem jurídico penal, fato intrinsecamente ligado à expansão do Direito Penal e sua crise, rapidamente abordada no item 1.1. Diz-se que o Direito Penal se encontra em crise porque a sociedade contemporânea clama pelo combate aos crimes econômicos, ambientais e políticos, que vem crescendo em larga escala[24].

A esse teor, a intervenção estatal no campo econômico, para alguns, revela-se justificável a medida em que consideram os crimes econômicos como potenciais ofensas a bens jurídicos. Para Andrei Zenkner Schmidt[25], por exemplo, a ordem econômica, uma vez arquitetada a

[19] SILVA SÁNCHEZ, J.-M. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 26-61.
[20] Idem.
[21] Op. Cit., p. 8.
[22] DIAS, Jorge de Figueiredo: direito penal: questões fundamentais a doutrina geral do crime — apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3º ano, p. 52.
[23] Idem.
[24] Op. Cit., p. 9.
[25] SCHMIDT, Op. cit., p. 70-71.

instrução constitucional, autoriza o Estado a regulamentar, ou, até mesmo, intervir em espaços onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidificação e transparência do comércio. Essa intervenção – direta ou indireta – deve ocorrer tão somente nas frações onde os fluxos econômicos causem potencial risco considerável ao indivíduo enquanto pessoa, em estrita observância aos primados da pessoa humana[26].

Sob esse viés, uma vez corroborada a importância da ordem econômica no cenário mundial, enquanto bem jurídico compartilhado por todos e indispensável ao desenvolvimento humano do sujeito, não seria razoável que atos atentatórios nessa seara não fossem passíveis de reprovação, fora do alcance das normas jurídico-penais[27], razão pela qual se justifica a classificação do Direito Penal Econômico como ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes de ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados tanto por administradores, como por diretores ou sócios, envolvendo, em regra, fraude ou abuso da relação de confiança[28].

Com efeito, os crimes econômicos, sejam eles contra a ordem econômica, contra o sistema financeiro ou contra a ordem tributária, possuem uma característica primordial: caráter supra individual do bem jurídico atingido[29].

Direito Comparado: Sistema Common Law vs. Sistema de Direito Continental

O embate acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no panorama da *Common Law* impulsionou-se no séc. XX, quando se passou a reconhecer que pessoas jurídicas podem ser imputadas em matéria criminal, pelos atos comissivos ou omissivos praticados por pessoas que compõe seus quadros. Os dois países pioneiros são Estados Unidos e Inglaterra, que reconheceram a possibilidade de condenar penalmente sociedades empresárias por infrações que não exigiam a demonstração de dolo[30].

Já o Direito Continental ganhou contorno a partir de eventos promovidos, como as Jornadas de penalistas alemães, suíços e austríacos, no ano de 1993, e o Seminário Internacional de Direito Comparado no Cairo, no ano subsequente. Entre os anos de 1990 e 2000, vários países europeus filiados ao sistema romano-germânico passaram a aderir a responsabilidade

[26] Op. Cit., p. 9.
[27] Op. Cit., p. 10.
[28] Op. Cit., p. 9.
[29] Op. Cit., p. 9.
[30] Op. Cit., p. 10.

penal da pessoa jurídica em seus ordenamentos[31]. A França foi o primeiro país de origem de Direito Continental que adotou o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em contrapartida, a Espanha, antes da edição da LO 15/2003 e LO 5/2010, juntamente com a Alemanha e Itália formaram o triunvirato contrário à responsabilidade penal. No entanto, os ilícitos cometidos por pessoas jurídicas nesses países são punidos com sanções de natureza administrativa[32].

Direito Comparado: Brasil vs. Portugal

No Brasil, existem dois grandes mercados que regulam a economia do país: a Bolsa de Valores de São Paulo e a Bolsa de Mercadorias e Futuros do Brasil. O uso de informações privilegiadas por administradores das empresas é proibido desde o ano de 1976, enquanto que a responsabilização criminal da pessoa jurídica foi expressamente prevista na Constituição da República, promulgada em 1988, em seu artigo 225, §3º, no tocante aos crimes ambientais, e, um tanto quanto superficial no que diz respeito às condutas que atentam contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, conforme previsão do artigo 173, §5º, do referido dispositivo constitucional[33].

Em 1998 foi editada a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em relação à possibilidade (ou não) da pessoa jurídica no caso das hipóteses previstas no artigo 173, ainda não houve implementação legislativa para tal[34].

Em Portugal, até o ano de 2007 o Código Penal do país não previa diretamente a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Após o advento da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, foi, então, consagrada a responsabilização criminal dos entes coletivos no diploma português. Todavia, o modelo adotado pelo legislador infere na ação e na culpa dos titulares dos órgãos e representantes das pessoas jurídicas, conduzindo, desta forma, à impunidade do ente quando não seja possível identificar um fundamento humano que, em razão da sua condição, tenha atuado, manifestando a vontade coletiva[35].

[31] Op. Cit., p. 10.
[32] SEMINARA, S. Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 128.
[33] Op. Cit., p. 11.
[34] Op. Cit., p. 11.
[35] Op. Cit., p. 11.

No país, as normas atinentes às sociedades empresárias estão consolidadas no Código das Sociedades Comerciais de Portugal, instituído pelo Decreto-Lei (DL) n.º 262/86, de 02 de setembro, conforme já mencionado. É seguro afirmar que a legislação portuguesa regulou dois crimes, quais sejam o abuso de informação e a manipulação fraudulenta das cotações de títulos. Anos após, mais precisamente em 1991, foi aprovado o Código dos Valores Mobiliários (CVM), oportunidade na qual foram incluídos dois tipos de crime semelhantes. Nota-se, aí, a preocupação estatal com a proteção de grupos econômica e socialmente vulneráveis, passou a exigir a instauração de mecanismos de controle e regulação de determinados fluxos econômicos e tecnológicos[36].

A informação privilegiada, o *insider trading* e outras figuras jurídicas afins

A reiterada prática de *insider trading* tem sido um desafio para os mercados de capitais mundo afora, e vem sendo guerreada com legislações rigorosas. Grande parte da mídia atenta para as punições aplicadas àqueles que tentam usar informações privilegiadas e/ou manipulam o mercado em seu próprio benefício[37].

Doutrinariamente, ignorando-se, por ora, a legislação vigente em cada país, o *insider* em relação a determinada companhia é toda e qualquer pessoa que, em virtude de fatos circunstanciais, tem acesso a informações potencialmente relevantes relativas aos negócios e situação da sociedade.

Paralelamente, não podemos deixar de abordar a figura do *front running*, incluindo o *front running* em instrumentos derivados sobre mercadorias, que constitui uma prática ilegal de obtenção de informações privilegiadas, nos termos do considerando 19 da Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de janeiro de 2003. Ocorre, de igual modo, quando uma pessoa obtém, de antemão, alguma informação de ordens que serão executadas e que afetarão um investimento na bolsa[38].

Apesar de terem conceituações similares, o *front running* (na tradução literal "sair correndo na frente") consiste em realizar operações antecipadamente às operações principais e o *insider trading* resume-se na utilização de informação privilegiada para obtenção de lucros. A diferença é que nesse a informação dita privilegiada não é, necessariamente, sobre uma operação de compra ou venda na bolsa de valores. Para ser considerado *front running* é forçoso

[36] SCHMIDT, A. Z. Direito penal econômico: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 8. ISBN 978-857-348-966-8.
[37] Op. Cit., p. 13.
[38] Op. Cit., p. 13.

que a pessoa que obteve o conhecimento seja um agente intermediador de investimentos, o que não ocorre para a caracterização do *insider trading*[39].

Além deste, e não menos importante, há o que Miguel Brito Bastos[40] define como sendo *scalping*, referindo-se ao comportamento do agente que, após a aquisição de determinados valores mobiliários, recomenda a terceiros a aquisição do mesmo, alienando, em seguida, os valores previamente adquiridos, obtendo, com efeito, um lucro correspondente a uma subida das cotações, derivada da sua própria recomendação. O *scalping* nada mais é do que o pressuposto que o agente possui capaz de influenciar as cotações. O autor afirma que tal prática não se caracteriza como um comportamento instantâneo, ou seja, são necessários três momentos distintos, entre eles a aquisição de instrumentos financeiros; a recomendação de aquisição de tais instrumentos e a alienação dos instrumentos[41].

O crime por uso de informação privilegiada (insider trading) sob o panorama brasileiro

Conforme já multicitado neste trabalho, a sociedade hodierna é balizada pela globalização econômica, pelo desenvolvimento tecnológico e pelo estreitamento das relações socioeconômicas. Paralelamente, a contínua expansão e o desenvolvimento do mercado de capitais foram marcados pela complexidade, fluidez e agilidade. É nesse contexto que novos meios de controle foram adotados pelo Estado, visando proteger os investidores e monitorar o fluxo de capital, ampliando, desta forma, a transparência do mercado, atraindo, consequentemente, novos investimentos.

Sabe-se que o mercado de capitais é integrado pelas bolsas de valores, sociedades corretoras e instituições financeiras permitidas, reconhecido por ser um dos principais propulsores da economia. Sob esses escólios, após a crise de 1929, o ente estatal passou a intervir nesse domínio, de modo a garantir o desenvolvimento apropriado do mercado de capitais, por meio de normas de organização e condutas relativas aos agentes operadores e ao funcionamento igualitário do próprio mercado. Uma dessas normas previstas na legislação brasileira, envolta das *fiduciary duties*, do Direito norte-americano, é o dever de guardar sigilo, segundo o artigo 8º da Instrução CVM 358/2002[42].

[39] Op. Cit., p. 13.
[40] *In* revista de Concorrência e regulação, ano III, número 9, Janeiro – Março de 2012.
[41] Op. Cit., p. 13.
[42] *"Cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da*

Assim sendo, a inquietação com o uso indevido dessas informações levou à necessidade de criação de mecanismos jurídicos que visam impedir a conduta, aqui, debatida, como o crime de *insider trading*, previsto na legislação brasileira no artigo 27-D da Lei n. 10.303/2001[43], que acrescentou o Capítulo VII à Lei n. 6.385/1976, que trata do Mercado de Valores Mobiliários.

O crime de *insider trading*, igualmente conhecido como uso indevido de informação privilegiada, apenado apenas a título de dolo, consiste na utilização de informações relevantes sobre valores mobiliários, antes mesmo que tais conhecimentos sejam de notório saber público. Compreende-se, de uma simples leitura do tipo penal, que, para a consumação do delito é supérflua a obtenção da vantagem ilícita por seu sujeito ativo (autor), caracterizando-se, assim, como delito formal. A exigência diz respeito tão somente ao potencial de ajustar qualquer vantagem, sem que seja necessária a real aquisição de lucro ou evitação de prejuízo[44].

Além disso, o objeto material do delito, qual seja a informação privilegiada, deve ser concisa, sólida, factível e plausível de ser verificada em relação a seu conteúdo. Não é toda e qualquer informação que pode ser rotulada como privilegiada, a fim de subsunção ao tipo penal. A própria Instrução CVM 358/2002, além de definir o conceito de informação relevante, arrola as características para ser considerada privilegiada, tais quais o caráter não público da informação, a capacidade para influenciar de forma sensível o preço das ações e o caráter concreto da informação[45].

Especificamente no Brasil, mesmo após mais de quinze anos da previsão do crime de *insider trading* na legislação interna do país, são raros os casos em que efetivamente houve investigação, persecução penal ou até mesmo condenação de alguém pela prática do delito. Isso provém, à primeira vista, da dificuldade em se perquirirem os requisitos objetivos necessários à configuração do tipo penal, como a existência de informação privilegiada; a concisa identificação desta; o dever de sigilo imposto ao autor do crime; a potencialidade de

companhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento".

[43] "*Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)*
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime".

[44] CORSETTI, Michelangelo. Insider trading: Informação Privilegiada — o uso indevido no mercado de capitais. Curitiba: Juruá, 2013.

[45] Idem.

resultar em vantagem indevida; a utilização da informação, mediante negociação, com valores mobiliários; entre outros[46].

A título meramente ilustrativo, estima-se que, no país, entre os anos de 2002 e 2014, foram apurados 187 casos pelo uso de informação privilegiada, desmembrados em três hierarquias: internos (grupo de agentes que possuem vínculo direto e permanente com a emissora), externos (não tem vínculo direto com a emissora) e mercado (grupo de agentes que não são considerados nem internos nem externos, mas apenas agentes de mercado). Num abreviado estudo realizado, foi possível apurar que o número de autores apontados na camada de internos, foi de 56 casos; 12 para a classe de agentes externos; e 179 agentes para a divisão de mercado. Destes 187 casos, apenas 51 foram julgados[47].

Enquadramento legal do Abuso de Informação em Portugal

Em Portugal, foi no ano de 1986, após a aprovação e edição do Código das Sociedades Comerciais (CSC), que a legislação lusa regulou duas figuras típicas: o abuso de informação e a manipulação fraudulenta das cotações de títulos. Após, em 1991, foi consagrado o Código dos Valores Mobiliários que incluíram dois tipos de crime muito semelhantes, revogando, portanto, os artigos 524º e 525º do CSC (artigo 24º do Decreto-Lei nº 142-A/91, de 10 de Abril). A versão atualizada foi introduzida pelo Decreto-Lei nº 52/2006 de 15 de Março, à exceção do nº 2 e do nº 6 e da alínea d) do nº 1, que transpôs a diretiva 2003/6/CEE, alterando, assim, os sujeitos típicos, largueando a sua previsão para "quem disponha de informação privilegiada".

As normas previstas nos artigos 378º e 379º versam sobre os crimes contra o mercado de capitais, mormente o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado. A notícia do crime praticado contra o mercado dá-se por conhecimento da CMVM, através dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia (artigo 382º CVM).

Da breve exposição, pode-se anuir em que apenas serão tidos como informação privilegiada os fatos ou circunstâncias diretamente relacionados com um ou mais emitentes e com um ou mais valores mobiliários. Do contrário, toda a informação que não tenha o emitente ou os valores mobiliários por este emitidos por referente direto não tem de ser divulgada ao público pelo emitente[48].

[46] Op. Cit., p. 17.
[47] Op. Cit., p. 17.
[48] Op. Cit., p. 18.

Outros crimes eventualmente relacionados com o insider trading

No campo do *insider trading* podem por vezes surgir ações ou condutas que se traduzam em relações de concurso efetivo com outros crimes, designadamente o de burla, branqueamento de capitais e crime de especulação[49].

Burlar ou crime de burla denota enganar outrem. Se houver a intenção de obter, para si ou para outrem, alguma vantagem econômica, prejudicando de modo patrimonial um terceiro, então estaremos diante uma burla. Distingue-se do crime de manipulação, pois nesta figura típica protege-se o mercado como um todo, enquanto que a burla é o patrimônio de algumas pessoas que se tem como bem jurídico tutelado. O crime de burla encontra respaldo no artigo 217.º do Código Penal português, que determina que quem com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre fatos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial[50].

Por fim, o crime de especulação está fulcrado no artigo 35º do DL nº 28/84 de 20 de Janeiro, alterado pela lei nº 20/2008 de 21 de Abril, com vistas a punir:

> quem vender ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos emitentes legais a que os mesmos estejam submetidos (al. a) do º 1), alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da atividade resultariam para os bens ou serviços ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor (al. b) do nº 1), vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço, vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas (al. d) do nº 1)[51].

Depreende-se, então, que a proibição de especulação de preços tende a tutelar a estabilidade dos preços. Para o autor, no caso de o influente utilizar uma informação privilegiada, afetando o mercado e alterando os preços, são várias as normas legais a serem

[49] In O Crime de abuso de informação privilegiada (*insider trading*): a informação enquanto problema jurídico-penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
[50] Op. Cit., p. 19.
[51] Op. Cit., p. 19.

violadas, sendo o abuso de informação privilegiada uma forma especial de especulação de preços[52].

Casos de referência na seara do insider trading

Quando nos referimos aos Fatos Históricos sobre o *Insider Trading*, elencamos alguns *leading cases* que ampararam a construção da norma condenatória do crime de *insider trading*. Assim, foram indicados o caso *Strong vs. Repide*, o *Texas Gulf Sulphur Company*, *Chiarella*, *United States vs. O'Hagan* e, por último, o *Dirks*[53].

Apesar de existirem inúmeros casos probos de apreciação, citaremos alguns, como por exemplo o caso de *R. Foster Winans*, jornalista do *The Wall Street Journal*, condenado a 18 meses de prisão, no ano de 1985, por informar dois corretores sobre o conteúdo que pensava escrever em sua coluna[54].

O CEO *James McDermott Jr*, do Banco de Investimentos *Keefe, Bruyette & Woods*, foi condenado por *insider trading* nos anos 2000 por informar a sua amante Kathryn Gannon sobre as fusões bancárias da indústria. Restou condenado a oito meses de prisão e multa de 25 mil dólares[55].

A popular *Martha Stewar* foi acusada por obstrução da justiça relativamente à venda de ações da *ImClone*, que resultou na sua condenação a dez meses de prisão, e uma multa no valor de 30 mil dólares[56].

Fato é que apesar de todas as regras voltadas ao combate do crime de *insider trading*, continuam a existir casos de crimes cometidos contra o mercado financeiro.

Caso *United States vs. Falcone*

O caso *United States vs. Falcone* diz respeito à revista *Business Week*, que publicava semanalmente uma coluna onde eram discutidos aspetos relativos à bolsa e sobre os valores das ações das sociedades. O detalhe é que tudo era mantido em segredo até à publicação da referida revista. No entanto, das várias pessoas que participavam na preparação da mesma, acabaram por ser vendidas algumas informações antes mesmo de ser publicada. *Joseph*

[52] Op. Cit., p. 19.
[53] Op. Cit., p. 20.
[54] Op. Cit., p. 20.
[55] Op. Cit., p. 20.
[56] Op. Cit., p. 20.

Falcone ganhou cerca de 5 milhões de dólares com a compra desta notícia privilegiada, oportunidade na qual acabou por ser condenado como incurso do crime de *insider* com base na *misappropriation theory*[57] – isto é, estava ciente e era conhecedor do dever de confidencialidade do conteúdo do magazine antes da sua publicação.

O caso mais conhecido no Direito Brasileiro

O caso de maior repercussão no Direito Brasileiro, e um dos poucos levados à apreciação do Poder Judiciário refere-se a Sérgio Schimdt Neves, Diretor do Conselho de Administração do Servix Engenharia, AS. Nesse sentir, permita-nos colacionar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o caso:

Trata-se de ação indenizatória dos prejuízos causados pelo Réu, com a prática do insider trading. Como Diretor do Conselho de Administração da Servix Engenharia S/A, sociedade de capital aberto, teve conhecimento da anulação de concorrência para obras da Hidroelétrica de Itaparica. Nessas obras, a Servix tinha grande interesse, seja pelo vulto do empreendimento ou pela continuidade operacional, no mesmo setor e na mesma região. Sem divulgar aquela notícia, que refletiria na cotação, apressou-se em vender suas ações, ou parte delas. Assim, tendo acesso a informações relevantes relacionadas aos negócios e à situação da companhia, delas deslealmente se utilizou. A Lei das Sociedades Anônimas acolheu regra de proteção ao investidor, procurando, como já se disse, proteger os que ignoram as condições do mercado contra os abusos dos que as conhecem. Veda a nova lei a utilização pelo insider de informação capaz de influir na cotação dos valores mobiliários, para obter "vantagem mediante compra ou venda de ações. O descumprimento da proibição acarreta a responsabilidade do infrator, que indenizará o investidor prejudicado. A participação da Servix Engenharia S/A na referida concorrência tinha, como noticiam os autos, grande possibilidade de êxito. Essa concorrência, todavia, foi anulada pela direção da CHESF em 28 de março de 1978 e essa informação foi transmitida, na mesma data, a OJympio Campos, da parte da Servix, informação que, na mesma oportunidade, fora dada a todas as concorrentes. Destarte, a informação oficiosa antecedeu a comunicação oficial, datada de 4 de abril de 1978. O conhecimento da anulação da concorrência, na mesma data em que fora assim decidido, é confirmado pelas providências da

[57] Nos ensinamentos de Ana Micaela Pedrosa Augusto, o enunciado da *misappropriation theory* considera que o uso de informação privilegiada constitui uma apropriação ilegítima de informação em relação ao seu proprietário original, pelo que se consegue através dela a reprovação de condutas de sujeitos não ligados à sociedade por deveres fiduciários especiais.

Servix relativas a essa concorrência, buscando modificar a decisão. No entanto, somente em 3 de abril, um dia antes da comunicação oficial da anulação da concorrência, o fato é levado ao conhecimento do Conselho de Administração da Bovespa. Induvidosamente restou esclarecido o conhecimento da informação relevante; caso contrário, não teriam sido esboçadas as tentativas - todas antecedendo a comunicação à bolsa - de alterar a decisão anulatória. Antes dessa comunicação, houve a venda de lotes de ações, por parte do réu e de outros acionistas, todos cientes do fato relevante capaz de influir na sua cotação, o que realmente ocorreu. Nem se argumente não tenha o demandado vendido a totalidade de suas ações, pois não constitui requisito da prática desleal. Por igual, em nada reflete na identificação do insider trading em especial para arredá-lo, não ter sido a operação realizada por interposta pessoa. Aqui e agora, não há lugar para considerações em torno das especulações no mercado mobiliário e dos escândalos amiudadas vezes noticiados. Lembrou-se, com destacada referência ao depoimento de fls. 1.180, constituir aquela anulação probabilidade conhecida no mercado de ações há mais de um ano; essa testemunha, como diretor de uma corretora, declara ter aconselhado, com essa anterioridade, a venda de ações da Servix; contudo, está incluído no rol dos especuladores, vendendo as ações de sua propriedade após a anulação, mas obviamente antes da comunicação. Há, pois, uma série de indícios veementes, perspícuos, formando um conjunto probatório convincente da prática do illsider trading. Incide, destarte, a regra do artigo 155, e seus parágrafos, da Lei n. 6.404/76. Impõem-se, nessa conformidade, o provimento do recurso, com a condenação do réu ao pagamento da quantia de Cr$ 294.700,00, juros de mora a partir da citação, correção monetária, na forma pleiteada, custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

Compliance, Aspectos Gerais e Programas de Compliance

Certo é que a criminalidade corporativa acarreta inúmeros prejuízos econômicos e sociais, sejam eles em faze da própria sociedade empresária ou a um determinado grupo, ou, ainda, a toda a coletividade. Averiguados os riscos da possibilidade de se punir criminalmente as pessoas jurídicas e seus sócios, as organizações empresariais passaram a adotar mecanismos de prevenção e combate à criminalidade econômica, como o *Criminal Compliance Programs*.

Conforme falamos alhures, a concentração do poder econômico das entidades empresariais agenciou uma cadeia de transformações na forma de se interpretar e aplicar o

Direito Penal. Daí exsurgiu o Direito Penal Econômico, cuja atuação principal se dá no contexto da atividade empresária.

Investigação de Compliance e a relação do Criminal Compliance com o Direito Penal

A complexidade das organizações empresariais e suas forças econômicas, que tendem conquistar alentos políticos, fatores estes que certamente tendem a favorecer – ao menos em parte – , a prática de crimes empresariais ou dificultar investigações e, por conseguinte, a punição de tais delitos, tornou-se latente que, junto à regulação estatal, que fosse institucionalizado o dever empresarial de adoção de políticas internas de transparência e segurança com o desenvolvimento de mecanismos e estruturas destinados à prevenção da criminalidade econômica. Nesse sentido, o *criminal compliance* ganhou força, por tratar-se da busca por melhores práticas de prevenção aos crimes empresariais[58].

Na acepção de Ulrich Sieber[59], para que um programa de *criminal compliance* consiga impedir, de modo efetivo, a criminalidade, desde um ponto de vista da própria empresa ou contra ela mesma, devem-se levar em consideração elementos estruturais, como: a definição e a comunicação de valores e objetivos empresariais, que devem ser respeitados; a análise dos riscos penais específicos correspondentes aos ramos de atividade nos quais a companhia está inserida; a fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados mediante objetivos definidos; o estabelecimento de procedimentos para a prevenção da criminalidade empresarial; a fixação de responsabilidade em nível de mando médio, criando assim uma unidade empresarial especializada, ou seja, um departamento especializado em criminal *compliance*; a criação de sistemas de informações para o descumprimento e esclarecimento de delitos eventualmente praticados; sistemas de informantes para o recebimento de denúncias anônimas; a determinação de um setor encarregado de casos suspeitos, que devem ser esclarecidos (envolvendo um departamento de *criminal compliance* e até mesmo o poder estatal, por meio de autoridades reguladoras); e o estabelecimento de medidas internas para a sanção de condutas desviadas[60].

Para garantir a efetividade das medidas preventivas dos programas de *criminal compliance*, seria sobretudo expressiva a cooperação entre o sistema de regulação interno da

[58] PINTO, N. R. A prática de *Whistleblowing* como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 115-150.

[59] SIEBER, U. Programas de compliance em el derecho penal de la empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 8-9.

[60] Idem.

empresa e as estruturas do poder estatal de prevenção da criminalidade econômica. Assim, o Estado legislaria no sentido de exigir a implementação do *criminal compliance* por parte das empresas em um sistema chamado de autorregulação regulada, no qual se buscaria a cooperação entre o setor público e privado para melhor prevenir a criminalidade empresarial[61].

Vale ressaltar, contudo, que, nesse modelo – frisa-se, longe de ser o ideal –, haveria exigências, em relação às empresas, no sentido de se regulamentarem, visando prevenir internamente condutas criminosas, mediante adoção do *criminal compliance*, tendo como preocupação essencial o fornecimento de certas informações aos agentes reguladores; enquanto que, por parte do Estado, este, além de receber e processar as informações com o intuito de buscar evitar a infração das normas penais, teria de conceder vantagens às empresas que viessem a cumprir todos os procedimentos estabelecidos e ainda assim viessem a ser surpreendidas com a ocorrência de infrações no seu ambiente interno, sobretudo em se tratando de autodenunciação. Caberia ainda ao ente estatal aplicar punições às empresas que não cumprissem os procedimentos previstos em lei, isto é, a operacionalização efetiva do *criminal compliance*[62].

Conclusão

Feitas essas considerações, o feito iniciou-se com aspectos conceituais relevantes para a temática proposta, demonstrando que o Direito Penal Econômico sempre existiu como fonte subsidiária ao Direito Penal clássico, especialmente no que diz respeito aos crimes praticados pelas empresas. Diante da nova proposição de ordem econômica, com ênfase na sociedade de risco, buscou-se criar mecanismos mais eficazes de tutela e combate à corrupção, tendo como processo a ramificação do Direito Penal tido como clássico em Direito Penal Econômico, que, não raramente, tem seus objetos de estudo confrontados.

Percebe-se que os programas de *compliance* enquanto métodos de prevenção de ilícitos no âmbito empresarial surgiram a partir da postura do legislador ao estabelecer os chamados deveres de *compliance*, além de que a discussão técnica destes sistemas no âmbito do Direito Penal Econômico levou à configuração do que se convencionou chamar de *criminal*

[61] ALENCAR, M. de. Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 125.
[62] Idem.

compliance, sendo que os discursos que o circundam, na maioria das vezes, buscam explorar a sua capacidade de exonerar pessoas jurídicas de qualquer classe de imputação penal.

Por todo o exposto, conclui-se pela implementação de novas e mais eficazes medidas, medidas essas existentes no ordenamento jurídico português, sendo certo que está só será relativizada quando restar evidenciado diminuição no número de ações contrárias à ordem jurídica, censuráveis e com prejuízo de terceiros, e que impactam negativamente a ordem mundial econômica.

REFERÊNCIAS

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE. **Curso de Direito Comercial**, Vol. I, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009 e Vol.II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009. ISBN 978-972-404-677-8.

ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 125.CORSETTI, Michelangelo. **Insider trading: Informação Privilegiada — o uso indevido no mercado de capitais.** Curitiba: Juruá, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo: **direito penal: questões fundamentais a doutrina geral do crime** — apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3º ano, p. 52.

Eugene F. Fama, **Random Walks in Stock-Market Prices**, Graduate School of Business, University of Chicago, Selected Papers, nº 16.

GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos. Província de Córdoba**: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **C. Derecho penal económico y de la empresa: parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 73. ISBN 978-84-9086-964-2.

MIRANDA, F. S. M. P. **A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho.** Direito, Justiça e Cidadania, v. 3, n. 1, p. 4, 2012.

PINTO, N. R. **A prática de Whistleblowing como um mecanismo de criminal compliance**. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 115-150.

PORTUGAL. **Código das Sociedades Comerciais**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/. Acesso em 16 de novembro de 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n° 919/15.4T8PNF.P1.S1.** 1ª Seção, Rel. Alexandre Reis. Data do acórdão: 07.11.17. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf. Acesso em 19 de novembro de 2018.

SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 8. ISBN 978-857-348-966-8.

SEMINARA, S. **Compliance y derecho penal: la experiencia italiana**. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). Responsabilidad de la empresa y compliance. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 128

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. L**a expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 26-61.

SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128-129.

TARSO DOMINGUES, **Do Capital Social, Noção, Princípios, E Funções**, Studia Jurídica 33, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 99.

DO MANDATO SEM REPRESENTAÇÃO DE PORTUGAL

ON THE MANDATE WITHOUT REPRESENTATION FROM PORTUGAL

Pedro Linhares Della Nina[1]

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar o instituto do mandato sem representação, previsto no direito português (Código Civil Português, materializado no Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966, que revogou o Código de Seabra), traçando paralelo com a procuração em causa própria do direito brasileiro (Código Civil Brasileiro, decorrente de um projeto de 1969, coordenado por Miguel Reale, que foi transformando, muitos anos depois, na Lei n.º 10.406, de 10/01/2002, tendo revogado o Código Beviláqua), sempre com cotejo dos artigos legislativos envolvidos e à luz da doutrina especializada dos 2 (dois) países.O ensejo da pesquisa é cotejar os dois tratamentos dados à matéria, posto que ambos proporcionam garantias aos contratantes, enfrentando as diferenças existentes de forma direta e abordando as principais considerações doutrinárias/jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-chaves: Direito Civil; Procuração em Causa Própria; Mandato sem Representação.

Abstract: This paper presents the institute called the mandate without representation of Portuguese law (the Portuguese Civil Code – Decree-Law n.º 47.344/1966 – which repealed the Seabra Code), drawing a parallel with the "procuração em causa própria" of Brazilian Law (the Brazilian Civil Code, resulting from a 1969 project, coordinated by Miguel Reale, which was transformed many years later into Law n.º 10.406/2002, having repealed the Beviláqua Code), comparing the legislative articles and transcribing the specialized doctrine of the 2 (two) countries. The research opportunity is to compare the two treatments given to the matter, since both provide guarantees to the contractors, facing the existing differences directly and addressing the main doctrinal / jurisprudential considerations on the subject.

Keywords: Civil Law; Power of Attorney; Mandate without Representation.

Introdução

O presente trabalho, ainda que em parcas palavras, tem o escopo de apresentar o contrato denominado Mandato sem Representação, previsto nos artigos 1.180 ao 1.184, do Código Civil Português (Secção VI, do Capítulo X [Mandato], do Título II [Dos Contratos em Especial], do Livro II [Direito das Obrigações]), a seguir transcritos:

> **SECÇÃO VI**
> **Mandato sem representação**
> **ARTIGO 1180º**
> **(Mandatário que age em nome próprio)**

[1] Advogado e Professor da Universidade Candido Mendes/RJ, mestre em Ciências Jurídicas pelo UAL-Lisboa, pós-graduado em Direito Empresarial e em *Litigation*, ambos pela FGV-Rio de Janeiro; email: pedro.linhares@jucaelinhares.com.br

> O mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra, embora o mandato seja conhecido dos terceiros que participem nos actos ou sejam destinatários destes.
>
> **ARTIGO 1181º**
> **(Direitos adquiridos em execução do mandato)**
> 1. O mandatário é obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato.
> 2. Relativamente aos créditos, o mandante pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respectivos direitos.
>
> **ARTIGO 1182º**
> **(Obrigações contraídas em execução do mandato)**
> O mandante deve assumir, por qualquer das formas indicadas no n.º 1 do artigo 595º, as obrigações contraídas pelo mandatário em execução do mandato; se não puder fazê-lo, deve entregar ao mandatário os meios necessários para as cumprir ou reembolsá-lo do que este houver despendido nesse cumprimento.
>
> **ARTIGO 1183º**
> **(Responsabilidade do mandatário)**
> Salvo estipulação em contrário, o mandatário não é responsável pela falta de cumprimento das obrigações assumidas pelas pessoas com quem haja contratado, a não ser que no momento da celebração do contrato conhecesse ou devesse conhecer a insolvência delas.
>
> **ARTIGO 1184º**
> **(Responsabilidade dos bens adquiridos pelo mandatário)**
> Os bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante nos termos do n.º 1 do artigo 1181º não respondem pelas obrigações daquele, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito o registo da aquisição, quando esta esteja sujeita a registo.

Todavia, antes de adentrar no *thema*, é de se rememorar as noções conceituais clássicas dos atos jurídicos e dos negócios jurídicos, essenciais para compreender a relevância do que se deseja expor.

Necessária explicação – o negócio jurídico

Os fatos, em verdade, são a base motivadora de eventos que podem ser jurígenos, isto é, com relevância ao direito, ou não, quer dizer, irrelevantes juridicamente. Paulo Nader, com propriedade, assevera que:

> "Em sua gênese, os direitos subjetivos estão ligados a acontecimentos do mundo fático. Na base de cada direito individualizado, está o fato, não qualquer um, mas o que apresenta relevância do ponto de vista social e que por isto é referido no Direito objetivo. Não há direito subjetivo que não se origine de um fato jurídico. Os acontecimentos, indistintamente, considerados, que geram direitos subjetivos são chamados, em sentido amplo,

> de fatos jurídicos ou fatos jurígenos. Estes podem ser definidos como acontecimentos, oriundos da determinação humana ou de fatos naturais, que geram, modificam, conservam ou extinguem relações jurídicas." [2]

Manuel A. Domingues de Andrade, adentrando na definição de fato, reconhece que:

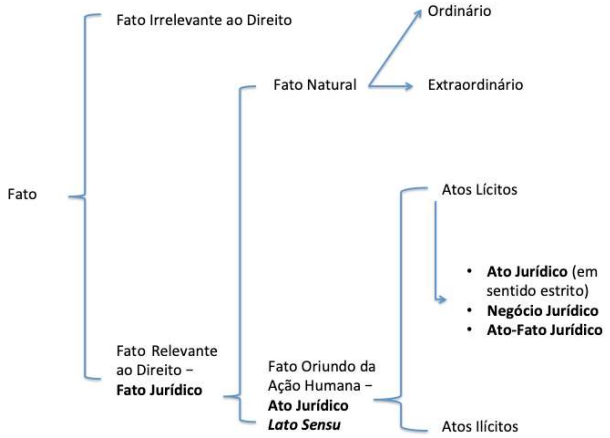
> "vem a ser todo o facto da vida real juridicamente indiferente, isto é, a que a ordem jurídica não liga quaisquer consequências [...] São, portanto, factos juridicamente irrelevantes, factos destituídos de eficácia jurídica, factos neutrais, sob o ponto de vista do direito – factos ajurídicos, em suma"[3].

Fabio Ulhoa Coelho, com o seu viés empresarial no Direto Civil, auxilia no que seria fato jurídico, eis que:

> "O fato descrito em norma jurídica como pressuposto da consequência por ela imputada é chamado de fato jurídico. Matar alguém, praticar negócio jurídico com dolo, o possuidor de boa-fé introduzir benfeitorias úteis na coisa e a violação culposa de direitos são exemplos de fatos jurídicos. Note-se que nem todos os fatos têm relevância para o direito. Os eventos são inócuos, sob o ponto de vista jurídico, quando não desencadeiam nenhuma consequência. Se alguém caminha pela praia numa bela manhã de sol, isto é um fato que, em princípio, nada tem de jurídico."[4]

Assim, sem maiores delongas, é perfeitamente possível classificar o fato da seguinte forma:

Fig. 1 – Fato, Ato e Negócio Jurídico



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2020)

Por óbvio, os fatos naturais (aqueles de origem não humana) têm relevo ao direito, seja na passagem de um dia (lapso necessário a que o agente adquira a maioridade ou, quiçá, o

[2] NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil Vol. 1**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pag. 363.
[3] DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. – **Teoria Geral da Relação Jurídica – vol. 1**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1983, pag. 27.
[4] COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral – Vol. 1**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pag. 286.

último dia de um prazo judicial), seja em eventos não previsíveis (tempestade e/ou nevasca que causa atraso em voo, maxidesvalorização cambial[5], entre outros exemplos).

Os fatos que são originários de ação humana são denominados atos jurídicos, sendo subdivididos em ilícitos e lícitos. Vale o registro, importante principalmente ao estudante de graduação, que, no Direito Civil, ato ilícito não é aquele tipificado no código penal, mas sim todo e qualquer descumprimento à norma e ao pactuado. Assim, um descumprimento contratual

[5] Há diversos precedentes interessantes sobre a consequência jurídica de diversas desvalorizações cambiais que houve na história recente. Como destaque, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre venda de helicópteros, *verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO E ADITIVO PARA FORNECIMENTO DE SEIS HELICÓPTEROS PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. PREÇO AJUSTADO EM MOEDA NACIONAL (REAL). VENCEDORA CONTRATANTE QUE NECESSITAVA IMPORTAR AS AERONAVES PAGANDO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). DESVALORIZAÇÃO DO CÂMBIO OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. TEORIA DA IMPREVISÃO. ÁLEA EXTRAORDINÁRIA CONFIGURADA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65, II, 'D', DA LEI No 8.666/93. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DA EMPRESA PARTICULAR PROVIDO.*
> *1. Em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da teoria da imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei no 8.666/93.*
> *2. De outro lado, os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço firmados em real e executados no exterior, eventualmente submetidos a variação cambial significativa e inesperada, são passíveis de repactuação, conforme previsão do art. 65, inciso II, d, da Lei 8.666/1993, caso constatada a oneração excessiva, com o rompimento da equação econômico-financeira firmada.*
> *3. No caso concreto, a empresa autora, ora recorrente, requer indenização pecuniária, mediante a revisão de contrato administrativo para o fornecimento de helicópteros (por ela entregues) destinados ao serviço de remoção de vítimas de acidentes, resgates e operações especiais do Departamento da Polícia Rodoviária Federal, com preço originariamente fixado em moeda nacional (real), ante a alegada quebra da equação econômico-financeira, decorrente da forte desvalorização da moeda brasileira frente ao dólar, fenômeno ocorrido em janeiro de 1999, como consequência da mudança de política cambial então implementada pelo Banco Central.*
> *4. Uma vez demonstrado que as aeronaves necessitavam ser adquiridas pela licitante vencedora no exterior, com o desembolso em dólar realizado logo após a mencionada e drástica alteração da política cambial (passando-se do sistema de bandas para o de livre flutuação do dólar), fato esse que, à época, não poderia ser previsto e que acabou por onerar sobremaneira a empresa recorrente, configurada resulta a álea econômica extraordinária e extracontratual de que trata o art. 65, II, d, da Lei no 8.666/93, legitimando a indenização por ela pleiteada.*
> *5. Como já decidido por esta Primeira Turma do STJ no RMS 15.154/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2002, "O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes".*
> *6. Recurso especial conhecido e provido. "*
> (Recurso Especial n.º 1.433.434, da 1ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro Sérgio Kukina, julgado em 20/02/2018 e com acórdão publicado em 21/03/2018).

é um ilícito, da mesma forma que é apropriar-se de bem móvel que tenha proprietário (definido ou não[6]).

Mais uma vez, Fabio Ulhoa Coelho presta os necessários esclarecimentos:

> "Os fatos podem ser condutas humanas, ou não. O caminhar de namorados pela praia e chover são eventos verificados na realidade, mas só o primeiro é ação de seres humanos. De modo algo similar, os fatos jurídicos também podem ser condutas de sujeitos de direito, ou não. Celebrar contrato (isto é, emitir declarações de vontade convergentes) é fato jurídico que representa necessariamente uma ação de pessoas. Completar 18 anos, ao contrário, é fato jurídico que impede de qualquer conduta imputável a um sujeito de direito. Basta o planeta Terra percorrer sua trajetória em torno do sol dezoito vezes depois do nascimento de alguém para que essa pessoa passe a ser considerada capaz pelo direito. Esse fato jurídico caracteriza-se sem que qualquer sujeito – incluindo o aniversariante – tenha de fazer ou deixar de fazer qualquer coisa."[7]

Insta ainda demonstrar que os atos jurídicos, ou melhor, os fatos jurígenos causados pela ação humana lícita podem ser registrados como ato jurídico e negócio jurídico. Poder-se-ia utilizar todo o espaço do presente trabalho para efetuar a distinção entre os institutos, mas, para fins objetivos (e por característica do autor), convém diferenciá-los acerca de seus efeitos.

O ato jurídico tem, por força da norma, efeitos cogentes obrigatórios. Logo, ao realizar o ato, se há a previsão da consequência, sem qualquer ingerência ou modulação pelo agente, trata-se de um ato jurídico. Em oposição, se é possível controlar os efeitos da ação, verifica-se um negócio jurídico[8].

Assim, a renúncia à propriedade ou o reconhecimento de um filho são atos jurídicos em sentido estrito, eis que os efeitos estão claramente previstos na norma (no primeiro caso, o bem se tornará *res nullius*; enquanto no segundo, não há como reconhecer a paternidade e impedir a utilização do nome ou se excluir de pagar alimentos). Paulo Nader assim se pronuncia:

---

[6] Há um lamentável brocardo no Brasil, no sentido de que "achado não é roubado", o que é uma excrescência jurídica. Há tipo penal previsto no art. 169, do Código Penal Brasileiro, sendo que o descobridor deve entregar a coisa à autoridade policial, à luz do art. 746, do Código de Processo Civil/BR.

[7] COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral – Vol. 1**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pag. 287.

[8] Há, ainda, a figura do ato-fato jurídico que, em suma, analisa a consequência do ato, não o agente que o realizou. Ainda que não haja ensejo para maiores debates, convém destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> *"Essas ações são denominadas pela doutrina atos-fatos jurídicos, expressão divulgada no Brasil por Pontes de Miranda. No ato-fato jurídico ressalta-se a consequência do ato, o fato resultante, sem se levar em consideração a vontade de praticá-lo. Assim, por exemplo, não se considera nula a compra de um doce ou sorvete feita por criança de sete ou oito anos de idade, malgrado não tenha ela capacidade para emitir a vontade qualificada que se exige nos contratos de compra e venda. Em se tratando de ato dotado de ampla aceitação social, deve ser enquadrado na noção de ato-fato jurídico."*
>
> GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil. Brasileiro vol. 1 – Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, pag. 305

> "Enquanto os efeitos dos atos jurídicos stricto sensu são os definidos no ordenamento (ex lege), os relativos aos negócios jurídicos são os estabelecidos pelas partes envolvidas (ex volante), dentro dos limites admitidos pela ordem jurídica." [9]

Sobre os negócios jurídicos[10], cujos efeitos jurídicos podem ser mitigados e controlados, sempre haverá a suscitação de vontade, com ao menos um declarante expressando o seu querer[11]

---

[9] NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil Vol. 1**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pag. 371.

[10] É de se observar, ainda que na presente nota de rodapé, que a autonomia da vontade e o viés privatista do negócio jurídico representam verdadeiros pilares estruturais do direito clássico e, especialmente, do estadunidense, tanto é que estão esculpidas na simples e objetiva Constituição Americana de 1.789, exatamente no art. 1º, Seção 10, item 1, que cria a vedação impositiva de se desequilibrar obrigações contratuais, *verbis*:

> *Article. I. - The Legislative Branch*
> *(...)*
> *Section 10 - Powers prohibited of States*
> *No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.*
> *(...)*

A partir dos anos 70, a noção de publicização[10] do direito contratual ganha força nos Estados Unidos, com a queda da liberdade contratual e da autonomia da vontade, seguido do declínio do dogma da vontade das partes, mitigando a "*sanctity of contract*". O que se vê é a afetação do Direito dos Contratos, a partir de imposições da ordem pública, do poder de polícia, da defesa dos bons costumes, das imposições "protetivas" (Direito do Trabalho, a legislação antitruste, entre outras), sempre almejando manter a estrutura normativa e o bom andamento do *Welfare State*.

Os contratos, à luz desse entendimento que busca reduzir o alcance da interpretação clássica, apresentam-se menos como uma livre construção da vontade humana, devendo respeitar e contribuir com a atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo, dando novos pesos e valores à noção de dirigismo Contratual.

Esse é o cerne do trabalho de Grant Gilmore que, em seu jocoso "Death of Contract", não quis criar uma ode ao descumprimento das obrigações ou alardear para o desuso das figuras contratuais, tampouco estimular os desfazimentos de pacto pré-constituídos. Ao revés, o autor quis celebrar a vida do contrato, com a mudança dos paradigmas tradicionais e a superação da visão clássica, que só serviam de antolhos, causando a cegueira da excessiva valoração da literalidade da letra fria do pacto.

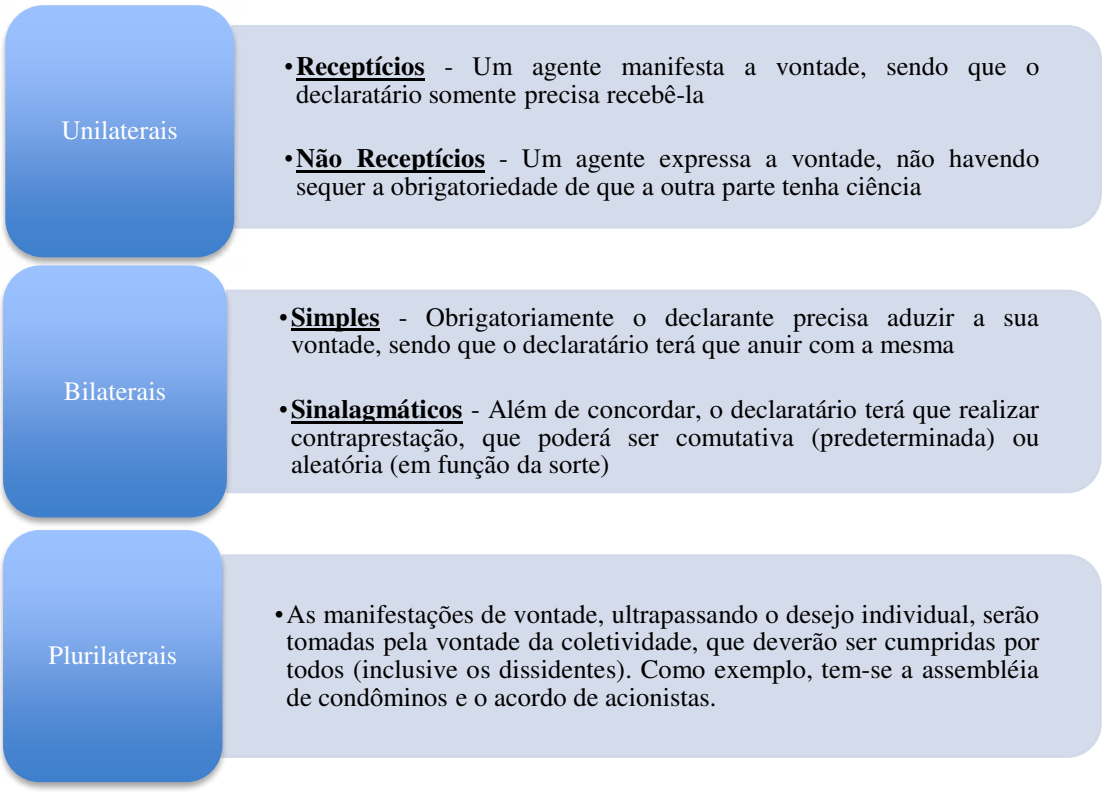
O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, cuja genialidade é sentida na corte constitucional brasileira, é brilhante ao resumir o *thema* em dois parágrafos:

> *"Esse discurso, no entanto, em todas as suas versões, mas especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, em sua origem desde quando se passa a falar na morte do contrato (Gilmore) é, na verdade, um discurso a favor da vida do contrato, na medida em que propõe a superação daquela teoria. O mesmo se pode dizer em relação à queda da liberdade Contratual, clamando por um a nova teoria dos contratos, como já queria Atiyah no final dos anos 70. Em todas essas exposições, mostra-se justamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico na medida em que se transforma: declínio do dogma da vontade das partes, de um lado, ascensão dos "contratos fato", como veremos adiante. Mas, sempre e acima de tudo, avenças (= vínculos jurídicos) que proporcionam a fluência das relações de mercado.*
> *À "morte do contrato" corresponde o fim da teoria clássica, que, na dicção de Guido Alpa, cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o método formal, mas mediante o exame dos interesses substanciais - ao que corresponde a objetivação e despersonalização do contrato."*
> (GRAU, Eros Roberto – **Um Novo Paradigma dos Contratos?**. Público [Em linha]. [Consult. 30 outubro. 2020]. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510)

[11] Aquele que manifesta a sua vontade é denominado **declarante**; em contrapartida, aquele que a recebe, é tido como **declaratário**.

motivador do pacto. Logo, convém apresentar a principal classificação dos negócios jurídicos, relativa ao número de manifestações de vontade expressadas:

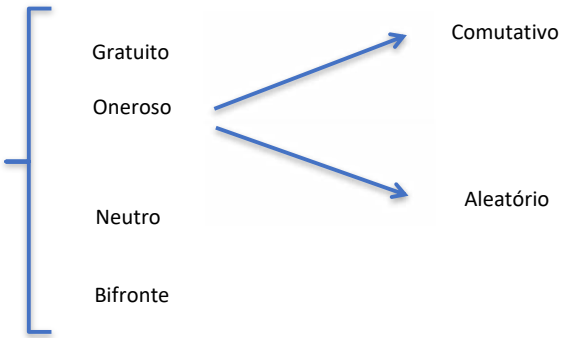
Fig. 2 – Classificação do Negócio Jurídico



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2020)

Há, ainda, outra relevante classificação de negócios jurídicos acerca do cunho retributivo, isto é:

Fig. 3 – Classificação do Negócio Jurídico pela Vantagem



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2020)

Vê-se, assim, que a despeito do número de manifestações de vontades, os negócios jurídicos também podem ser classificados a partir da existência, ou não, de contraprestação. Tem-se, dessa forma, gratuidade quando houver um agir do contratante, sem qualquer tipo de contrapartida, o que pode se verificar no negócio bilateral simples e no unilateral (receptício ou não-receptício).

Já no negócio oneroso, não se exige eventual proporção nas parcelas, mas sim é imperioso que exista o sinalagma, ou melhor, a presença de reciprocidade de condutas, com prestação de uma parte e contraprestação de outra.

Divide-se, portanto, a onerosidade em duas, criando critérios sobre a previsibilidade da contraprestação: se há certeza quanto o que será pago em retribuição, a figura é da **comutatividade**; se há variabilidade envolvida na contraprestação, existirá **aleatoriedade**[12].

Convém, ainda, o registro de que os negócios jurídicos podem ser neutros ou bifrontes. No primeiro caso (neutro), é irrelevante o viés contraprestacional para caracterizar o negócio, como se pode depreender, de forma exemplificativa, do casamento[13] e da instituição de cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.

No caso do bifronte, a presença, ou não, de onerosidade deve ser dirimida e analisada no caso concreto, por ser possível que um negócio jurídico, seja ou oneroso ou gratuito, tal como o mandato e o depósito, por exemplo.

Pois bem, é fato que a manifestação de vontade pode ser aduzida pela parte, pessoalmente, ou pode ser, por vezes, suscitada através de um representante (**legal**, nos moldes do artigo 37[14];

[12] No que pertine à sorte (álea), impossível não fazer referência à famosa frase de Caio Júlio César, proferida ao atravessar o Rio Rubicão com suas legiões e que iniciou a Segunda Guerra Civil da República Romana: *alea jacta est* (a sorte está lançada).

[13] Faço o registro pessoal, eis que, a despeito da norma portuguesa e de, virtualmente, toda a doutrina conhecida, o casamento, em verdade, não é contrato, tampouco negócio jurídico, por lhe faltar manifesto viés negocial, essencial para caracterizar qualquer negócio jurídico.

[14] **ARTIGO 37º (Representação legal)**
A representação legal está sujeita à lei reguladora da relação jurídica de que nasce o poder representativo.

orgânico, à luz do artigo 38[15] [16]; ou **voluntário**, ante o teor do art. 39[17] [18]). Assim, graficamente, tem-se um negócio jurídico[19] de A (representado), devidamente representado por

[15] **ARTIGO 38º (Representação orgânica)**
A representação da pessoa colectiva por intermédio dos seus órgãos é regulada pela respectiva lei pessoal.

[16] É curioso que a legislação portuguesa, como se depreende dos artigos 38 e 39, optou por distinguir a representação voluntária, decorrente de negócio jurídico prévio, celebrado entre representante e representado, da representação orgânica, que é aquela que define que haverá um órgão com atribuição de representar uma pessoa colectiva. No Brasil, infelizmente, não há a referida distinção, sendo que a normatização trata todos os fenômenos de igual forma. Pontes de Miranda, já em 1973, criticava a opção legislativa da não distinção, assinalando que a **representação** (voluntária ou legal) seria distinta da **presentação**, figura similar à representação orgânica lusitana. Segue o ensinamento do nobre doutrinador alagoano:

> *"Órgão e Presentação – Conforme temos sempre frisado, chamando atenção para as graves confusões que aparecem em leis e em livros, indiferentes à terminologia indispensável à expressão das leis e às exposições do direito, onde há órgão não há representação, nem procuração, nem mandato, nem qualquer outra outorga de poderes. o órgão é parte do ser, como acontece às entidades jurídicas, ao próprio homem e as animais. Coração é órgão, fígado é órgão, olhos são órgãos; o Presidente da República é órgão; o Governador de Estado-membro e o Prefeito são órgãos. Quando uma entidade social, que se constitui, diz qual pessoa que por ela figura nos negócios jurídicos e nas atividades com a Justiça, aponta-a como o seu órgão, que pode presentá-la (isto é, estar presente para dar presença à entidade de que é órgão) e, conforme a lei ou os estatutos, outorgar poderes a outrem, que então representa a entidade."*
> (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – **Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, pags. 318/319.

[17] **ARTIGO 39º (Representação voluntária)**
1. A representação voluntária é regulada, quanto à existência, extensão, modificação, efeitos e extinção dos poderes representativos, pela lei do Estado em que os poderes são exercidos.
2. Porém, se o representante exercer os poderes representativos em país diferente daquele que o representado indicou e o facto for conhecido do terceiro com quem contrate, é aplicável a lei do país da residência habitual do representado.
3. Se o representante exercer profissionalmente a representação e o facto for conhecido do terceiro contratante, é aplicável a lei do domicílio profissional.
4. Quando a representação se refira à disposição ou administração de bens imóveis, é aplicável a lei do país da situação desses bens.

[18] A representação voluntária, por sua vez, é deflagrada ao mundo dos fatos através da procuração, como expresso no artigo 262, *verbis*:

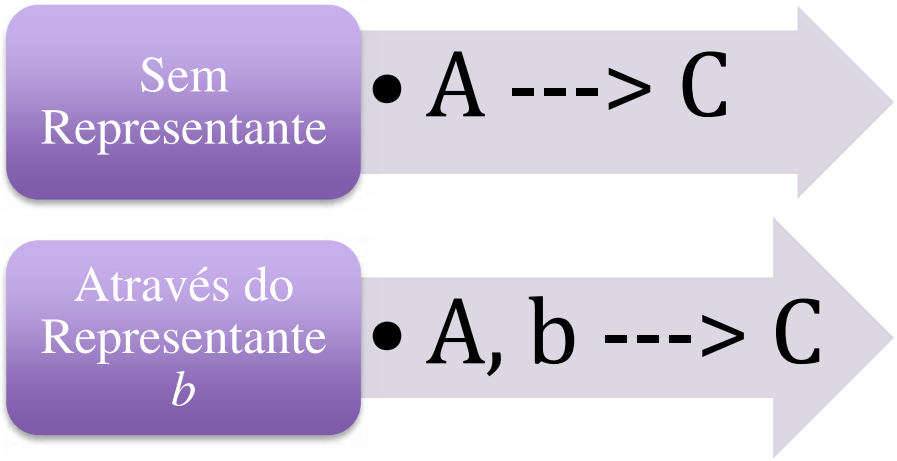
> **DIVISÃO II**
> **Representação voluntária**
> **ARTIGO 262º (Procuração)**
> 1. Diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos.
> 2. Salvo disposição legal em contrário, a procuração revestirá a forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar.

[19] Como se sabe, é translúcido que, para a celebração de negócios jurídicos, há a necessidade de agente capaz que venha a manifestar a sua declaração de vontade, que pode ser feita de forma expressa ou tácita, nos ditames do artigo 217:

> **ARTIGO 217º**
> **(Declaração expressa e declaração tácita)**
> 1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.
> 2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.

b (representante), celebrado com C (declaratário da manifestação de vontade de A), demonstrado da seguinte forma:

Fig. 4 – Demonstração da Representação



Fonte: DELLA NINA, Pedro Linhares (2020)

A presunção relativa existente na normatização, fundamental para a juridicidade das modalidades de representação, considera que a manifestação de vontade, necessária aos negócios jurídicos (sejam os unilaterais ou bilaterais) e aduzida, materialmente, pelo representante, demonstra o próprio desejo do representado, nos limites dos poderes outorgados, Essa é a regra de ouro para a validade de toda e qualquer representação, estando esculpida no artigo 258, do CC lusitano[20]:

> **ARTIGO 258º**
> **(Efeitos da representação)**
> O negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último.

Da vedação ao negócio consigo mesmo e do mandato sem representação

Há, ainda, uma digressão fundamental ao presente trabalho: é evidente e inequívoco que, quando o ordenamento jurídico veda a celebração do auto negócio (ou negócio consigo mesmo), não se quer impedir que alguém contrate com si próprio, o que só seria explicado pela psicanálise, através do estudo da multipersonalidade do indivíduo (transtorno dissociativo de identidade). Não faz qualquer sentido que exista uma vedação expressa na norma, proibindo,

[20] Há norma similar no direito brasileiro, como se apura do artigo 116, do CC/BR:
Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

por exemplo, que eu venda para mim mesmo, ou, por absurdo, que eu me outorgue procuração[21].

Não é esse o espírito[22] da vedação ao auto negócio, como é óbvio ululante[23].

O que o ordenamento jurídico busca impedir, quando da proibição do negócio consigo próprio, é que o representante, em nome do representado, firme negócio com o representante, o que, genericamente, poderia gerar conflitos. Essa é a essência do artigo 261, do CC/PT[24], que cria hipótese de perda de validade do negócio confeccionado, ante a sanção da anulabilidade:

> **ARTIGO 261º**
> **(Negócio consigo mesmo)**
> 1. É anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio excluía por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses.
> 2. Considera-se celebrado pelo representante, para o efeito do número precedente, o negócio realizado por aquele em quem tiverem sido substabelecidos os poderes de representação.

A vedação, como não poderia deixar de ser, até pela origem romana do ordenamento civil, também consta da norma brasileira, penalizando, no plano da validade, com a anulabilidade do negócio jurídico:

> Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo.

É fácil perceber que a vedação ao autocontrato, firmado pelo representado, através do representante, que se contrata a si própria (perdoe-me pelo pleonasmo literário), é norma geral, podendo ser excepcionada, sendo esse o cerne do presente relatório. O contrato de Mandato sem Representação, previsto nos já transcritos artigos 1.180 ao 1.184, do Código Civil Português, é, exatamente, o instrumento jurídico para que o representante, na defesa dos seus próprios interesses, possa, em nome do representado, celebrar contrato consigo mesmo.

---

[21] O que não deve ser confundido com advogar em causa própria. É translúcido que o advogado detém a capacidade postulatória, podendo ser parte, ativa ou passiva, de um processo judicial. Embora não seja profissionalmente recomendado, resta claro que o advogado poderá ser seu próprio representante judicial, inexistindo razão para que formalize, através de instrumento procuratório, a outorga de poderes para si próprio, o que seria uma excrescência jurídica.

[22] Parafraseando Montesquieu, em sua genial obra *De l'esprit des lois*.

[23]Em referência ao não menos genial Nelson Rodrigues, jornalista e escritor brasileiro, nascido em Pernambuco, mas Fluminense de coração.

[24] Curioso é que, em Portugal, no Código Civil anterior (Código de Seabra), não havia qualquer normatização, sendo fruto inovador do Código atual (Decreto-Lei n.º 47.344, de 25/11/1966).

Há diversas definições do instituto na doutrina portuguesa, como se depreende dos dois exemplos a seguir transcritos, que atingem e esclarecem o ponto nodal e conceituam o mandato sem representação:

> "De acordo com o disposto no art. 1180º CC, o mandatário, se agir em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do acto que celebra.
> O que caracteriza o mandato sem representação, é o facto de o mandatário agir **em seu nome próprio.**
> Em vez, assim, de os actos produzirem os seus efeitos na esfera jurídica do mandante (art. 258º CC), produzem-nos na esfera do mandatário. No fundo, o alcance da actuação em nome próprio é o de fazer projectar sobre a esfera jurídica do agente, além dos efeitos característicos da situação de parte, os de natureza pessoal: é ele quem tem legitimidade para exigir e receber o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, é contra ele que a outra parte se deve dirigir, não só para reclamar os seus créditos como para fazer valer quaisquer acções pessoais derivadas do contrato, nomeadamente a respeitante à sua validade ou eficácia." [25]

> "Conforme o art. 1180.º do Cód. Civil, no mandato sem representação, o mandatário age em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra.
> Segundo a tese da dupla transferência, adoptada pelo legislador no âmbito do mandato para adquirir (art. 1180.º do Cód. Civil), os efeitos repercutem-se na esfera do mandatário, sendo necessário um negócio autónomo para os transmitir para o mandante. Este, por seu turno, é obrigado a fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, entre os quais se encontra a provisão para despesas (art. 1167.º, al a), do Cód. Civil). Como os direitos adquiridos em execução do mandato são primeiramente imputados à esfera de pertinência do mandatário, o preceito do art. 1181.º do Cód. Civil impõe-lhe a obrigação de os transferir para o mandante." [26]

No Brasil, há o mesmo instituto, denominado de **Procuração em Causa Própria**, previsto no artigo 685, do CC/BR, que é rigorosamente idêntico, na essência, ao mandato sem representação português. Segue o comando legal brasileiro:

> Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula "em causa própria", a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

E, da doutrina brasileira, há excelentes definições sobre a aludida procuração em causa própria que, por simetria, podem ser aplicadas ao instituto jurídico objeto do presente relatório:

---

[25] ALBERTO, Octávio Manuel Gomes. Público [Em linha]. Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/contrato_de_mandato.htm [Consult. 30 outubro 2020].

[26] VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro – **Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust**. Público [Em linha]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532 [Consult. 30 outubro 2020].

> "Normalmente, o mandato em causa própria está inserido em outras relações negociais nas quais o mandante já teve esvaziado todo o seu interesse jurídico e, por isso, concede a um terceiro poderes para plenamente atuar em seu nome. Enfim, são negócios celebrados no interesse exclusivo do outorgado, correspondendo, via de regra, a situação jurídica em que o outorgante já viu os seus fins plenamente realizados. Subjacente ao contrato de mandato em causa própria, são localizáveis, frequentemente, outros negócios (contratos atípicos ou contratos interligados). Assim, como os fins almejados pelo outorgante já foram atendidos, conferem-se poderes ao mandatário para, dali em diante, atuar em seu próprio interesse." [27]

> "O mandato ou procuração em causa própria (in rem suam) é uma exceção à vedação do autocontrato.
> Sua utilização é extremamente comum para a celebração de contratos de compra e venda, com o fito de facilitar a transmissão da propriedade, evitando a necessidade da 'presença física' do alienante, admitindo-se a sua 'presença jurídica' por meio do mandatário, que é o principal interessado no cumprimento do negócio.
> Assim, a procuração em causa própria é estabelecida no interesse exclusivo do mandatário, que recebe poderes para desempenhar o mandato, com a transmissão de bem de titularidade do mandante em seu favor (...)." [28]

A característica principal do mandato sem representação, que o distingue daquele com representação (representação contratual normal, em que o outorgado age em nome do outorgante, para defender os interesses do próprio outorgante – artigos 1.1178 e 1.179[29]), decorre dos seus efeitos e dos desmembramentos jurídicos, principalmente na fase pós celebração. É fato que, no exercício de direito potestativo, a regra é que o mandante pode revogar o instrumento de representação a qualquer tempo, por se tratar de um negócio jurídico que tem imbuído o elemento da fidúcia, de confiança, em relação ao mandatário.

---

[27] DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil vol. 4 – Contratos**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013, pag. 924.

[28] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil vol. 4, tomo 2 – Contratos em Espécie**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pag. 387.

[29] Seguem os dispositivos em comento:

SECÇÃO V
Mandato com representação

ARTIGO 1178º
(Mandatário com poderes de representação)

1. Se o mandatário for representante, por ter recebido poderes para agir em nome do mandante, é também aplicável ao mandato o disposto nos artigos 258º e seguintes.
2. O mandatário a quem hajam sido conferidos poderes de representação tem o dever de agir não só por conta, mas em nome do mandante, a não ser que outra coisa tenha sido estipulada.

ARTIGO 1179º
(Revogação ou renúncia da procuração)

A revogação e a renúncia da procuração implicam revogação do mandato.

Porém, como no mandato sem representação, o representante (outorgado/mandatário) age em seu nome, na defesa de seus direitos, não há como permitir que o representado (outorgante/mandante) mantenha a liberdade de revogar a procuração, o que inviabilizaria o negócio jurídico como um todo e a razão de ser do instituto. Assim, como não poderia deixar de ser, o legislador português positivou a figura da irrevogabilidade do mandato sem representação, excepcionando as hipóteses de justa causa, como se apura do item 2, do art. 1.170[30]:

> **ARTIGO 1170º**
> **(Revogabilidade do mandato)**
> 1. O mandato é livremente revogável por qualquer das partes, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação.
> **2. Se, porém, o mandato tiver sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro, não pode ser revogado pelo mandante sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa.**

Pedro Pais de Vasconcelos esclarece que a procuração somente poderia ser revogada por quem possui interesse. Como a procuração em causa própria (mandato sem representação) teria como principal interessado o representante, não haveria como permitir que o representado tivesse a liberalidade de revogá-la.

> "A fundamentação da irrevogabilidade da procuração reside (…) no princípio segundo o qual os poderes atribuídos no interesse de uma pessoa só podem ser revogados por essa mesma pessoa." [31]

Existe relevante precedente do Tribunal da Relação de Lisboa que, com clareza, enfrenta e explica a questão, como se depreende do sumário (ementa) abaixo:

> "I – O mandato sem representação é o contrato pelo qual uma pessoa (mandante) confia a outra (mandatário) a realização, em nome desta mas no interesse e por conta daquela, de um acto jurídico relativo a interesses pertencentes à primeira, assumindo a segunda a obrigação de praticar esse acto.
>
> II- Opõe-se ao mandato com representação, sendo que neste o mandante conferiu poderes de representação ao mandatário, pelo que este tem o dever de agir, não só por conta, mas também em nome do mandante, a não ser que outra coisa tenha sido estipulada (art 1178º/2).

---

[30] A legislação lusitana, extremamente legalista e redundante, repete a regra no item 3, do art. 256, ao versar sobre extinção do instrumento que materializa a representação (a procuração – art. 262), *verbis*:

> **ARTIGO 265º**
> **(Extinção da procuração)**
> 1. A procuração extingue-se quando o procurador a ela renuncia, ou quando cessa a relação jurídica que lhe serve de base, excepto se outra for, neste caso, a vontade do representado.
> 2. A procuração é livremente revogável pelo representado, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito de revogação.
> **3. Mas, se a procuração tiver sido conferida também no interesse do procurador ou de terceiro, não pode ser revogada sem acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa.**

[31] DE VASCONCELOS, Pedro Pais – **Procuração Irrevogável**. Coimbra: Almedina, 2002, pag. 111.

> III -Não modifica a natureza ao mandato sem representação a circunstância do terceiro com quem contrata o mandatário ter conhecimento da pessoa por conta de quem este age, embora seja lícito ao mandatário sem representação ocultar junto do mesmo, se for do seu interesse, a sua posição em relação ao mandante.
>
> IV - O mandatário que age em nome próprio fica sendo titular dos direitos adquiridos em execução do mandato, sendo já num segundo momento que, e, em cumprimento das suas obrigações contratuais com o mandante, deve transferir para este a titularidade desses direitos. Se adquiriu coisas, deve entregá-las ao mandante, transferindo simultaneamente os respectivos direitos reais; se adquiriu créditos, deve cedê-los.
>
> V - O nº 2 do art 1181º confirma, em relação aos créditos, a tese de que a execução do mandato sem representação produz os seus efeitos na esfera do mandatário e não do mandante, pois só assim se compreende a possibilidade da substituição: o direito é do mandatário, enquanto não for transferido."
> (Apelação no processo n.º 448/07.0TBRMR.L1-2, relatado pela juíza Teresa Albuquerque, julgado em 17/12/2014, por unanimidade)

E, como se não bastasse o diferencial da irrevogabilidade do negócio jurídico, o curioso é que nem a morte do mandante extinguiria os efeitos do mandato sem representação, pois ainda assim persistiria (mesmo após o óbito do mandante, repita-se) o interesse do negócio por parte do mandatário. Esse é o teor do art. 1.175:

> **ARTIGO 1175º**
> **(Morte, interdição ou inabilitação do mandante)**
> A morte, interdição ou inabilitação do mandante não faz caducar o mandato, quando este tenha sido conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro; nos outros casos, só o faz caducar a partir do momento em que seja conhecida do mandatário, ou quando da caducidade não possam resultar prejuízos para o mandante ou seus herdeiros.

Os efeitos do mandato sem representação, no que se refere ao falecimento do mandante e da irrevogabilidade do instrumento, são rigorosamente os mesmos no Código Civil Brasileiro, ante a clareza do sucinto e objetivo artigo 685 (já transcrito). O Superior Tribunal de Justiça tem paradigmal precedente sobre a impossibilidade de a procuração em causa própria perder a eficácia após a morte do mandante:

> "Civil e Processo Civil. Ação de imissão na posse. Direitos hereditários. procuração em causa própria. Contrato distinto do mandato tradicional. Transferência de direitos. Morte do promitente-vendedor. Irrelevância. Validade do instrumento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.
> i - Pelo contrato de mandato em causa própria, o mandante transfere todos os seus direitos sobre um bem, móvel ou imóvel, passando o mandatário a agir por sua conta, em seu próprio nome, deixando de ser uma autorização, típica do contrato de mandato, para transformar-se em representação.
> ii - Ao transferir os direitos, o mandante se desvincula do negócio, não tendo mais relação com a coisa alienada, pelo que não há que se falar em extinção do contrato pela morte do mandante. O contrato permanece válido e, em consequência, a procuração, que e sua forma, mesmo depois do decesso do vendedor.

> iii - Esse posicionamento, ademais, ajusta-se ao entendimento segundo o qual a promessa de compra-e-venda somente reclama inscrição do instrumento para sua validade e eficácia perante terceiros, mostrando-se hábil a obtenção da adjudicação compulsória em relação ao promitente vendedor independentemente desse registro."
> (Recurso Especial n.º 64.457, da 4ª Turma do STJ, julgado em 08/10/1997, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Por fim, após explanar, ainda que brevemente, sobre o mandato com representação e o mandato sem representação – o último que é o cerne do presente trabalho –, é de se concluir a trifeta (hat-trick) da representação no direito português, discorrendo sobre a gestão de negócios que, nada mais é, do que a representação sem o mandato, isto é, sem negócio jurídico prévio. Seguem a integra dos artigos 464 a 472, do CC/PT[32]:

> **SECÇÃO III**
> **Gestão de negócios**
>
> **ARTIGO 464º**
> **(Noção)**
> Dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada.
>
> **ARTIGO 465º**
> **(Deveres do gestor)**
> O gestor deve:
> a) Conformar-se com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes;
> b) Avisar o dono do negócio, logo que seja possível, de que assumiu a gestão;
> c) Prestar contas, findo o negócio ou interrompida a gestão, ou quando o dono as exigir;
> d) Prestar a este todas as informações relativas à gestão;
> e) Entregar-lhe tudo o que tenha recebido de terceiros no exercício da gestão ou o saldo das respectivas contas, com os juros legais, relativamente às quantias em dinheiro, a partir do momento em que a entrega haja de ser efectuada.
>
> **ARTIGO 466º**
> **(Responsabilidade do gestor)**
> 1. O gestor responde perante o dono do negócio, tanto pelos danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, como por aqueles que causar com a injustificada interrupção dela.

[32] O instituto também está presente na codificação brasileira, com o mesmo *nomen iuris* de Gestão de Negócio. Deve-se aclarar na presente nota que a norma do Brasil aproxima o instituto ao mandato, pois, caso o interessado venha a ratificar o que foi feito pelo gestor, aplicar-se-ão as regras da representação. Seguem os artigos 861 e 873:

> Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.
>
> Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

2. Considera-se culposa a actuação do gestor, quando ele agir em desconformidade com o interesse ou a vontade, real ou presumível, do dono do negócio.

ARTIGO 467º
(Solidariedade dos gestores)
Havendo dois ou mais gestores que tenham agido conjuntamente, são solidárias as obrigações deles para com o dono do negócio.

ARTIGO 468º
(Obrigações do dono do negócio)
1. Se a gestão tiver sido exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, é este obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemnizá-lo do prejuízo que haja sofrido.
2. Se a gestão não foi exercida nos termos do número anterior, o dono do negócio responde apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa, com ressalva do disposto no artigo seguinte.

ARTIGO 469º
(Aprovação da gestão)
A aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no n.º 1 do artigo anterior.

ARTIGO 470º
(Remuneração do gestor)
1. A gestão não dá direito a qualquer remuneração, salvo se corresponder ao exercício da actividade profissional do gestor.
2. À fixação da remuneração é aplicável, neste caso, o disposto no n.º 2 do artigo 1158º.

ARTIGO 471º
(Representação sem poderes e mandato sem representação)
Sem prejuízo do que preceituam os artigos anteriores quando às relações entre o gestor e o dono do negócio, é aplicável aos negócios jurídicos celebrados por aquele em nome deste o disposto no artigo 268º; se o gestor os realizar em seu próprio nome, são extensivas a esses negócios, na parte aplicável, as disposições relativas ao mandato sem representação.

ARTIGO 472º
(Gestão de negócio alheio julgado próprio)
1. Se alguém gerir negócio alheio, convencido de que ele lhe pertence, só é aplicável o disposto nesta secção se houver aprovação da gestão; em quaisquer outras circunstâncias, são aplicáveis à gestão as regras do enriquecimento sem causa, sem prejuízo de outras que ao caso couberem.
2. Se houver culpa do gestor na violação do direito alheio, são aplicáveis ao caso as regras da responsabilidade civil.

De todas as definições do instituto denominado gestão de negócios, convém transcrever os ensinamentos provenientes da obra Inocêncio Galvão Telles que, como a sua acurácia conceitual, assevera que:

> "Por vezes uma pessoa, sem ter recebido do interessado poderes de representação, celebra em nome dele um contrato. Verdadeiramente, procede como simples gestor de negócios, quer invoque esta qualidade, quer a qualidade que não possui, de representante." [33]

Da parte brasileira, é de vital importância rememorar as lições do mestre Silvio Rodrigues que, ainda no Código de 1916, demonstrava a real função da gestão de negócios:

> "Já verificamos que o mandatário que excede os poderes do mandato atua como gestor de negócios. Essa, de fato, a idéia de gestão de negócios. Ela ocorre quando alguém age em nome de outrem, sem ter mandato para tal. Ou, no conceito de COELHO DA ROCHA (Instituições, v. II, §800), a gestão é a administração voluntária de negócios alheios, feita sem procuração.
> Trata-se, no mais das vezes, de um ato de altruísmo, em que o gesto, com intuito de evitar um prejuízo para o dono do negócio, porventura ausente, embora sem estar por ele autorizado, ou pela lei, toma a iniciativa de intervir na órbita de interesses daquele, para preservá-los, atuando como atuaria o dono da coisa, se ali estivesse."[34]

Conclusão

Com isso posto, vê-se que o contrato denominado Mandato sem Representação, previsto nos artigos 1.180 ao 1.184, do Código Civil Português, é negócio jurídico relevante, com extrema aplicabilidade nas situações atuais, traçando evidente paralelo com a procuração em causa própria brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Octávio Manuel Gomes. Público [Em linha]. Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/contrato_de_mandato.htm [Consult. 30 outubro 2020].

COELHO, Fabio Ulhoa – **Curso de Direito Civil Parte Geral** – Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6684-4

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil** vol. 4 – Contratos. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2013

DE VASCONCELOS, Pedro Pais – **Procuração Irrevogável**. Coimbra: Almedina, 2002

[33] TELLES, Inocêncio Galvão – Manual dos Contratos em Geral. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, pag. 435.

[34] RODRIGUES, Silvio – Direito Civil – Volume 3 – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de vontade. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, pag. 292.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. – **Teoria Geral da Relação Jurídica** – vol. 1. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1983. ISBN 978-97-240-04259

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo – Novo Curso de Direito Civil, vol. 4, tomo 2 – Contratos em Espécie. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto – **Um Novo Paradigma dos Contratos**?. Público [Em linha]. [Consult. 30 outubro. 2020]. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510

NADER, Paulo – **Curso de Direito Civil** Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6355-2

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – **Comentários ao Código de Processo Civil** – Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973

RODRIGUES, Silvio – Direito Civil – Volume 3 – **Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de vontade**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva

TELLES, Inocêncio Galvão – **Manual dos Contratos em Geral**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora

VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro – **Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust. Público** [Em linha].Disponível em http://sww.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532 [Consult. 30 outubro 2020].

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i1.31

DANO EXTRAPATRIMONIAL E O DIREITO DO TRABALHO: JUDICIALIZAÇÃO CONSCIENTE OU BANALIZADA? O IMPACTO DA REFORMA TRABALHISTA

EMOTIONAL DISTRESS DAMAGES IN LABOUR CLAIMS: CONSCIOUS OR BANAL JUDICIALIZATION? THE IMPACT OF LABOR REFORM

Andriele Karine Pedralli Farias[1]

Resumo: A reparação indenizatória do dano moral, consequência do assédio sofrido no ambiente de trabalho, é um recurso indispensável e de incontestável importância para permitir a necessária compensação para violação moral, física ou psíquica sofrida pelo trabalhador. O presente artigo traz, contudo, um contraponto: estamos diante da utilização consciente das ações indenizatórias em face da violação dos direitos da personalidade, ou estamos utilizando de forma trivial e banalizada o instituto do "dano moral"? A Reforma trabalhista abre um novo cenário inserindo na CLT os artigos 223-A e seguintes para tratar das ações cujo objeto seja o dano extrapatrimonial. Não somente no que se refere ao dano moral, mas de uma forma geral, a Lei nº 13.467/2017 parece propor o ajuizamento de ações de forma mais consciente, ou a sua consequência: arcar com as despesas processuais, como por exemplo honorários de sucumbência e periciais, uma inovação na Justiça do Trabalho - palco no qual a gratuidade da Justiça para os trabalhadores sempre imperou; ou até mesmo incorrer nas penas de litigância de má-fé, face ao abuso do direito constitucional de ação.

Palavras-chave: Assédio moral; dano extrapatrimonial; judicialização; Reforma Trabalhista.

Abstract: The institute of damages for emotional distress as a result of harassment in the workplace is an indispensable and undisputed resource to allow the necessary compensation for moral, physical or mental violation. The present article, however, has a counterpoint: are we aware of the conscious use of indemnity actions in the face of violation of personality rights in employment relationships, or are we trivially using the "moral damage"? Labor reform opens a new scenario by inserting articles 223-A and following in the CLT to deal with actions whose object is off-balance sheet damage. Not only with regard to moral damage, but in general, the Law nº 13.467 / 2017 seems to propose filing lawsuits more consciously, or their consequence: to bear the procedural expenses, such as court fees and forensic experts, an innovation in Labor Justice - a stage in which the gratuity of Justice for workers has always reigned; or even incurring bad faith litigation penalties, given the abuse of the constitutional right of action.

Keywords: Harassment; Emotional Distress Damage; Judicialization, Labor Reform.

Introdução

[1] FARIAS, Andriele Karine Pedralli. Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Pós-Graduada latu sensu pela Escola da Magistratura do Paraná. Coautora do livro Perspectivas luso-brasileiras na resolução alternativa de conflitos. Porto Alegre/RS, Brasil. andrielekpedralli@gmail.com

Estudos recentes na Europa revelam que uma percentagem notável dos trabalhadores já foi vítima de assédio moral no ambiente de trabalho. As consequências são graves, e se traduzem em esgotamento, estresse, desestruturação emocional. Deve-se atentar que os números são elevados e a frequência das violações são costumeiras, o que é inadmissível em países que têm a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais como alicerces do ordenamento jurídico[2].

No Brasil, pesquisas revelam que metade dos trabalhadores já sofreu assédio no trabalho e muitas mulheres já vivenciaram um constrangimento ainda mais grave, que é o assédio sexual[3].

O presente artigo reconhece e enaltece a importância do instituto da reparação civil como forma de amparar judicialmente as vítimas de violações psicológicas ou físicas. Faz-se, contudo, um contraponto sobre a utilização despropositada do instituto e a consequente banalização do dano moral.

De fato, o número de ações trabalhistas no Brasil cujo objeto é a reparação do dano extrapatrimonial é muito elevado. Comenta-se que o dano moral se transformou em um apenso de toda ação.

O ajuizamento de ações que objetivam indenização por danos morais deveria ser limitado exclusivamente a casos de agressões desmedidas e arbitrárias do empregador ou seus prepostos, ou que haja ao menos uma 'razoável' possibilidade de discussão quanto à caracterização de uma dessas situações.

Certamente, muitos trabalhadores enfrentam ambientes de trabalho extremamente nocivos do ponto de vista psicológico e obrigam-se a lidar com metas abusivas, assédio sexual e comportamentos desrespeitosos, exposição vexatória, controle da vida privada, discriminação sexual e racial, isolamento e punições públicas. Lamentavelmente, muitos desses casos não são denunciados ou judicializados apesar da sua gravidade. Em sentido oposto, milhares de ações buscam o arbitramento de indenizações vultosas sem que o fato configure essencialmente uma lesão imaterial digna de reparação à vítima e de uma resposta à sociedade.

Nesse contexto, a indenização não é devida se fundada em aborrecimentos cotidianos, desapontamentos e desgostos rapidamente superáveis. Fatos assim, embora desagradáveis,

[2] PARREIRA, Isabel Ribeiro. Assédio Moral no Trabalho. *In* MOREIRA, António. Coord. - **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho.** p. 210.
[3] BARIFOUSE, Rafael - **Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa. 15 jun,2015.** [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2020]. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb

fazem parte do contexto dos relacionamentos de vida ou de trabalho. Dito de outro modo, nem todo dissabor ocorrido nas relações de trabalho caracteriza um dano passível de indenização.

Não é de hoje que a matéria é enfrentada corriqueiramente pelos Tribunais do país, seja na seara da justiça comum ou federal. Estatísticas antigas já estampavam a preocupação com o crescente número de ações em busca da reparação civil pelo dano moral[4].

A par da dificuldade de se estabelecer parâmetros, rotular de dano moral toda e qualquer contrariedade, desvirtua o real sentido do instituto, desprestigia a sua relevância histórica e fragiliza a importância que deve ser dada para aqueles casos que realmente precisam da tutela legal e constitucional.

A crescente litigiosidade acarreta morosidade e descortina a falta de estrutura do Poder Judiciário. O astronômico acervo processual vem de encontro com a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional e garantir a razoável duração do processo**,** catalogada no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse cenário surge a Lei nº. 13.467 de 13 de julho de 2017 que acrescentou à CLT os artigos 223-A a 223-G. Dentre outras disposições, quantificou-se o dano moral com valores fixos. Em que pese a constitucionalidade questionada[5], a intenção da lei foi mensurar as importâncias arbitradas com razoabilidade e proporcionalidade.

Aparentemente a reforma trabalhista também visa espelhar maior responsabilidade no ajuizamento das ações ao incluir o pagamento de honorários de sucumbência, honorários periciais mesmo para beneficiários da justiça gratuita, além da imposição de multa aos litigantes de má-fé.

Feita essas considerações, o presente artigo objetiva analisar os números da litigiosidade que na justiça do trabalho são monumentais, sobretudo os pedidos de indenização por dano moral. Estaríamos diante da "indústria do dano moral" com a utilização trivial de um instituto cuja importância histórica e jurídica é irrefutável na proteção da personalidade e dignidade humanas? Sem a pretensão de esgotar o assunto pretende-se também investigar se a nova lei reduziu o número de ações e por fim proporcionar uma reflexão sobre a judicialização consciente.

O Assédio Moral em Breves Linhas

[44] ERDELYI, Maria Fernanda - **Explode o volume de ações por danos morais no país.** [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2020]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-jul-21/explode_volume_acoes_danos_morais_pais#author.

[5] ADIs 5.870 e 6.069

O assédio moral no ambiente de trabalho configura-se através de perseguição, exercida de forma constante e repetida sobre um trabalhador[6], "prosseguida de forma subversiva, e extremamente destrutiva por via do efeito cumulativo de microtraumatismos frequentes e repetidos"[7].

As consequências do assédio são complexas, pois a vítima acaba totalmente desmotivada a trabalhar, sente-se humilhada "e os ataques de que é constantemente vítima normalmente originam distúrbios psicossomáticos ou mesmo perturbações mentais[8]".

O assédio moral não é um fenômeno novo, mas pode-se dizer que os estudos científicos são relativamente recentes e a abordagem é diferente em cada país. Reconhece-se, contudo, a ocorrência da impertinência desse comportamento no mercado de trabalho de todas as culturas, não obstante a ausência ou a dificuldade de dados estatísticos acerca do tema[9].

Dentre as várias terminologias, encontramos o termo americano *harassment* que surgiu em 1976 referindo-se ao ataque, à perseguição, a violências físicas de cunho sexual. Em l996, nos Estados Unidos surge o termo *mobbing* que faz referência a uma ideia mais genérica de assédio, que se identifica com um comportamento hostil e repetitivo sobre uma terminada pessoa, causando-lhe um estresse psicossocial[10].

> O *mobbing*, ou assédio moral, é um abuso do direito, e, como tal, um ato ilícito e antijurídico. (...) Além disso, no plano psíquico, a vítima responde de modo inadequado à tensão do ambiente de trabalho, descompensa-se, perde o eixo, tem dificuldade de aprendizagem, insônia, pesadelos, impotência, amenorreia, bulimia, insegurança, apatia, transtornos de humor, angústia e depressão crônicas, destrói, voluntariamente, os poucos laços afetivos que lhe restam e evita restabelecer novos vínculos, isolando-se num gueto do qual dificilmente sairá sem ajuda terapêutica. (FONSECA, 2009. p. 54-56)

O *mobbing* é o comportamento de perseguição que leva o ambiente de trabalho a se tornar um lugar hostil, degradante, de terrorismo psicológico contra um trabalhador que sofrerá danos físicos e psíquicos, tornando-o menos produtivo, mais susceptível de erros, conduzindo-o a ser demitido ou a pedir demissão. Pode ocorrer de forma vertical ou horizontal a depender do agente agressor, se é um superior, ou até mesmo um colega de trabalho[11].

---

[6] PARREIRA, Isabel Ribeiro - Assédio Moral no Trabalho. In MOREIRA, António, Coord. - **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho**. p. 209.
[7] Idem-**Op. Cit**. p.214.
[8] LEITÃO, Luiz Manoel Teles de Menezes – **Direito do Trabalho**. p. 180.
[9] PARREIRA, Isabel Ribeiro - Assédio Moral no Trabalho. In MOREIRA, António, Coord. - **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho** .p. 209.
[10] Idem - **Op.cit.** p. 223.
[11] ARUDA, Inês - **Mobbing ou assédio moral no local de trabalho. Análise do fenómeno à luz do ordenamento jurídico português.** Artigo disponível na Biblioteca da Procuradoria Geral da República em Lisboa. p. 108-109.

Para além dos agentes, tem ainda relevância os *side mobbers*, que embora não participantes no assédio, assistem como espectadores passivos à conduta hostil, contribuindo assim para a lesão da vítima[12].

As consequências da prática do assédio moral para o empregador também são negativas e vão além da produtividade do trabalhador ser afetada. O próprio ambiente de trabalho é prejudicado e impede o crescimento da empresa. Sem contar que a rotatividade e a substituição de trabalhadores já têm seu custo e esse custo é ainda majorado se a empresa tiver que pagar indenizações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Ademais, a imagem da empresa fica prejudicada no mercado e perante a sociedade[13].

Sem dúvidas que o empregador, detentor do poder diretivo, é o principal agente causador e responsável pela violência psicológica desferida contra o empregado, seu subordinado. "O que ocorre no assédio é que as atitudes do agressor extrapolam o poder patronal e atingem a pessoa do empregado (...)", e se concretizam, por exemplo, com o desprezo, o isolamento do trabalhador, a exigência de metas inatingíveis e a exposição do empregado a situações humilhantes que objetivam, muitas vezes, forçar o desligamento do empregado, ou simplesmente abalar a sua dignidade[14].

A responsabilidade civil do empregador como agente direto e assediante é subjetiva, desde que presentes os elementos dano, ato ilícito e nexo causal e decorre do dever contratual do empregador de proteger e ser leal ao empregado. O empregador também poderá ser responsabilizado de forma indireta, quando por exemplo o ato for praticado por seu preposto, conforme o art. 932, III, do novo Código Civil Brasileiro[15].

No caso de acidentes do trabalho, no entanto, a tendência é que a responsabilidade do empregador seja objetiva, sobretudo nas atividades de risco[16], nos termos do artigo 927 do Código Civil.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, podem ser exemplos de violação moral do indivíduo o assédio sexual, limitação de uso de banheiro, filmagem de vestiários, revistas íntimas, controle de correspondências,[17] críticas injustificadas ao trabalho e desempenho,

---

[12] REGINA REDINHA, Estudos Raúl Ventura, II, p. 836, *apud* LEITÃO, Luiz Manoel Teles de Menezes – **Direto do Trabalho**. p. 180

[13] MORI, Amaury Haruo - O Assédio Moral e os Direitos de Personalidade do Trabalhador. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** p. 56.

[14] BRUGINSKI, Marcia Kazenoh **-** Assédio Moral no Trabalho - Conceito, Espécies e Requisitos Caracterizadores. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** p. 32-34.

[15] NETO, José Affonso Dallegrave - O Assédio Sexual e Moral e a sua Prova na Justiça do Trabalho. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** p. 16-17.

[16] DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho.** p. 738-740.

[17] DELGADO, Maurício Godinho – **Princípio de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. p. 160.

isolamento do trabalhador dos demais colegas, delegar um trabalho capaz de lesar a saúde do trabalhador, dentre outros[18].

Inquestionável que a violação do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem decorrente de um ato ilícito confere ao titular da lesão o direito à indenização por danos materiais e morais como forma de reparar os danos psíquicos ou físicos sofridos. A necessidade de compensação decorre da necessidade de custear eventual tratamento médico ou psicológico, ou suportar a impossibilidade da vítima retornar ao mercado de trabalho, seja por uma sequela física, seja por ter sofrido repercussões negativas no seu âmbito moral[19].

O ordenamento jurídico vale-se dos princípios gerais de direito e constitucionais para conferir ao trabalhador o máximo de proteção dos seus direitos inerentes a personalidade humana. O mais importante é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

A indenização por danos morais tem fundamento na Constituição Federal, artigo 5º, incisos III, V e X. De acordo com ela, ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e o direito de resposta, quando cabível, será assegurado sem prejuízo da reparação do dano material ou moral. Portanto, a consequência do assédio moral é o dano moral causado ao trabalhador e embora menos frequente, ao empregador.

"A prática de violência laboral afronta pelo menos dois princípios fundamentais da Constituição Federal brasileira de 1988: a dignidade humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incisos III e IV), além de outros dispositivos em legislações infraconstitucionais"[20].

O Código Civil de 2002 estabelece em seus artigos 186, 187 e 927, a obrigação de reparação àquele que por ato ilícito, causar dano a outrem.[21]. De acordo com o princípio contido no art. 186 do Código Civil Brasileiro, é necessário que exista o dano decorrente de uma conduta antijurídica, imputável a uma pessoa como pressuposto da responsabilidade civil. A consequência é a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado[22].

A doutrina da responsabilidade civil evoluiu ao longo do tempo para proporcionar mais garantias à vítima. "No sistema de reparação civil contemporâneo, a proteção à pessoa humana

[18] MORI, Amaury Haruo - O Assédio Moral e os Direitos de Personalidade do Trabalhador. In **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** p. 49.
[19] CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; Et.al **- Comentários à Constituição do Brasil**. p. 584-585.
[20] BENDER, Mateus - **O assédio moral no trabalho no Rio Grande do Sul no início do século XXI: Uma perspectiva sociológica**. p. 302.
[21] LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**:**Institui o Código Civil. **Planalto**. [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm
[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Responsabilidade Civil**. p. 62

desempenha papel central. A responsabilidade civil desloca seu foco do agente causador para a vítima do dano injusto, alterando-se os critérios da reparação[23]".

Os requisitos clássicos da responsabilização empresarial são: dano; nexo causal e culpa. O dano moral é de difícil comprovação, insuscetível de prova, e em certas situações é mais subjetivo, mas o fato deflagrador deve ser provado[24].

A reparação do dano moral trabalhista pode ocorrer através de uma sanção ou reparação *in natura*, ou seja, na forma de reparação, de tentativa de buscar reparar efetivamente o ocorrido, com o pagamento de uma cirurgia plástica a minimizar o dano estético, por exemplo, "buscando retornar à sua situação anterior ao dano, ou seja, trazendo o ofendido o mais possível ao *status quo ante*, pressuposto do princípio do *restitutio in integro*[25]".

A compensação pelo dano moral pode ocorrer *in pecúnia*, como de fato é o mais comum, mediante o pagamento da indenização em dinheiro, como forma de neutralizar os sentimentos negativos. "O dinheiro seria apenas um lenitivo que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos e humilhações"[26].

A Lei nº. 13.467/201 passa a adotar a expressão dano extrapatrimonial, da mesma forma que este instituto é denominado em Portugal, na Itália e Alemanha[27]. A expressão "dano extrapatrimonial" é utilizada para abarcar um amplo gênero, do qual dano moral, dano à pessoa, dano estético, e dano existencial são espécies[28].

Importante referir que o dano moral em ricochete, ou via reflexa parece não estar incluído no art. 223-B introduzido pela reforma trabalhista. O dispositivo prevê que o trabalhador é o titular exclusivo do direito à indenização reforma trabalhista.

Abrimos um parêntese para acrescentar que para muitos a intenção do legislador foi a de retirar dos dependentes do trabalhador o direito de acessar a justiça, pelos danos morais reflexos sofridos em caso de acidente, invalidez ou morte do trabalhador.

---

[23] Idem-**Op-Cit.** p. 29.
[24] DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho.** p. 738-740.
[25] SANTOS, ENOQUE RIBEIRO DOS – **O dano moral na dispensa do empregado.** p.258
[26] Idem-**Op. Cit**. p. 259.
[27] SANTOS, Enoque Ribeiro dos - **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** p.8-9. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 27 Set. 2019]. **Disponível em** https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/535697062/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13467-2017-reforma-trabalhista-apos-o-advento-da-mp-808-2017
[28] ANAMATRA, Associação Nacional dos Juízes do Trabalho - **Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação.** p. 2. [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2019]. Brasília: 2018, [sd]. Disponível em https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27005-danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao

Sobre o tema sugerimos conferir os enunciados 18 e 20 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e fechamos o parêntese, certos de que o presente debate encontrará palco em um futuro artigo.

Judicialização consciente ou massificada da reparação civil por dano moral?

Não há dúvidas de que se deve reconhecer judicialmente a necessidade de se proteger a saúde psicológica e dos trabalhadores através de demandas sociais[29].

Ao Poder Judiciário compete diferenciar meros desagrados e o terror psicológico no ambiente laboral, "ou seja, nem toda forma de agressão psicológica à pessoa configura o assédio moral; esse tem conotação mais grave, seja pela natureza da conduta, o modo como ocorre a lesão, seja em razão das possíveis repercussões no psiquismo da vítima, da gravidade do dano. De mais a mais, deve o dano moral ser de tal gravidade que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Mero dissabor, aborrecimento, desconforto emocional, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do chamado dano moral"[30].

A Justiça brasileira se vê sobrecarregada e os julgadores se deparam com inúmeras ações que objetivam a reparação civil com base em pretenso abalo moral. Nesse campo é evidente a massificação de pedidos frágeis e desfundamentados que em nada configuram uma lesão aos direitos da personalidade. São meras adversidades e dissabores próprios do cotidiano e não ensejam qualquer compensação.

A título de exemplo, o Tribunal de São Paulo já julgou uma ação reparatória por conta de um faqueiro ter sido entregue em uma **caixa de papelão e não de madeira**. Outro caso, levado até a última instância foi a **perda de uma frasqueira** contendo objetos pessoais. As ações foram julgadas improcedentes, pois não configuram dano moral indenizável. O Tribunal de Santa Catarina não admitiu a pretensão indenizatória de uma adolescente diante de uma suposta desolação moral causada pelo fato de **ter sido barrada na entrada de um baile de gala**, pois não estava devidamente trajada.[31]

---

[29] BENDER, Mateus - **O assédio moral no trabalho no Rio Grande do Sul no início do século XXI: Uma perspectiva sociológica**. p. 302.

[30] TRIBUNAL Regional da 3ª Região. **Processo nº. 2155-70.2011.5.03.0134.** Relator Rel. Des. Ricardo Marcelo Silva e Tribunal Regional da 3ª Região. **Processo nº 1044-22.2012.5.03.0003** Relator. Des. Jorge Berg de Mendonca, *apud* BRUGINSKI, Marcia Kazenoh **-** Assédio Moral no Trabalho - Conceito, Espécies e Requisitos Caracterizadores. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. p. 34 e 35.

[31] Idem- **Op. Cit** .p. 305-308

A Justiça do Trabalho depara-se diariamente com um sem número de casos para julgar, rotulados de "dano moral", contudo são ações que apenas contribuem para a trivialização do instituto como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação que teve por fundamento o fato do trabalhador **ter sido atendido por último pelo médico da empresa**[32]. Por óbvio que esse episódio não enseja dano à honra ou imagem do empregado, conforme sentenciado.

Outra ação julgada improcedente na origem e confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região[33] relatava o **não pagamento das verbas rescisórias** pelo empregador. Constou do voto que "o Direito do Trabalho nasceu para que se assegurasse a dignidade do trabalhador. Este bem personalíssimo, se for atingido, merece reparação (...) Tal indenização é cabível quando, em razão da execução da relação de subordinação existente no vínculo de emprego, a empresa, mediante abuso ou uso ilegal do seu poder diretivo, atinge bens subjetivos inerentes à pessoa do trabalhador(...)"

O voto arremata:

> "Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos". (Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p 80).

Fazendo referência à utilização puerilizada do instituto, a magistrada Eliane Cunha Martins Leite julgou improcedente o pedido de dano moral lastreado no fato de o empregador não ter assinado a CTPS da trabalhadora. Avaliou a julgadora que não obstante a **ausência de registro em CTPS** possa acarretar transtornos à vida do trabalhador, não é possível inferir um dano presumido por esse fato. "O descumprimento de normas legais por parte da reclamada

---

[32] TRIBUNAL Regional do Trabalho de Goiás – **Acórdão com o nº . 0000703-73.2012.5.18.0101** de 12 de dezembro de 2012**.**Relatora ELZA CÂNDIDA DA SILVEIRA [Em linha]. [Consult. 21 Set. 2019]. Disponível em: https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam?p_num_dist=1418&p_ano=2012&p_cidade=194&tipo_proc=RTO&p_num_trt=0&p_ano_trt=0&p_tipo_trt=XX&p_grau_pje=1&dt_autuacao=19%2F03%2F2012&conversationPropagation=begin

[33] Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 0000297-70.2012.5.04.0221** de 13/06/2013. Relator André Reverbel Fernandes. Disponível em https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/ejus2/mmjyQdWxfMEzpyQRZeBjBg?&tp

não implica automática condenação em indenização por danos morais, sob pena de banalização desse instituto"[34].

Danos efetivos na esfera subjetiva de um indivíduo configuram dor, sofrimento, amargura, desolação, capazes de retirar a pessoa do seu equilíbrio cotidiano, da sua normalidade. A ausência de registro na CTPS do trabalhador, apesar de configurar o descumprimento contratual por parte do empregador, na esfera íntima do trabalhador repercute como uma contrariedade, uma insatisfação, um incômodo. E é assim, porquanto problemas, adversidades e aborrecimentos e meros dissabores são inerentes à jornada da vida.

Poderíamos citar dezenas de exemplos que demonstram a movimentação de todo o aparelho judiciário em busca de uma reparação pautada em uma simples contrariedade, um transtorno, fatos que embora incômodos não espelham uma grave e profunda afronta à pessoa, à sua imagem ou intimidade, ou seja, não se trata de um dano indenizável. São judicializadas situações como exigências profissionais dentro do aceitável, aumento do volume de trabalho, uso de mecanismos tecnológicos de controle, dentre outros[35].

Alguns magistrados inclusive explicitam o desgosto e o inconformismo com a enxurrada de ações despropositadas:

> Chega a ser triste ver no que se transformou o dano moral, instituto jurídico de tamanha relevância e cuja construção teórica demandou anos e anos de discussão doutrinária entre os maiores pensadores do Direito, até se alcançar sua aceitação teórica, jurisprudencial e, finalmente, constitucional, mas que, hodiernamente, nesta Especializada, é tratado como se fosse um mero apenso à violação da legislação[36].

Da relatoria do magistrado Jorge Luis Costa Beber temos mais um exemplo:

> "Busca-se ressarcimento para tudo, inclusive para casos flagrantemente descabidos, motivados por bizarrias de toda a ordem, verdadeiras extravagâncias jurídicas, indigitando ao instituto o inocultável estigma de indústria". (TJ-SC - AC: 20120484636 SC 2012.048463-6 (Acórdão), Relator:, Data de Julgamento: 10/07/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado)[37].

---

[34] TRIBUNAL Regional do Trabalho do Amazonas. **Acórdão nº. 0000876-98.2019.5.11.0052** de 29 de julho de 2019. Relatora Eliane Cunha Martins Leite. [Em linha]. [Consult. 21 Set. 2019]. Disponível em: https://consultajurisprudencia.trt11.jus.br/jurisprudencia/consulta.xhtml.

[35] SECRETARIA de Comunicação Social do TST - **Cartilha de prevenção ao assédio moral**. p. 12 . Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457

[36] TRIBUNAL Regional do Trabalho de Minas Gerais**. Acórdão nº 0001209-84.2013.5.03.0019** de 26 de setembro de 2014. Relatora Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa. . [Em linha]. [Consult. 21 Set. 2019]. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=3449581.

[37] TRIBUNAL de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão nº 20120484636 SC 2012.048463-6** de 10 de julho de 2013. Relator: Jorge Luis Costa Beber. [Em linha]. [Consult. 21 Set. 2019]. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23956002/apelacao-civel-ac-20120484636-sc-2012048463-6-acordao-tjsc/inteiro-teor-23956003?ref=amp

Por fim, analisa Flavio Tartuce, que:

> (...) logo após a Constituição Federal de 1988, entendia-se que o dano moral seria, em regra, presumido. No entanto, diante de abusividades e exageros cometidos na prática – a gerar o que foi denominado pela imprensa nacional como uma suposta indústria do dano moral –, passou-se a defender a necessidade da sua prova, em regra. Isso se deu também pela consciência jurisprudencial de que o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos suportados por alguém no seu dia a dia.[38]

É evidente a necessidade de um filtro. O regramento se faz necessário para evitar que o instituto caia em descrédito, tomando-se o cuidado de não se deixar de acolher danos realmente indenizáveis[39].

A trivial alegação de dano moral é talvez hoje um dos assuntos mais recorrentes nas mídias e de enfrentamento diário nos Tribunais. Inegável a complexidade para se apurar quais fatos realmente escapam do razoável e são passíveis de compensação. Da mesma forma, não se pode deixar de reconhecer que muitos pedidos realmente ensejam o amparo judicial.

Se verificados os expressivos números da litigiosidade, forçoso concluir que milhares de pedidos não passam de aventuras jurídicas e para esses é preciso que se imponham consequências. Ademais, a partir do momento que se tem conhecimento que a demanda irresponsável tem seus riscos, evita-se, por efeito, o ajuizamento irresponsável.

A Reforma Trabalhista e o impacto nas ações indenizatórias por dano extrapatrimonial

Este tópico é dedicado a aferir os números da litigiosidade nos últimos anos de acordo com o Conselho Nacional de Justiça.

Verifica-se, também, a série histórica de novas ações ajuizadas na Justiça do Trabalho e apresenta-se o quantitativo de processos antes e depois da reforma trabalhista, além do indicativo de ações cujo objeto é a reparação civil decorrente do dano moral.

[38] TARTUCE, Flavio - **Manual de Responsabilidade Civil**. p. 296
[39] Idem.**Op-cit.** p. 301.

Os assuntos indexados como *Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral* ocupam o **segundo lugar** dentre os temas mais demandados na Justiça do Trabalho, atrás apenas de *Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias*[4041].

A Justiça em Números do CNJ também apresenta os assuntos e classes frequentemente demandadas, para se pensar a gestão da jurisdição no Brasil.

Tabela 01 – Série histórica de novas ações:

ANO	CNJ*1	JT*2	OBS
2015	4.058.477[42]		+1,7%
2016	4.262,444[43]	3.700,642[44]	+5,0%
2017	**4.321,842[45]**	3.675.042[46]	- 0,7%
2018*3	**3.460,875[47]**	2.900.573[48]	- 21%
2019	3.530.197[49]	3.056,463	+ 5,4%

*1CNJ – Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números.
*2JT – Fonte: Relatório Geral da Justiça do Trabalho.
*3 2018 – Um ano após a reforma trabalhista.

[40] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**, 2018. Ano base 2017. p.180. [Em linha]. [Consult. 11 Ja. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f5.pdf

[41] Idem**Op.cit.** 2019. Ano base 2018. p.205. [Em linha]. [Consult. 11 Jan.2021]. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/portais/media/341873/Relat%C3%B3rio%20Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmeros%202019%20compilado.pdf

[42] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**, **2016.** Ano base 2015. p. 13. [Em linha]. [Consult. 11Jan. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e4.pdf

[43] Idem**Op.cit**. 2017. Ano base 2016. p. 38. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf

[44] Relatório Geral da Justiça do Trabalho, 2016. p. 41. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250

[45] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números, 2018**. Ano base 2017. p. 31 e 77. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf

[46] Relatório Geral da Justiça do Trabalho. p. 7. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/18640430/4ba05b80-3b67-c57f-2724-133284ddd813

[47]Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números, 2019**. Ano base2018. p. 84. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

[48] Relatório Geral da Justiça do Trabalho, 2018. p. 3. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/18640430/4ba05b80-3b67-c57f-2724-133284ddd813

[49] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números, 2020**. Ano base 2019. p. 95. [Em linha]. [Consult. 17 Jan. 2021]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7aemN%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf

Neste ponto, apresentam-se os quantitativos de processos ingressados entre 2015 e 2019.

Segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016 tivemos 4.262,444 novas ações; em 2017 - 4.321,842; em 2018 - 3.460,875 e em 2019 - 3.530.197.

De forma geral, ao final de 2018 a demanda processual, em comparação com o ano anterior, **reduziu 21,1%,** e representa uma queda histórica[50].

Tabela 02 – Dano moral em números:

ANO	DANO MORAL
2015[51]	704.345
2016[52]	851.791*
2017[53]	**833.466**
2018[54]	**461.823**
2019[55]	390.571

*Montante alcançado pela seguinte soma. Dano moral no Tribunal Superior (18.325), no Segundo Grau (155.869), nas Varas (677.597), haja vistas que no Anuário do CNJ (p. 167) o total difere.

O Conselho Nacional de Justiça informa que em 2015 foram contabilizados 704.345 processos de indenização por dano moral. Em 2016 foram 851.791 casos. Os números mais expressivos se extraem da comparação entre 2017 e 2018, ou seja, antes e após a Reforma Trabalhista. Em 2018 foram **461.823** casos e em 2017 foram **833.466** processos, queda histórica que se seguiu em 2019 com **390.571** ações.

As estatísticas a seguir sumarizam o número total de ações ajuizadas ao longo dos últimos anos e apontam a drástica redução de processos após a Reforma Trabalhista (em praticamente metade!), a indicar que significativa parte das ações tratando do tema eram ajuizadas de forma temerária.

[50] Relatório Geral da Justiça do Trabalho, 2018. p. 3. [Em linha]. [Consult. 11 Jan. 2021]. Disponível em: http://www.tst.jus.br/documents/18640430/4ba05b80-3b67-c57f-2724-133284ddd813

[51] Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**, 2016. Ano base 2015. p. 202. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf

[52] Idem-**Op.cit**. 2017. Ano base 2016. p. 188-190. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf

[53] Idem-**Op.cit**. p. 181. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf

[54] Idem-**Op.cit**. p. 205. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em:file:///C:/Users/andriele.farias/Desktop/justica_em_numeros20190919.pdf

[55] Idem-**Op.cit**. p. 238. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf

A Justiça em números

Os números da litigiosidade são alarmantes. Antes da reforma trabalhista quase um milhão de ações incluíram no rol de pedidos a indenização decorrente do assédio moral. Muitas delas, seguramente ensejam a devida compensação, contudo outras tantas podem estar forçosamente fundamentadas em situações triviais, genéricas que não ensejam qualquer ressarcimento. Embora não se tenha dados precisos das decisões de procedência/improcedência pode-se conjecturar o quão difícil e complexa é a missão do julgador para aferir em cada caso a existência ou não de lesão a um dos direitos da personalidade, como honra, imagem, nome ou identidade.

Após a reforma trabalhista o estoque processual (em todos os ramos da justiça) **diminuiu em mais de um milhão** de processos nos últimos dois anos. Esse resultado foi extremamente positivo, pois, até 2016, o aumento do acervo era recorrente. Em 2017 houve estabilização do estoque, culminando com a queda verificada em 2018. Cabe pontuar que tal resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve sua produtividade, **em que pese a redução de 861 mil novos processos**, ocasionando queda, somente neste segmento de justiça, de 656 mil casos pendentes[56].

Ou seja, em 2018, pela primeira vez na última década houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais**,** em todos os ramos da justiça, que são 90 tribunais pesquisados pelo CJN, resultado da redução de novos casos na Justiça do Trabalho.

Consoante notícia divulgada pelo Correio Brasiliense, a redução no número de processos foi radical: Em janeiro de 2016, **10,4%** se referiam a **assédio moral**. Em janeiro de 2019, o número caiu para **5,4%.** Um detalhe chama a atenção nos dados do TST: em novembro de 2017, o número de processos, no geral, praticamente dobrou, da mesma forma que a quantidade de demandas jurídicas contra o assédio moral. No mês seguinte, a redução foi drástica. O total de ações novas desabou e as de assédio caíram **5,9%**[57].

Como visto, os primeiros efeitos da Lei nº 13.467/2017 rotulada de "Reforma Trabalhista" e que entrou em vigor em novembro de 2017 foi a redução no número de ações trabalhistas ajuizadas no primeiro ano de vigência. Esse fato foi constatado pelos Tribunais com

[56] Idem-**Op.cit.** p. 219. [Em linha]. [Consult. 23 Abr.2020]. Disponível em: (https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

[57] BATISTA, Vera **- Assédio: queixas aumentam, mas processos diminuem**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescemno-brasil.shtml

base em estatísticas e divulgado amplamente pela mídia brasileira, que atribui o fenômeno à necessidade de pagamento de custas processuais e demais encargos ao autor da ação, ônus advindos da reforma[58].

Dois anos após a reforma trabalhista e a **redução é de 32%** [59].

Segundo parecer do Deputado Federal Rogério Marinho proferido durante a tramitação do projeto "a ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias[60]".

Conforme Thalita Vani, "a nova lei demonstra em suas inovações a preocupação tanto com a banalização dos pedidos de indenização por dano moral quanto na problemática de sua quantificação, buscando limitar ganhos indevidos por parte do reclamante. No que tange ao atual cenário de facilidade de entrar com ações e o decorrente abuso dos pedidos de dano moral, a reforma introduziu honorários de sucumbência para advogados e instituiu o pagamento de honorários periciais mesmo para beneficiários da justiça gratuita[61]". Buscando diminuir a litigiosidade das relações trabalhistas, a Reforma Trabalhista também busca incentivar a conciliação extrajudicial.

A redação do art. 790-A prevê a responsabilidade da parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais. "O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, demandas em que se pleiteou o que não era devido. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente"[62].

A inclusão do Art. 791-A da CLT se justifica pela ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho que estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta

---

[58] Idem- **Ibidem**.

[59] Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/01/04/numero-de-novas-acoes-trabalhistas-cai-32percent-dois-anos-apos-reforma.ghtml

[60] MARINHO, Rogério - **COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.787, DE 2016.** p. 69. [Em linha]. [Consult. 29 Nov 2020]. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

[61] VANI, Thalita *et al*- **A banalização do dano moral**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265860,31047-A+banalizacao+do+dano+moral

[62] MARINHO, Rogério - **COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.787, DE 2016.** p. 68. [Em linha]. [Consult. 29 Nov 2020]. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias[63].

"Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho[64]"

Como visto, a nova lei trouxe responsabilidade à judicialização e objetiva ainda, coibir a utilização do Judiciário como palco para a obtenção de compensações pecuniárias indevidas[65].

Abuso de Direito. Litigância de má-fé e o Assédio Processual nas ações por dano moral

O Direito de ação está previsto no art. 5º, XXXV, da CF que assim dispõe: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[66]". Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou livre acesso à Justiça alçada à nível constitucional[67].

O direito constitucional de ação deve ser, contudo, exercido com responsabilidade sob pena de o litigante ser considerado de má-fé por violar a boa-fé processual esculpida no artigo 5º do Código de Processo Civil[68].

O artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 na mesma linha proclama os litigantes à boa fé processual e ao comprometimento com a duração razoável do processo. O abuso do direito de ação faz surgir outro debate, correlato, que é o "assédio judicial ou processual" que ocorre quando são promovidas demandas descabidas contra determina pessoa.

No direito civil brasileiro, uma grande mudança ocorreu na teoria da responsabilidade civil. No Código Civil de 1916 a responsabilidade civil tinha como pressuposto apenas o ato ilícito e com o Código de 2002 a responsabilidade civil é baseada em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187)[69].

Embora já se aplicasse na Justiça do Trabalho, de forma subsidiária, as disposições do Código de Processo Civil acerca das penalidades por litigância de má-fé, não havia na

[63] Idem.**Op-cit.** p. 69.
[64] Idem. **Ibidem**.
[65] VANI, Thalita - **A banalização do dano moral**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265860,31047-A+banalizacao+do+dano+moral
[66] CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Planalto. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
[67] LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. p. 1363.
[68] TARTUCE, Flavio – **Direito Civil. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. p. 311.
[69] Idem-**Op. Cit**. 298

Consolidação das Leis Trabalhistas regramento específico. Agora, a Reforma logrou êxito ao impelir às lides levianas seus encargos processuais. Portanto, nos termos do artigo 793-A da CLT, responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente[70].

Consoante Rogério Marinho "a ideia contida nesses dispositivos é a de impedir as ações temerárias, ou seja, aquelas reclamações ajuizadas ainda que sem fundamentação fática e legal, baseada apenas no fato de que não há ônus para as partes e para os advogados, contribuindo, ainda, para o congestionamento da Justiça do Trabalho[71]".

Outra inovação trazida pela Reforma Trabalhista foi um mecanismo da tarifação dos danos extrapatrimoniais, para pessoa física e pessoa jurídica em seu artigo 223-G, §1º e 2º.

A proposta legislativa teve como norte a ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionaridade conferidos ao magistrado na fixação das indenizações. A inserção desses dispositivos na CLT facilita a atuação do magistrado e evita situações díspares para casos semelhantes. Ou seja, muitas vezes para um mesmo fato um magistrado pode subjetivamente condenar a parte ao pagamento de R$ 10.000,00, enquanto outro magistrado pode conferir a importância de R$ 50.000,00.

É defensável que a identificação do fenômeno assédio moral passa também pela possibilidade de abuso de direito por parte da suposta vítima, caracterizado pela falsa alegação de assédio[72].

Em uma rápida consulta jurisprudencial é possível encontrar a condenação de empregados em razão do ajuizamento de ação de indenização por dano moral de forma despropositada. Evidente que se configura o abuso de direito, pois a real intenção é de enriquecimento ilícito, configurando-se a má-fé e a utilização do processo para fins ilícitos. Inequívoco que é temerário o comportamento de quem se utiliza do aparelho judicial trabalhista para alcançar objetivos levianos, causando prejuízos aos empregadores. Nesse cenário, argumentações fúteis travestidas de indenização por danos morais devem ser enquadrados nas penas da litigância de má-fé[73].

---

[70] PERSEGUIM, Isabella Bishop - **Uma intersecção da litigância de má-fé após a entrada da reforma trabalhista e o CPC**. [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2019]. Disponível em https://jus.com.br/artigos/73436/uma-interseccao-da-litigancia-de-ma-fe-apos-a-entrada-da-reforma-trabalhista-e-o-cpc

[71] MARINHO, Rogério - **COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.787, DE 2016.** p. 70. [Em linha]. [Consult. 29 Nov 2020]. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961

[72] MORI, Amaury Haruo - O Assédio Moral e os Direitos de Personalidade do Trabalhador. In **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** p. **68.**

[73] TRIBUNAL Regional do Trabalho de Minhas Gerais. **Processo nº. 01743-2009-043-03-00-5**. Juiz do Trabalho Marcel Lopes Machado. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em:

Além do mais, os advogados podem ser condenados de forma solidária pelo ajuizamento de lides temerárias, quando ajuízam ações por dano moral, sabidamente improcedentes[74].

O "assédio processual" se concretiza através do exercício abusivo do direito de defesa ou de petição perante o Poder Judiciário, criando tumulto processual na intenção de prejudicar a parte contrária e até mesmo o órgão jurisdicional[75].

Portanto, conforme afirmou o desembargador federal do trabalho Sérgio Pinto Martins, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em São Paulo, "hoje é comum as condenações por litigância de má-fé de trabalhadores"[76].

Ao julgador compete a sensibilidade de diferenciar uma lesão extrapatrimonial daquelas situações em que resta evidente o abuso do direito litigar e a busca pelo ganho fácil, pois de fato, são muitos os casos legítimos que carecem da tutela judicial, mas há milhares de outros sem qualquer razoabilidade.

Arcar com os honorários de sucumbência, com as custas processuais, honorários periciais e com eventual condenação em litigância de má-fé são medidas necessárias para desafogar o poder judiciário, evitar aventuras jurídicas e resgatar a importância de um instituto de relevante contexto histórico que hoje é utilizado de forma trivial.

Conclusão

A população brasileira é de 202 milhões de habitantes e propicia ao mundo o espetáculo de mais de 100 milhões de processos judiciais, como se toda a nação estivesse a demandar[77], ou seja, um em cada dois brasileiros está em juízo.

O elevado número de processos em tramitação sempre foi motivo de preocupação. A cultura brasileira é da litigância. As consequências da alta litigiosidade são Tribunais que não

https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI130629,31047-JT+condena+reclamante+em+litigancia+de+mafe+por+assedio+processual+e

[74] JUSBRASIL - **Responsabilidade pessoal dos advogados por lide temerária de suposto dano moral.** [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2346348/responsabilidade-pessoal-dos-advogados-por-lide-temeraria-de-suposto-dano-moral

[75] TRIBUNAL Regional do Trabalho do Espírito Santo. **Processo nº 00017443820175170001** de 17 de julho de 2019. Relator Claudio Armando Couce de Menezes. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/733139294/recurso-ordinario-trabalhista-ro-17443820175170001?ref=serp

[76] IGNACIO, Laura – **Justiça aplica multa a trabalhador por litigância de má-fé**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/justica-aplica-multa-a-trabalhador-por-ma-fe

[77] NALINI, José Renato **- Grandes Temas do Novo CPC. É urgente construir alternativas à justiça**. p. 29.

suportam o volume de trabalho (apesar dos esforços para reduzir o tempo de tramitação dos processos), além dos prejuízos ao erário.

Na justiça do trabalho quase todas as ações trazem como pedido acessório ou principal a indenização por danos morais e não se nega a importância do amparo constitucional e legal que deve ser conferido às vítimas. Contudo, o que se observa hodiernamente é o ingresso descompromissado das ações baseado em alegações superficiais que alimentam a "indústria do dano moral". As estatísticas apontam a utilização massificada e despreocupada do instituto que pela sua importância deveria ser invocado apenas para amparar situações de real lesão aos direitos da personalidade.

É inquestionável que muitos pleitos são legítimos, contudo, não superam os inúmeros litígios desencadeados por pequenas divergências e exibidos no palco da gratuidade da justiça, sem qualquer prejuízo financeiro ao postulante e, no caso dos Juizados Especiais e da Justiça do Trabalho, até mesmo sem a necessidade de contratar um advogado.

O instituto da reparação civil por dano moral não pode ser utilizado de forma banalizada, pois representa um dos baluartes constitucionais que é a dignidade da pessoa humana, imprescritível, irrenunciável. Nesse quadro, as ações devem espelhar estritamente casos de inequívoca ofensa à integridade moral, física ou psíquica da vítima.

É nobre a garantia constitucional de acesso integral à Justiça, porém para muitas pessoas é a propulsão para demandas aventureiras e para recursos protelatórios, visto que livres de quaisquer ônus. Estabelecer um sistema de sucumbência nada mais é do atribuir ao vencido a responsabilidade pelo pagamento de custas e honorários advocatícios, o que difere em muito de negar ao autor o direito à tutela judicial.

Igualmente, a inclusão de dispositivos sobre a litigância de má-fé convoca ao ajuizamento consciente; vem ao encontro da boa-fé processual e evita lides temerárias.

Passados os primeiros anos da reforma trabalhista, pode-se concluir que a redução drástica de ações é uma realidade inquestionável. Mantida a produtividade dos julgadores foi possível dar maior vazão ao estoque, inclusive.

A Coordenaria de Estatísticas do TST realizou um levantamento do impacto da Reforma Trabalhista no primeiro ano de sua vigência e constatou que entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas, ou seja, praticamente a metade[78].

[78] TRIBUNAL Superior do Trabalho**. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24724445

Além das ações trabalhistas terem diminuído vertiginosamente, os pedidos de indenização por dano extrapatrimonial seguiram o mesmo passo. A nova lei busca racionalizar o caráter subjetivo do dano moral; determina situações concretas a ensejar o dano moral; estabelece um patamar para quantificação da indenização e proporciona segurança jurídica.

Sem generalizar, o fato é que por muito tempo a justiça gratuita integral estimulou lides temerárias, imponderadas ou desnecessárias. De consequência se assistiu ao desvirtuamento da nobre finalidade constitucional de acesso à Justiça; à deterioração da legislação trabalhista; à sobrecarga dos cofres públicos e à morosidade do aparelhamento judicial.

Uma coisa parece certa, "*pedidos de "A" a "Z",* são coisa do passado, pois se improcedentes, somarão no valor da sucumbência. Em outras palavras, quando se exige cautela e responsabilidade na judicialização, se freia o abuso do direito.

Definitivamente, a redução expressiva de novos processos na Justiça do Trabalho está relacionada com os ônus de sucumbência implantados pela reforma. Litigar é um direito, mas o desvirtuamento do exercício do direito de ação tem agora consequências.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA, Associação Nacional dos Juízes do Trabalho - **Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação.** p. 2-4. [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2019]. Disponível em https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27005-danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao

ARUDA, Inês **- Mobbing ou assédio moral no local de trabalho. Análise do fenómeno à luz do ordenamento jurídico português**. Artigo disponível na Biblioteca da Procuradoria Geral do República.

BENDER, Mateus - **O assédio moral no trabalho no Rio Grande do Sul no início do século XXI: Uma perspectiva sociológica**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. Vol.XI. nº 2.Rio de Janeiro, 2018.pp. 299-314

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Planalto**. [Em linha]. [sl]: [sn], [sd]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRUGINSKI, Marcia Kazenoh **-** Assédio Moral no Trabalho - Conceito, Espécies e Requisitos Caracterizadores. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**.** V. II, Nº 16. [sl]: Escola Judicial, 2013. p. 29-42. ISSN 2238-6114

CANOTILHO, JOSE JOAQUIM GOMES; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; STRECK, Lenio Luiz - **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. Almedina/Saraiva, 2018. 4.660 p. ISBN-10:8553172643 e ISBN-13**:** 978-8553172641.E-book.

DELGADO, Maurício Godinho – **Princípio de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 4 ed. São Paulo: LTR, 2013. ISBN 9788536127552.

DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de Direito do Trabalho.** 17 ed. São Paulo: LTR, 2017. ISBN 978-85-361-9556-8.

FONSECA, José Geraldo da – **Dano moral da pessoa jurídica**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 75, n.4. Porto Alegre: Magister Editora, 2009.

JUSBRASIL - **Responsabilidade pessoal dos advogados por lide temerária de suposto dano moral.** [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2019]. Disponível em: https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2346348/responsabilidade-pessoal-dos-advogados-por-lide-temeraria-de-suposto-dano-moral

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002: Institui o Código Civil Brasileiro. **Planalto.** [Em linha]. [Consult. 01 Jul.2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm

LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Planalto**. Planalto.** [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm

LEITÃO, Luiz Menezes - **Direito do Trabalho**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016.700 p. ISBN 9789724067346.

LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. E-book. 1.926 p. ISBN 9788553602254.

MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017. 666 p. ISBN: 978-85-97-01129-6

MORI, Amaury Haruo - O Assédio Moral e os Direitos de Personalidade do Trabalhador. *In* **Assédio Moral e Assédio Sexual.** Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.V II, Nº 16. [sl]: Escola Judicial, 2013. p. 42-72. ISSN 2238-6114

NETO, José Affonso Dallegrave - O Assédio Sexual e Moral e a sua Prova na Justiça do Trabalho. In **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.** Vol. II. Nº16. Curitiba: Escola Judicial, 2013. ISSN 2238-6114.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de – O dano extrapatrimonial após a Lei nº. 3.467/2017. **In Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.** vol. VIII. Nº . 76. [sl]: Escola Judiciária, 2019. ISSN 2238-6114.

PARREIRA, Isabel Ribeiro - Assédio Moral no Trabalho. *In* MOREIRA, António, Coord. - **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2003.**

REDINHA, Maria Regina – **Assédio Moral ou Mobbing no Trabalho**. In MOREIRA, António, Coord. - **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2003.**

SANTOS, Enoque Ribeiro dos - **O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.** p.8-9. [Em linha]. [Consult. 27 Set. 2019]. Disponível em https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/535697062/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13467-2017-reforma-trabalhista-apos-o-advento-da-mp-808-2017

SANTOS, Enoque Ribeiro dos – **O dano moral na dispensa do empregado.** 6 ed. São Paulo: LTR, 2017. ISBN 978-85-361-9289-5.

TARTUCE, Flavio – **Manual de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8220-1.

TARTUCE, Flavio – **Direito Civil. Lei de Introdução e parte geral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7816-7

TARTUCE, Flavio – **Manual de Direito Civil**. 8 ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2018. 1.677p. ISBN 978-85-309-3828-4

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**. **Direito das obrigações e responsabilidade civil.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.ISBN 978-85-309-7818-1

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i1.32

O DESENVOLVIMENTO DAS *SOFT SKILLS* PELO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PARA APLICAÇÃO NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

THE DEVELOPMENT OF SOFT SKILLS BY THE ADVOCACY PROFESSIONAL FOR APPLICATION IN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS

Byanca Souza Mattos[1]

Resumo: O presente trabalho procura expor a necessidade de evolução constante do profissional de advocacia, não só quanto ao conhecimento puro e simples da legislação. Não basta apenas desenvolver as *hard skills*, que são aquelas habilidades específicas e determináveis que podem ser aprendidas e desenvolvidas em cursos, graduações e especializações. É preciso especial atenção quanto à incorporação e aprimoramento das *soft skills*: um conjunto de habilidades interpessoais e de competências relacionadas ao comportamento humano e à inteligência emocional, e que podem auxiliar não só a melhoria da relação cliente-advogado, mas aumentar a produtividade de uma equipe, tornar leve o ambiente de trabalho, possibilitando, assim, o surgimento de soluções criativas, sustentáveis e que podem influenciar especificamente no sucesso da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, quais sejam: negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

Palavras-chave: *Soft Skills*; Advocacia; Métodos Alternativos de Resolução de Litígios.

Abstract: The present work seeks to expose the need for constant evolution of the legal professional, not only as to the pure and simple knowledge of the legislation. It is not enough to just develop hard skills, which are those specific and determinable skills that can be learned and developed in courses, degrees and specializations. It appears, therefore, that special attention is needed regarding the incorporation and improvement of soft skills: a set of interpersonal skills and competencies related to human behavior and emotional intelligence, which can help not only improve the client-lawyer relationship , but increase the productivity of a team, make the work environment light, thus enabling the emergence of creative, sustainable solutions that can specifically influence the success of using alternative methods of conflict resolution, namely: negotiation, conciliation , mediation and arbitration.

Keywords: Soft Skills; Advocacy; Alternative Dispute Resolution Methods.

Introdução

Atualmente há muita discussão acerca da Indústria 4.0 ou Quarta Revolução Industrial, assim como de que novas oportunidades esse cenário de inovação traz para o profissional do Direito, que tem percebido que a sua atuação necessita de constante evolução.

[1] MATTOS, Byanca Souza. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-Graduanda em Direito Penal, Anticorrupção e *Compliance*. Mestranda em Ciências Jurídicas. Universidade Autónoma de Lisboa. Portugal. E-mail: byancasouzamattos@gmail.com

Deixou de ser essencial única e tão somente, o conhecimento puro e simples da letra seca da lei, e da correta verificação ou busca pela aplicação adequada da legislação em defesa do direito de seus clientes.

Aliás, tal defesa, rotineiramente e na maioria das vezes, ocorre de forma contenciosa, na esperança de que uma terceira pessoa – o Juiz de Direito – possa ser capaz de solucionar o conflito posto sob o manto da tutela jurisdicional.

Esse modelo acabou gerando os problemas dos quais já se tem amplo conhecimento: o aumento exponencial do número de demandas, a consequente morosidade do Poder Judiciário, a falta de efetividade das decisões judiciais e o descontentamento do jurisdicionado.

São fatos que nem a inserção promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 do princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas ao indivíduo na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, inc. LXXVIII[2], conseguiu solucionar.

Passou-se, então, a dar cada vez mais importância e valor para os métodos alternativos de resolução de conflitos: negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

E juntamente com a busca crescente por tais métodos, surgiu também, a necessidade conjunta do desenvolvimento de novas competências para o profissional da advocacia.

É preciso, mais do que nunca, ser *lifelong learner* (eterno aprendiz).

O conhecimento em outras áreas começou a ser relevante para melhor compreensão dos problemas do cliente e, principalmente, para maior credibilidade e segurança para as tentativas extrajudiciais de resolução das controvérsias.

Assim é que se torna fundamental a incorporação e aprimoramento das *soft skills*: um conjunto de habilidades interpessoais e de competências relacionadas ao comportamento humano.

Entendo que o advogado precisa saber negociar, intermediar, conciliar, o que se mostrará um diferencial se pretende destaque no mercado, já que não bastará apenas o conhecimento técnico da legislação e ser um bom litigante, o objetivo desse estudo é: Demonstrar a importância do desenvolvimento das competências emocionais pelo advogado, para sua aplicação nos meios consensuais de resolução de litígios.

[2] Art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O que são *soft skills*

As *soft skills* são competências socioemocionais, ou como mais comumente denominadas: capacidades comportamentais (PETERSEN, 2020).

São competências relacionadas à inteligência emocional e que influenciam no comportamento profissional e pessoal, afetando a relação com clientes, a produtividade das equipes e a leveza do ambiente corporativo, revelando-se fundamentais para a geração de soluções criativas e sustentáveis (PETERSEN, 2020).

Diferenciam-se das *hard skills* que são as capacidades puramente técnicas, e que atualmente não são mais consideradas por si só como suficientes para o desenvolvimento da trajetória profissional, tampouco capazes de sustentar a permanência no emprego.

Para exemplificar o conceito e tal diferenciação, Cyndia Laura Bressan bem resume:

> Essa entrega diferenciada que se inicia na área técnica (as *hard skills*) hoje encontra destaque na área comportamental ou interpessoal, as denominadas *soft skills*. Se as competências técnicas são, especialmente em processos seletivos, representadas pelo aprendizado acadêmico e experiência técnica do candidato e conferem a ele o bilhete de entrada na empresa, certamente a validade deste bilhete – ou seja, quanto tempo o novo colaborador permanece na empresa – é determinada por sua *soft skills*, combinadas principalmente com a cultura da empresa e o estilo de gestão imediato (BRESSAN, 2019, p. 76, grifo nosso).

Jéssica Gonçalves e Juliana Goulart, por sua vez, explicam que:

> As *soft skills* são, portanto, capacidades emocionais e cognitivas realizadas pelo comportamento humano, desenvolvidas ao longo da vida de um indivíduo. Elas também podem ser treinadas, por exemplo, por intermédio da educação, ou com apoio da cultura, arte e literatura, ou pela aplicação de dinâmicas e casos práticos, e até mesmo com o ensino e a aprendizagem baseados em problemas (GONÇALVES; GOULART, 2020, p. 22-23, grifo nosso).

Voltando-se à advocacia, podemos dizer que são as principais competências que desenvolvemos e que nos permitem resolver os problemas dos clientes de uma maneira mais assertiva, com soluções mais eficazes e inovadoras, viabilizando precipuamente a cultura do consenso, enraizada nos meios alternativos de resolução de litígios, como a mediação, conciliação e negociação.

As 10 (dez) principais soft skills elencadas pelo fórum econômico mundial para o mercado de trabalho em 2020

O Fórum Econômico Mundial, em um Relatório divulgado em 18 de janeiro de 2016, listou as 10 (dez) principais competências de destaque no mercado de trabalho para o ano de 2020. São elas: 1. Resolução de Problemas Complexos; 2. Pensamento Crítico; 3. Criatividade; 4. Gestão de Pessoas; 5. Coordenação; 6. Inteligência Emocional; 7. Capacidade de julgamento e tomada de decisão; 8. Orientação para servir; 9. Negociação; 10. Flexibilidade Cognitiva (WORLD ECONOMIC FORUM, 2016).

O que se revelou foi uma lista com significativas mudanças daquelas que haviam sido apresentadas para o ano de 2015.

Foram elencados um conjunto de habilidades necessárias para a prosperidade profissional em um novo cenário, o da Indústria 4.0, onde a inteligência artificial, o aprendizado de máquina e a robótica estarão em evidência, assim como em um mundo onde os transtornos de ansiedade se tornarão cada vez mais frequentes.

De maneira breve, abaixo serão descritas as características e o que se espera dentro de cada habilidade então elencada.

Resolução de Problemas Complexos

A tendência é que com a evolução das máquinas, assim como ante o próprio progresso das relações humanas e tratativas comerciais com mudanças exponenciais, os problemas passem a ser cada vez mais intrincados.

Deste modo é que acaba se tornando essencial o desenvolvimento por qualquer profissional de uma postura bastante resolutiva, de soluções práticas, eficientes e inovadoras:

> Além de ter a habilidade de solucionar problemas corriqueiros, essa skill diz respeito à capacidade de enxergar problemas, ponderar diferentes perspectivas, avaliar todos os detalhes, enxergar os resultados futuros, mobilizar recursos e tomar decisões de forma segura para encontrar respostas para problemas de maior complexidade (SLASH EDUCAÇÃO, 2019).

Pensamento Crítico

O pensamento crítico é aquele que se desenvolve a partir do uso da lógica e da racionalização para que se possam identificar as diferentes variáveis dentro de uma mesma situação, considerando-se a matriz de risco existente, sem que se deixe levar por conceitos pré-definidos.

É a capacidade que se aprimora quanto à avaliação de situações e de checagem de informações, a fim de confirmar sua veracidade e confiabilidade, possibilitando a aplicação de um adequado discernimento.

Criatividade

A criatividade aparece entre as 3 (três) principais competências, já que num mundo dominado pelas máquinas, aquele que for mais criativo, perspicaz com novas ideias para a resolução dos problemas, será mais beneficiado no mercado de trabalho, pois, por enquanto, os robôs ainda não conseguem ser mais criativos que os humanos. As máquinas facilitam o trabalho, mas são as pessoas as maiores responsáveis por guiar e propor melhorias (AQUINO, 2019).

Gestão de Pessoas

Está relacionada à capacidade de liderar e desenvolver pessoas. A liderança para a gestão de pessoas é um processo social e multidimensional que envolve alguns elementos: a motivação dos liderados, uma tarefa ou missão, um líder e uma conjuntura.

A esse respeito, Mariah Aquino destaca que:

> Saber coordenar bem equipes, de forma humanizada e atenta às necessidades de cada um, será um trunfo. Com o aumento dos índices de problemas psicológicos como ansiedade e depressão, as empresas precisam estar preparadas para lidar com esses casos (AQUINO, 2019, n.p).

Coordenação

Embora possa ser similar à gestão de pessoas por também estar intrinsicamente ligada à liderança, a verdade é que elas se diferem porquanto na coordenação é necessário o desenvolvimento de um potencial mais voltado à seleção e condução dos colaboradores aos objetivos da organização.

É a governança exercida sobre os aspectos da facilitação de rotinas, métodos e processos colaborativos.

Inteligência Emocional

A inteligência emocional não foi listada no ranking para 2015, mas agora já desponta como uma das principais competências. E isso se deve ao fato de que é necessário autoconhecimento das próprias razões e emoções, para que assim também se possa lidar com as variações de sentimentos, culturas, necessidades e prioridades das pessoas em diferentes cenários.

De acordo com E-book "SLASH EDUCAÇÃO" (2020) a sensibilidade impacta diretamente na convivência, conexões e desenvolvimento de trabalhos colaborativos.

No ambiente profissional competitivo, aquele que melhor sabe lidar com a adversidade de situações ganha um passo à frente na corrida pela sua valorização. O controle da inteligência emocional traz benefícios à carreira, melhorando a capacidade de lidar com situações desafiadoras e resolver os problemas, dos mais simples aos mais complexos.

Capacidade de julgamento e tomada de decisão

Uma pessoa que consegue orientar a equipe ou desenvolver o trabalho com bom senso, que considera os interesses dos seus subordinados, ou, ainda, que consegue ser oportuno e adequado às situações, compreendendo quais as necessidades não atendidas presentes na fala e no comportamento, certamente terá um facilitador na tomada de decisões importantes (AQUINO, 2019).

Orientação para servir

Uma pessoa disposta a ajudar e a servir os outros genuinamente, e que faz isso sem qualquer vantagem competitiva ou à espera de qualquer contribuição. Essa competência comportamental é essencial para o crescimento saudável de ambientes corporativos.

Negociação

Embora tenha caído no ranking de 2020 em comparação ao de 2015, não deixa de ser importante. É, aliás, uma das competências de que muito se espera principalmente do profissional da advocacia, já que se relaciona à resolução de conflitos com a conciliação de diferentes interesses. Para resolver controvérsias, atuar em equipe, conciliar diferenças e vender ideias é necessário o desenvolvimento de aptidões como o poder de negociação e de persuasão.

Flexibilidade Cognitiva

Esta habilidade do futuro é um resumo de características que envolvem as que já foram citadas, assim como a capacidade de adaptação aos formatos de negócios mais diversos.

É essencial que os conhecimentos adquiridos sejam atualizados e adaptados às novas realidades. Ter flexibilidade cognitiva significa ter adaptabilidade, abertura para transformações, reconhecimento e acolhimento de críticas e não ter apego a rotinas e metodologias inflexíveis (SLASH EDUCAÇÃO, 2020).

Pois bem, o que se pode perceber é que as *soft skills* listadas pelo Fórum Econômico Mundial têm aplicabilidade para diversas profissões, cargos, funções e segmentos, e, dentre elas, podemos considerar a advocacia.

Logo, para que se possam melhorar os resultados que se pretendem atingir, é preciso identificar quais são aquelas *soft skills* que se tem mais facilidade e quais são as em que é preciso um gasto de energia maior para seu melhoramento, objetivando com isso a melhor qualificação profissional possível.

As 15 (quinze) habilidades elencadas pelo fórum econômico mundial para o mercado de trabalho em 2025

Já em outubro de 2020, o Fórum Econômico Mundial divulgou o tão famoso *"The Future of Jobs"*, mapeando os empregos e as habilidades do futuro, prevendo que até o ano de 2025, 85 milhões de empregos mundiais serão eliminados com a automação.

Para a nova lista, foram elencadas 15 (quinze) habilidades para o ano de 2025 (WORLD ECONOMIC FORUM, 2020), sendo:



B. Top 15 skills for 2025

1	Analytical thinking and innovation	9	Resilience, stress tolerance and flexibility
2	Active learning and learning strategies	10	Reasoning, problem-solving and ideation
3	Complex problem-solving	11	Emotional intelligence
4	Critical thinking and analysis	12	Troubleshooting and user experience
5	Creativity, originality and initiative	13	Service orientation
6	Leadership and social influence	14	Systems analysis and evaluation
7	Technology use, monitoring and control	15	Persuasion and negotiation
8	Technology design and programming		

Source
Future of Jobs Survey 2020, World Economic Forum.

Atualizadas temos então agora as seguintes habilidades: 1. Pensamento analítico e inovação; 2. Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; 3. Resolução de Problemas

Complexos; 4. Pensamento crítico e análise; 5. Criatividade, originalidade e iniciativa; 6. Liderança e influência social; 7. Uso, monitoramento e controle de tecnologia; 8. Projeto e programação de tecnologia; 9. Resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade; 10. Raciocínio, resolução de problemas e ideação; 11. Inteligência emocional; 12. Solução de problemas e experiência do usuário; 13. Orientação de serviço; 14. Análise e avaliação de sistemas; 15. Persuasão e negociação (WORLD ECONOMIC FORUM, 2016).

Fazendo um análise acerca do novo Relatório, Barbara Bigarelli esclarece que:

> Na lista divulgada neste ano, pensamento analítico, aprendizagem ativa, capacidade de resolver problemas complexos, pensamento crítico e criatividade são consideradas as competências fundamentais. Depois aparecem capacidade de liderar e influenciar, de monitorar e usar tecnologia no trabalho, resiliência e raciocínio voltado a resoluções. Enquanto pensamento crítico e capacidade de solucionar problemas são habilidades indicadas pelo Fórum desde 2016, este ano estão [sic] ganharam força na lista das top 10, habilidades em autogestão, como a aprendizagem ativa, resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade. Entre as competências consideradas transversais, aplicáveis em várias funções e ocupações, o WEF aponta para marketing digital, gerente de produtos e gerenciamento do desenvolvimento de *softwares* (BIGARELLI, 2020, n.p).

O que se verifica, portanto, é que o aprimoramento das habilidades relacionadas com aprendizagem ativa, pensamento analítico, criatividade e domínio de tecnologias continuam norteando as carreiras para o futuro.

A importância da prática das *soft skills* para utilização nos meios alternativos de resolução de litígios

O exponencial crescimento das demandas judiciais, cuja gênese sempre esteve arraigada na cultura do litígio, acabou por acarretar os problemas já conhecidos: um Poder Judiciário saturado, a consequente morosidade e a falta de efetividade das decisões judiciais.

O fato é que por muito tempo prevaleceu a convicção de que o processo judicial era o método mais adequado para a efetivação da justiça.

Conforme pode ser lido no extrato destacado a respeito disso, e uma breve e excelente síntese acerca dos motivos que levaram a tal crença:

> O mecanismo estatal possui princípios próprios e um conjunto farto de regras, o que constitui o próprio 'direito processual'. A jurisdição, que deve ser imparcial, só atua mediante solicitação dos conflitantes (princípio da inércia), que são compulsoriamente sujeitos a esse poder (princípio da inevitabilidade). A Resolução dos conflitos é obtida por meio de um procedimento de investigação racional da verdade fundado no debate entre as partes conflitantes (garantias do contraditório e da ampla defesa). O julgador tem

> relativa liberdade para formar seu convencimento, que deve ser racional e motivado, e suas decisões devem ser públicas (princípios do livre convencimento motivado, da fundamentação e da publicidade) (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020).

Todavia, nos últimos tempos, esse método então tradicional passou a ser contestado, sendo cada vez mais crescente a insatisfação com a jurisdição estatal.

Também por essa razão, é que se buscou a adoção de outros métodos heterocompositivos de resolução de conflitos – cuja utilização, registre-se, é até mais antiga que a própria jurisdição exercida sob a soberania estatal por meio do processo judicial conduzido pelo Estado –, que, contudo, nunca deixaram de ser utilizados e estiveram sempre em evolução.

Especialmente no Brasil, a partir do ano de 2010, uma série de reformas legislativas deu-se em privilégio do incentivo e da promoção aos métodos de resolução alternativa de litígios. As mudanças iniciaram com a Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, que estampou a necessidade da abertura de portas voltada à "cultura de pacificação social", ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

Já no ano de 2015, restou sedimentada a utilização dos métodos consensuais com a aprovação no novo Código de Processo Civil, ao estabelecer no artigo 3º que é permitida a arbitragem, na forma da lei; que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; e, por fim, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

O que encontramos atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é um sistema multiportas, que permite a uma pessoa diante de um conflito ter a escolha de várias alternativas postas à sua disposição para a efetiva resolução.

Assim é que, na maioria das vezes, a primeira pessoa a quem se procura quando se tem um problema a nível dos direitos e garantias é o advogado, buscando-se orientação quanto aos problemas apresentados.

E é nesse ponto que queremos adentrar. Ainda que sejamos muitas vezes procurados já com a frase pronta: "Dr., estou com um problema e preciso entrar com uma ação judicial", não raro nos deparamos com a busca crescente de clientes que querem externar seu descontentamento com alguma situação e que tornam as salas de atendimento do escritório de advocacia em verdadeiros consultórios de psicologia. O cliente muitas vezes apenas precisa daquele momento para esvaziar com palavras aquilo que perturba o seu coração.

O advogado, então, além do próprio conhecimento do direito positivado, precisa usar técnicas não jurídicas para compreensão dos problemas do seu cliente. É preciso ter paciência, empatia e se colocar no lugar do outro, para que consiga clarear o mundo para uma pessoa desesperada sentada à sua frente.

E aqui reside a crescente necessidade do desenvolvimento das *soft skills*, especialmente em favor da utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Aliás, sobre o tema, Jéssica Gonçalves e Juliana Goulart bem ponderam que:

> Para atuar nos meios consensuais precisamos desenvolver as chamadas soft skills, termo que significa competências relacionadas à inteligência emocional e que dizem respeito à capacidade de interagir com outras pessoas para criar soluções eficientes. São elas: criatividade, escuta ativa, comunicação assertiva e empática, cooperação, entre outras (GONÇALVES; GOULART, 2020, p. 22).

O desenvolvimento de tais competências é tão importante que o Ministério da Educação publicou a Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018, que "institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências" (BRASIL, 2018).

O objetivo da resolução supracitada foi desenvolver as competências, habilidades e os conteúdos curriculares básicos, exigíveis para uma adequada formação teórica, profissional e prática, indo além do mero aprendizado das terminologias jurídicas e aplicação correta das leis, dando ênfase para o "domínio das formas consensuais de composição de conflitos".

A propósito, o art. 3º estatui:

> O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania (BRASIL, 2018).

Já o art. 4º descreve as novas diretrizes relacionadas às competências que devem ser desenvolvidas, vejamos:

> O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:
>
> I - interpretar e aplicar as normas (princípios e regras) do sistema jurídico nacional, observando a experiência estrangeira e comparada, quando couber, articulando o conhecimento teórico com a resolução de problemas;
>
> II - demonstrar competência na leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo, bem como a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

> III - demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão;
>
> IV - dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;
>
> V - adquirir capacidade para desenvolver técnicas de raciocínio e de argumentação jurídicos com objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito;
>
> VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;
>
> VII - compreender a hermenêutica e os métodos interpretativos, com a necessária capacidade de pesquisa e de utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
>
> VIII - atuar em diferentes instâncias extrajudiciais, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
>
> IX - utilizar corretamente a terminologia e as categorias jurídicas;
>
> X - aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;
>
> XI - compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica;
>
> XII - possuir o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito;
>
> XIII - desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e
>
> XIV - apreender conceitos deontológico-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos (BRASIL, 2018).

Como visto, estão expressamente previstas para os novos juristas a capacidade de se comunicar com precisão, de propor soluções, desenvolver a cultura do diálogo e uso dos meios consensuais de solução de conflitos, bem como a capacidade de trabalhar em grupos formados tanto por profissionais do Direito como de caráter interdisciplinar.

Isso tudo, a nosso ver, serve para que, sendo priorizada a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, é, mais do nunca, essencial o crescimento e evolução das *soft skills*.

Não raro vemos, hoje em dia, muitos advogados com formação na área de constelação familiar, por exemplo, para resolver os conflitos familiares, técnica que tem se mostrado bastante eficaz, promissora e agregadora de valor para advocacia e para os jurisdicionados.

Jéssica Gonçalves e Juliana Goulart concluem de forma bastante clara a necessidade de mudança nas posturas dos juristas, especialmente ante as novas maneiras que se colocam para outra roupagem de atuação do advogado:

> Assim, o que a resolução busca é a formação de um novo jurista, que precisa, agora, tomar contato também com as ferramentas e as competências "não jurídicas", mas essenciais ao exercício profissional de qualquer carreira no âmbito do direito. Espera-se com isso que os (as) estudantes sejam

> incentivados quanto à sua capacidade de dialogar e de reconhecer a possibilidade de resolver conflitos jurídicos, não só pela via contenciosa. Quer-se com isso que os (as) profissionais do Direito sejam capazes de levar este conhecimento para além das fronteiras do Curso de Direito, ou seja, para as suas práticas profissionais e para as suas vidas (GONÇALVES; GOULART, 2020, p. 09).

A modelagem que se busca no advogado é um profissional capaz de desenvolver as técnicas de escuta ativa, empatia, comunicação não violenta, habilidades imprescindíveis para o fomento da construção de diálogos efetivos e acordos.

Inclusive, sobre o poder da empatia, Roman Krznaric ressalta que:

> A empatia tem a reputação de ser uma emoção vaga, agradável. Muitos equiparam á bondade e sensibilidade emocional e à atitude afetuosa e atenciosa para com os outros. [...] A empatia é, de fato, um ideal que tem o poder tanto de transformar nossas vidas quanto de promover profundas mudanças sociais. A empatia pode gerar uma revolução. Não uma daquelas revoluções antiquadas, baseadas em novas leias, instituições ou governos, mas algo muito mais radical: uma revolução das relações humanas (KRZNARIC, 2015, p. 09).

A escuta empática, como se vê, pode ser considerada a habilidade de ter a capacidade de perceber os sentimentos e as necessidades do outro.

As pessoas reagem de forma diferente diante de um conflito, de maneira que a estratégia proposta pela comunicação não violenta, por exemplo, é a de fazer com que seja praticada a escuta empática, estimulando-se a verbalização daquilo que é importante, para que se consiga identificar quais as necessidades escondidas por trás de um comportamento, de uma fala agressiva ou até mesmo de expressões faciais e corporais do cliente e também da parte adversária.

O uso de tais técnicas facilitará muito que a comunicação da pessoa seja considerada, e quando ela é ouvida, tende a ser mais colaborativa, de modo a facilitar que se encontre a melhor alternativa – ZOPA-Zona de Acordo Possível – para ambas as pessoas envolvidas no conflito.

Saber conciliar, negociar e mediar um conflito se torna um diferencial para o advogado que pretende se destacar ainda mais no mercado de trabalho.

Entretanto, não nascemos com a inteligência emocional desenvolvida. É preciso estímulo, referências, estudo e muita prática para isso.

Usar as lentes da compaixão e da empatia alteram a reação do profissional diante do sofrimento e da controvérsia alheia. Isso lhe permitindo descrever uma situação livre de interpretações e julgamentos, diminuindo a resistência de quem ouve os conselhos, facilitando o processo de conexão com o cliente e, via de consequência, que se encontrem alternativas de solução do problema, com acordos sustentáveis no tempo. Uu seja, aquele que envolve as

necessidades das pessoas envolvidas e também os recursos necessários ao seu pleno cumprimento.

O advogado precisa ser mais empático, criativo, comunicativo e resolver os problemas do seu cliente de maneira mais assertiva, evitando que os conflitos sejam levados ao Judiciário e lá demorem muito tempo para serem solucionados, fazendo com que as partes carreguem a angústia de um processo judicial às vezes por mais de 5 (cinco), 10 (dez) anos.

Muitas vezes essa espera pela solução judicial final impede que a pessoa se desenvolva em seu círculo profissional e pessoal, porque ela aguarda essa resolução para "dar andamento na vida". Não é raro isso acontecer, e, aliás, é intrínseco à natureza humana colocar as expectativas do futuro da sua vida em problemas ainda pendentes, como se todo o resto dependesse única e exclusivamente daquele dinheiro, ou daquela indenização, ou daquela condenação judicial.

E quando esse resultado tão esperado não vem a contento das expectativas que foram criadas?

Bom, então, uma das formas que se tem encontrado para isso é a utilização dos meios de resolução alternativos de litígios.

Por trás de cada conduta humana há sempre uma necessidade escondida. E com o desenvolvimento das soft skills, o advogado poderá ter mais habilidade quanto à adequada utilização de técnicas para a facilitação dos diálogos, das negociações e da mediação dos conflitos.

A propósito, em Portugal, em uma das aulas que tivemos durante o primeiro módulo do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, em janeiro de 2020, da unidade curricular de Resolução Alternativa de Litígios, ministrada pelo professor Ruben Bahamonde, foi encetada a discussão de que o fato de advogado conseguir resolver algum conflito em menor tempo pode inclusive lhe dar a possibilidade de melhoria no valor dos honorários advocatícios a serem cobrados pelo serviço prestado.

E isso tem muita lógica, pois, afinal, se o advogado consegue resolver um conflito que poderia levar de 1 (um) a 10 (dez) anos em 6 (seis) meses, não poderia ser melhor remunerado?

Há quem já coloque essa disposição expressa nos contratos de honorários, no sentido de que quanto menos tempo se levar para a resolução da disputa, maior será a remuneração do advogado a ser paga pelo seu cliente. Está aí uma nova forma de repensar a advocacia.

O advogado precisa, além do conhecimento da legislação, da demonstração de uma atitude positiva e flexível, de empatia, de uma comunicação eficiente e de criatividade, para

que possa se adaptar às adversidades, entregando, assim, uma solução mais rápida para o cliente, o que lhe pode possibilitar, inclusive, maior ganho de remuneração.

Considerações finais

As *soft skills* são, portanto, competências relacionadas à inteligência emocional e ao comportamento humano.

O novo jurista, cuja profissão necessita ser reconfigurada, além de precisar desenvolver algumas dessas competências para conseguir maior destaque e trabalhabilidade ante a Indústria 4.0, a internet das coisas, com novos produtos e mercados, aproveitando melhor as oportunidades que lhe surgirem, precisa desenvolver a empatia, técnicas de comunicação não violenta e escuta ativa.

Verifica-se que estas técnicas são primordiais para utilização nos meios alternativos de resolução de litígios: conciliação, mediação e negociação.

Algumas *soft skills* são instrumentos facilitadores, por exemplo, que permitirão ao advogado, em tentativa de solução dos problemas do seu cliente, encontrar a ZOPA-Zona de Possível Acordo com a parte adversa.

O sucesso de uma mediação, conciliação e/ou negociação depende muito da forma como se percebe a pessoa, isto é, envolve percepção e influência.

Portanto é que, no momento único em que estamos vivendo, não só em termos tecnológicos, mas também num mundo em que os transtornos psicológicos e de ansiedade tomam conta das pessoas, é necessário muito mais para o advogado.

Não basta ser apenas um exímio conhecedor e sabedor das leis. É imprescindível que desenvolvam outras habilidades e competências não jurídicas que lhe auxiliem numa maior compreensão e gerenciamento dos conflitos, questionando as narrativas de forma técnica e eficiente, com aplicação de conceitos que lhe permitam ter uma visão sistêmica do conflito posto à sua resolução, buscando soluções eficazes que atendam as partes envolvidas.

Apenas um bom currículo não basta. É preciso ir além. É primordial aperfeiçoar essas habilidades para um bom progresso profissional. E o pleno desenvolvimento das *soft skills* é uma das tendências atuais para a valorização do profissional da advocacia.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Mariah. **Dez habilidades profissionais do futuro para ter em 2020**. Disponível em: https://blog.impulseup.com/habilidades-futuro-2020/. Acesso em: 14 out. 2020.

BIGARELLI, Barbara. **As dez competências para 2025**. Disponível em: https://valor.globo.com/carreira/noticia/2020/10/23/as-dez-competencias-para-2025.ghtml. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

_____ . Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

_____ . Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. 2010. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156 >. Acesso em: 16 out. 2020.

_____ . Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file. Acesso em: 14 out. 2020.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Negociação, conciliação e mediação**: impactos da pandemia na cultura do consenso e na educação jurídica. Florianópolis, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle. Acesso em: 28 out 2020.

KRZNARIC, Roman. **O poder da empatia**: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

PETERSEN, Ana Cecília. **Conheça as 10 Soft Skills mais valorizadas pelo mundo do trabalho em 2020**. Disponível em: https://blog.carreiras.pucrs.br/conheca-as-10-softskills-mais-valorizadas-pelo-mundo-do-trabalho-em-2020/. Acesso em: 16 out. 2020.

SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marcos Antônio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SLASH EDUCAÇÃO. Tudo o que você precisa saber sobre soft skills e como desenvolvê-las na prática - **E-book Slash/Education**, PUCPR - Grupo Marista, 2020. Disponível em: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/6110345/slash-ebook_Tudo-sobre-soft-skills.pdf. Acesso em 14/10/2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Future of Jobs**. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Future of Jobs**. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

 doi: 10.47595/cjsiurj.v2i1.33

AS RECENTES PERSPECTIVAS LEGITIMATÓRIAS DO *JUDICIAL REVIEW* NO CONSTITUCIONALISMO ATUAL DEMOCRÁTICO

THE RECENT LEGITIMATE PERSPECTIVES OF THE JUDICIAL REVIEW ON DEMOCRATIC CURRENT CONSTITUTIONALISM

Larissa Waked Furtado[1]

Resumo: Na contemporaneidade observa-se uma necessidade em relevar a legitimidade de juízes não eleitos para rever as disposições políticas tomadas na seara dos órgãos representativos de anseio popular. Nesta conjuntura, o problema aqui abordado sintetiza um conflito político entre as cortes judiciais e os campos legislativos que se encontram presentes em uma sociedade democrática como a brasileira. Portanto, com vistas a analisar o ambiente elementar do neoconstitucionalismo, bem como a sua plausível aparência na contemporaneidade, o presente estudo tem por objetivo revisar as atuais perspectivas legitimatórias do Judicial Review frente ao constitucionalismo atual democrático. Como justificativa para o desenvolvimento do presente estudo, observa- se que há distintos pontos de vistas acerca da probabilidade, bem como da validade dos tribunais constitucionais retirarem normas do ordenamento jurídico. Portanto, enxerga-se uma oportunidade de tratar acerca de análises que abordam um possível conflito existente entre o direito e a política no constitucionalismo hodierno. Esta pesquisa é de natureza qualitativa, do tipo exploratória-descritiva e utiliza como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica. Concluiu-se que a revisão judicial, um dos grandes focos de discussão na teoria constitucional norte-americana da segunda metade do século XX, amparada nas teses do constitucionalismo democrático e procedimentalista, robustece os valores democráticos a partir do neoconstitucionalismo, consolidando e efetivando os direitos básicos.

Palavras-Chave: Constitucionalismo; Democracia; Revisão judicial.

Abstract: Nowadays, there is a need to highlight the legitimacy of unelected judges to review the political provisions taken in fields representing the popular desire of the people. At this juncture, the problem addressed here synthesizes a political conflict between the judicial courts and the legislative fields that are present in a democratic society like the Brazilian one. Therefore, with a view to analyze the elementary environment of neoconstitutionalism, as well as its plausible appearance in contemporary times, the present study aims to review the current legitimate perspectives of the Judicial Review in view of the current democratic constitutionalism. As a justification for the development of this study, it is observed that there are different points of view about the probability, as well as the validity of the constitutional courts to withdraw norms from the legal system. Therefore, we see an opportunity to deal with analyses that address a possible conflict between law and politics in today's constitutionalism. This research is of a qualitative nature, exploratory-descriptive, using methodological bibliographic review. It was concluded that the judicial review, one of the major points of discussion in the North American constitutional theory of the second half of the 20th century, supported by the theses of democratic and proceduralist constitutionalism, strengthens democratic values from neoconstitutionalism, consolidating and enforcing rights basic.

Keywords: Constitutionalism; Democracy; Judicial Review.

Introdução

[1] Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Portucalense, Porto, Portugal. e-mail:larissa.waked@gmail.com

Inicialmente, compete dizer que, frente ao panorama jurídico contemporâneo, os conceitos e sentidos de Constituição não computam tratamento padrão, despontando, assim, variações em consonância com a conjuntura e a tradição vivenciadas. Neste contexto, torna-se admissível apreender que os embasamentos do constitucionalismo atual se mostram inacabados para objetar os desafios do denominado "novo constitucionalismo", pois as modificações das dimensões políticas e geográficas, com a emergência de mercados comuns e o fim da bipolaridade do tempo da Guerra Fria, somados à discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais, acabam por reivindicar uma nova perspectiva argumentativa constitucional, progressivamente direcionada para a garantia de direitos individuais.

Diante disto, tem-se o *judicial review* (revisão judicial), que trata de um procedimento em que as ações executivas ou legislativas se encontram expostas à uma revisão do Poder Judiciário de determinado país: um tribunal, tendo a devida autoridade para revisão judicial, pode anular leis, atos e ações governamentais que se mostrem conflitantes com um comando superior. Desse modo, a revisão judicial é um dos freios e contrapesos na separação de poderes: o poder do judiciário de supervisionar os poderes legislativo e executivo quando estes excederem sua autoridade. A doutrina varia entre jurisdições, portanto, o procedimento e o escopo da revisão judicial podem diferir entre e dentro dos países.

Como problema do estudo, observa-se na contemporaneidade uma necessidade em relevar a legitimidade de juízes não eleitos para rever as disposições políticas tomadas na seara dos órgãos representativos de anseio popular. Nesta conjuntura, o problema sintetiza um conflito político entre as cortes judiciais e os campos legislativos de sociedades democráticas. Visando analisar o ambiente elementar do neoconstitucionalismo, bem como a sua plausível aparência na contemporaneidade, objetiva-se aqui debater as atuais perspectivas legitimatórias do *judicial review* frente ao constitucionalismo atual democrático.

A pesquisa aqui apresentada é de natureza qualitativa, do tipo exploratória-descritiva, com a coleta de informações posteriormente expostas e analisadas por meio da metodologia de revisão bibliográfica. Como justificativa para o desenvolvimento deste estudo, observa- se que há distintos pontos de vista acerca da probabilidade, bem como da validade dos tribunais constitucionais retirarem normas do ordenamento jurídico. Vislumbra-se aqui uma oportunidade de tratar acerca de análises que abordam um possível conflito existente entre o direito e a política no constitucionalismo hodierno.

Estruturalmente, a seção 1 trata da doutrina do Constitucionalismo, a seção 2 aborda a Revisão Judicial, a seção 3 apresenta a revisão judicial como essência do Constitucionalismo, a seção 4 aborda a legitimidade da revisão judicial.

Constitucionalismo

Sabe-se que o constitucionalismo trata da doutrina de que a autoridade de um Governo é determinada por um corpo de leis ou constituição. Embora o constitucionalismo às vezes seja considerado sinônimo de Governo limitado, essa é apenas uma interpretação e, de maneira alguma, a mais importante historicamente. Em geral, o constitucionalismo refere-se a esforços para impedir um Governo arbitrário. No seu nível mais genérico, a arbitrariedade consiste na capacidade dos governantes de governar voluntariamente e de servir aos seus próprios interesses, e não aos dos governados. O constitucionalismo tenta evitar esses perigos projetando mecanismos que determinam quem pode governar, como e com que propósito.

No entanto, as tradições constitucionais diferem quanto ao que conta precisamente como um ato arbitrário e quais mecanismos oferecem a melhor defesa contra atos arbitrários que ocorram. A tradição republicana clássica, relacionada por seus intérpretes neorrepublicanos ao constitucionalismo político, identifica a arbitrariedade com a dominação dos governados por seus governantes e procura evitá-la estabelecendo uma condição de igualdade política, caracterizada por um equilíbrio de poder entre todos os grupos e partidos relevantes dentro de uma política, para que ninguém possa governar sem consultar os interesses dos governados (DALMAU, 2011).

De tal modo, ambas as tradições estão presentes na maioria das democracias e podem ser encontradas lado a lado em muitas constituições. A primeira tradição concentra-se no desenho e funcionamento do processo democrático, incluindo a seleção de sistemas eleitorais e a escolha entre formas presidenciais ou parlamentares de Governo, acordos unitários ou federais e unicameralismo, ou bicameralismo (DALMAU, 2012). Todavia, embora o detalhamento desses mecanismos processuais e as relações entre eles geralmente constituam a maior parte da maioria dos documentos constitucionais, sua importância constitucional passou a ser ofuscada – particularmente nos círculos jurídicos – pela segunda tradição. Essa visão enfatiza a especificação e a proteção judicial das diferentes competências do sistema político e dos direitos constitucionalmente arraigados por um tribunal constitucional (BARBOSA, 2015).

Neste liame, teóricos políticos e cientistas discordam se essas duas tradições são complementares, implicadas entre si ou incompatíveis, com a segunda opção frequentemente vista como necessária para garantir a imparcialidade dos procedimentos e/ou os resultados da primeira (PASTOR, 2012). No entanto, abre-se, por sua vez, dúvidas sobre se os tribunais são, ou poderiam ser, verdadeiramente vinculados por constituições, para que a lei, em vez de os juízes, governem e, se for o caso, se os processos judiciais não são mais arbitrários e propensos

a erro para decidir os resultados constitucionais do que os procedimentos e resultados democráticos que costumam ser legitimamente limitados (ARMENGOL, 2012).

`

É possível entender que o constitucionalismo é a ideia, frequentemente associada às teorias políticas de John Locke e dos fundadores da república americana, de que o Governo pode e deve ser legalmente limitado em seus poderes e que sua autoridade ou legitimidade depende de observar essas limitações. Essa ideia traz consigo uma série de questões de interesse não apenas para estudiosos do Direito, mas para qualquer pessoa interessada em explorar os fundamentos jurídicos e filosóficos do Estado. Uma constituição deve estabelecer uma estrutura estável para o exercício do Poder Público, que de alguma forma é fixado por fatores como significado público original ou intenções de autoria ou pode ser uma entidade viva que cresce e se desenvolve em conjunto com a mudança de valores e princípios políticos (DALMAU, 2011).

`

Em algum sentido mínimo do termo, uma constituição consiste em um conjunto de normas (regras, princípios ou valores) que criam, estruturam e, possivelmente, definem os limites do poder ou autoridade do Governo. Entendidos dessa maneira, todos os Estados têm constituições e todos os Estados são Estados constitucionais (SANTAMARÍA, 2011). Qualquer coisa reconhecível como um Estado deve ter algum meio de constituir e especificar os limites (ou a falta dele) impostos às três formas básicas de poder de Governo: Poder Legislativo (criação de novas leis), Poder Executivo (execução de leis) e Poder Judiciário (julgamento de disputas) (SANTOS, 2011).

`

Sendo assim, pode-se dizer que a constituição desse estado contém apenas uma regra, que concede poder ilimitado à Rex. Ele não é legalmente responsável pela sabedoria ou moralidade de seus decretos, nem é obrigado por procedimentos, ou quaisquer outros tipos de limitações ou requisitos, no exercício de seus poderes: tudo o que Rex decreta é constitucionalmente válido. Quando os estudiosos falam em constitucionalismo, no entanto, normalmente significa algo que descarta o caso de Rex. Significa não apenas que existem normas que criam poderes legislativos, executivos e judiciais, mas que essas normas impõem limites significativos a esses poderes. Frequentemente, essas limitações estão na forma de direitos civis contra o Governo, como liberdade de expressão, associação, igualdade e devido processo legal. Mas os limites constitucionais vêm de várias formas (PASTOR, 2012).

Eles podem se referir a coisas como o escopo da autoridade (por exemplo, em um sistema federal, governos provinciais ou estaduais podem ter autoridade sobre cuidados de saúde e educação, enquanto a jurisdição do Governo Federal se estende à defesa e transporte nacional); os mecanismos utilizados no exercício do poder relevante (por exemplo, requisitos processuais

que regem a forma e o modo da legislação), e, claro, direitos civis (por exemplo, em uma Carta ou Declaração de Direitos) (DALMAU, 2011). O constitucionalismo é a ideia de que o Governo pode/deve ser limitado em seus poderes e que sua autoridade depende de observar essas limitações. Nesse sentido mais rico do termo, a sociedade de Rex não adotou o constitucionalismo porque a regra que confere seus poderes não lhes impõe limites constitucionais (ARMENGOL, 2012) .

Ao discutir a história e a natureza do constitucionalismo, muitas vezes é feita uma comparação entre Thomas Hobbes e John Locke, que se acredita terem defendido, respectivamente, a noção de soberania constitucionalmente ilimitada. Mas um ponto focal igualmente bom é o teórico jurídico inglês John Austin que, como Hobbes, pensava que a própria noção de soberania limitada é incoerente. Para Austin, toda lei é o comando de uma pessoa soberana ou corpo de pessoas, e, portanto, a noção de que o soberano possa ser limitado por lei exige um soberano que seja auto vinculativo, que comande a si próprio.

Mas, ninguém pode comandar a si mesmo, exceto em algum sentido figurado, de modo que, para Austin e Hobbes, a noção de soberania limitada é tão incoerente quanto a ideia de um círculo quadrado. E embora uma vez esse recurso da teoria de Austin tenha alguma plausibilidade superficial quando aplicado ao sistema de Governo, o britânico por exemplo, onde o Parlamento costumava ser supremo e constitucionalmente ilimitado, ele enfrenta dificuldades óbvias quando aplicado à maioria das outras democracias constitucionais, como encontra-se nos Estados Unidos, Canadá, México e Alemanha, onde é abundantemente claro que os poderes do Governo são legalmente limitados por uma constituição (SANTOS, 2011).

Portanto, a resposta de Austin a essa aparente fraqueza em sua teoria foi apelar à soberania popular, a ideia de que o poder soberano reside, em última instância, no "povo", ou seja, na população em geral. Os órgãos governamentais – por exemplo, Parlamento ou Judiciário – podem ser limitados pela lei constitucional, mas o povo, soberano, permanece ilimitado em seus poderes de comando.

Judicial Review

A *judicial review* (revisão judicial) trata da capacidade que o Judiciário tem de rever os atos dos demais poderes e determinar se tais ações são consistentes com a constituição. Ações julgadas inconsistentes são declaradas inconstitucionais e, portanto, nulas. A instituição da revisão judicial, nesse sentido, depende da existência de uma constituição escrita (CARNEIRO, 2015). O uso convencional do termo “revisão judicial” poderia ser descrito com mais precisão

como “revisão constitucional”, porque também existe uma longa prática de revisão judicial das ações de órgãos administrativos que exige que os tribunais não tenham o poder de declarar essas ações inconstitucionais nem que o país tem uma constituição escrita (CLÉVE & LORENZETTO, 2016).

` Assim, essa “análise administrativa” avalia as ações supostamente questionáveis dos administradores em relação aos padrões de razoabilidade e abuso de discrição. Quando os tribunais determinam que as ações administrativas contestadas são irracionais ou envolvem abusos de discrição, essas ações são declaradas nulas e sem efeito, assim como as ações julgadas inconsistentes com os requisitos constitucionais quando os tribunais exercem uma revisão judicial no sentido convencional ou constitucional.

Se um tribunal tem ou não o poder de declarar inconstitucionais os atos de agências governamentais, pode obter o mesmo efeito exercendo uma revisão judicial “indireta”. Nesses casos, o tribunal declara que uma regra ou ação contestada não poderia ter sido pretendida pelo legislador porque é inconsistente com algumas outras leis ou princípios legais estabelecidos (CRISTÓVAM, 2015). A revisão judicial pode ser entendida no contexto de dois sistemas jurídicos distintos, mas paralelos - Direito Civil e Direito Comum - e também por duas teorias distintas da democracia sobre a maneira pela qual o Governo deve ser organizado com respeito aos princípios e doutrinas legislativas - supremacia e separação de poderes (DIMOULIS & LUNARDI, 2016)

` Primeiro, dois sistemas jurídicos distintos, o Direito Civil e o Direito Comum têm opiniões diferentes sobre a revisão judicial. Os juízes de Direito Comum são vistos como fontes de direito, capazes de criar novos princípios jurídicos e também de rejeitar princípios jurídicos que não são mais válidos. Na tradição do Direito Civil, os juízes são vistos como aqueles que aplicam a lei, sem poder para criar (ou destruir) princípios legais (GROSS, 2016). A ideia de separação de poderes é outra teoria sobre como o Governo de uma sociedade democrática deve ser organizado. Em contraste com a supremacia legislativa, a ideia de separação de poderes foi introduzida pela primeira vez por Montesquieu, mais tarde institucionalizada nos Estados Unidos pela decisão da Suprema Corte em Marbury *versus* Madison, sob a corte de John Marshall (KREUTZFELD, 2013).

A separação de poderes é baseada na ideia de que nenhum ramo do Governo deve poder exercer poder sobre qualquer outro ramo sem o devido processo legal: cada ramo do Governo deve verificar os poderes dos outros ramos do Governo, criando assim um equilíbrio regulatório e a chave para essa ideia são freios e contrapesos. Nos Estados Unidos, a revisão judicial é considerada uma verificação fundamental dos poderes dos outros dois ramos do Governo pelo

Judiciário (CLÉVE & LORENZETTO, 2016).

As diferenças na organização das sociedades "democráticas" levaram a diferentes pontos de vista sobre a revisão judicial, como as sociedades baseadas no direito comum e as que enfatizam a separação de poderes com maior probabilidade de utilizar a revisão judicial. No entanto, muitos países cujos sistemas jurídicos se baseiam na ideia de supremacia legislativa aprenderam os possíveis perigos e limitações de confiar o poder exclusivamente ao poder legislativo do Governo, assim como países com sistemas de Direito Civil adotaram uma forma de revisão judicial para conter a tirania da maioria (DIMOULIS & LUNARDI, 2016). Outra razão pela qual a revisão judicial deve ser entendida no contexto do desenvolvimento de dois sistemas jurídicos distintos (Direito Civil e Direito Comum) e duas teorias da democracia (supremacia legislativa e separação de poderes), é que alguns países com sistemas de Direito Comum não possuem revisão judicial da legislação primária.

`

Embora um sistema de Direito Comum esteja presente em alguns lugares, como o Reino Unido, o país ainda tem um forte apego à ideia de supremacia legislativa; consequentemente, juízes no Reino Unido não têm o poder de derrubar a legislação primária. No entanto, desde que o Reino Unido se tornou membro da União Europeia, houve uma tensão entre sua tendência à supremacia legislativa e o sistema jurídico da União Europeia (UE), o que confere especificamente ao Tribunal de Justiça da UE o poder de revisão judicial (CARNEIRO, 2015).

Com isto, observa-se que a maioria dos sistemas jurídicos modernos permite que os tribunais analisem atos administrativos, que são decisões individuais de um órgão público, como uma decisão de conceder um subsídio ou retirar uma autorização de residência. Na maioria dos sistemas, isso também inclui a revisão do direito derivado, regras legalmente de aplicabilidade geral adotadas pelos órgãos administrativos).

Alguns países, como a França e a Alemanha, implementaram um sistema de tribunais administrativos encarregados de resolver disputas entre membros do público e da administração. Em outros países, incluindo Estados Unidos e Reino Unido, a revisão judicial é realizada por tribunais civis regulares, embora possa ser delegada a painéis especializados dentro desses tribunais, como o Tribunal Administrativo do Tribunal Superior da Inglaterra e do País de Gales (CLÉVE & LORENZETTO, 2016).

Nota-se que os Estados Unidos empregam um sistema misto, no qual algumas decisões administrativas são revisadas pelos tribunais distritais dos Estados Unidos, que são os tribunais de julgamento geral. Algumas são revisadas diretamente pelos tribunais de apelações dos Estados Unidos e outras são revisadas por tribunais especializados como o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para Reivindicações de Veteranos que, apesar do nome, não faz

parte tecnicamente do ramo judicial federal.

Existem três abordagens amplas para a revisão judicial da constitucionalidade da legislação primária, ou seja, leis aprovadas diretamente por uma legislatura eleita. Alguns países não permitem uma revisão da validade da legislação primária. No Reino Unido, os estatutos não podem ser anulados sob a doutrina da soberania parlamentar. Outro exemplo é a Holanda, onde a constituição proíbe expressamente os tribunais de se pronunciarem sobre a questão da constitucionalidade da legislação primária (GROSS, 2016).

Nos Estados Unidos, os tribunais federais e estaduais em todos os níveis, de apelação e de julgamento, são capazes de revisar e declarar a "constitucionalidade" ou acordo com a Constituição por um processo de interpretação judicial que é relevante para qualquer caso adequadamente dentro de sua jurisdição (KREUTZFELD, 2013). Sendo assim, é bastante comum que, antes que um pedido de revisão judicial de um ato administrativo, sejam apresentadas a um tribunal certas condições preliminares (como uma reclamação à própria autoridade) que devem ser cumpridas.

Na maioria dos países, os tribunais aplicam procedimentos especiais em casos administrativos. É comum afirmar que isso foi estabelecido no caso Marbury *versus* Madison, que foi discutido na Suprema Corte em 1803. Um sistema semelhante também foi adotado na Austrália. Portanto, nota-se que, na linguagem jurídica americana, revisão judicial refere-se principalmente à adjudicação da constitucionalidade dos estatutos, especialmente pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Judicial Review: a essência do Constitucionalismo

`

Nos países democráticos, sabe-se que o Judiciário reveste-se de grande importância. O principal papel do tribunal é o de resolver as disputas e dispensar a justiça entre um cidadão e outro. Mas os tribunais devem resolver as disputas entre o cidadão e o Estado, bem como os vários órgãos do Estado. Em muitos países observa-se que, constitucionalmente, prevalece a doutrina da revisão judicial. Isto significa que a constituição é a lei suprema e qualquer lei inconsistente com ela é nula. Os tribunais realizam o papel de expor as disposições da constituição e exercer o poder de declarar qualquer lei ou ação administrativa que seja inconsistente com a constituição.

Neste contexto, o tribunal pode declarar inválido qualquer exercício de poder se infringir qualquer disposição da constituição. Essa função judicial decorre do sentimento de que um sistema baseado na constituição escrita dificilmente pode ser eficaz na prática sem um árbitro

autoritário independente e imparcial das questões constitucionais e também que é necessário restringir os órgãos governamentais de exercer poderes que não podem ser sancionados pela constituição. Sendo assim, a revisão judicial serve como uma verificação necessária para os possíveis excessos do legislador e do executivo (PIGNATARI, 2012).

Por exemplo, percebendo esses fundamentos filosóficos da constituição, a Constituição indiana fornece subsídios expressamente para a revisão judicial. A doutrina da revisão judicial tem sido usada pelo judiciário indiano com grande entusiasmo e sustenta a supremacia da constituição. Desde a independência até agora, o escopo de revisão judicial foi estendido repetidamente pelo Supremo Tribunal e pelo Supremo Tribunal da Índia para dentro de seu alcance (VICENTE & ALEXANDRINO, 2015).

A revisão judicial é a doutrina da teoria democrática sob a qual a ação legislativa e executiva se mostra sujeita a invalidação pelo judiciário. É o exame, pelos tribunais de um país, das ações do legislativo, executivo e administrativo do governo, visando que essas ações estejam em conformidade com as disposições da constituição (BARROSO, 2010). Portanto, em outras palavras, é o controle de dois ramos do Governo (ou seja, o Executivo e Legislativo) pelo terceiro ramo (ou seja, o Judiciário) somente na medida em que suas ações sejam em conformidade e não violando a constituição

De tal modo, as ações que não estão em conformidade são inconstitucionais e, portanto, nulas. Como já visto, a prática é geralmente considerada como tendo começado com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em Marbury versus Madison. Várias constituições elaboradas na Europa e na Ásia após a Segunda Guerra Mundial incorporaram revisão judicial. Especialmente sujeitas a escrutínio nos EUA, foram ações relacionadas a direitos civis, liberdade civil, devido direito, igualdade de proteção nos termos da lei, liberdade religiosa, liberdade de expressão e direitos de privacidade (MASSON, 2020).

Analisa-se que a revisão judicial é um exemplo do funcionamento da separação de poderes em um Governo moderno, sistema no qual o Judiciário é um dos três ramos do governo. Este princípio é interpretado diferentemente em diversas jurisdições, que também têm visões diferentes sobre as diferentes hierarquias de normas governamentais. Como resultado, o procedimento e o escopo da revisão judicial diferem de país para país e Estado para Estado

Ao contrário dos EUA, a constituição da Índia estabelece explicitamente a doutrina da revisão judicial sob artigos como 13, 32, 131 a 136, 143, 226 e 246. A doutrina da revisão judicial é, portanto, firmemente enraizada na Índia e tem a sanção explícita da constituição. O Artigo 13 chega a dizer que o Estado não fará nenhuma lei que implique afastar ou abreviar os direitos conferidos por esta e qualquer lei feita em desacordo com esta cláusula na medida em

que a contravenção seja anulada. Os tribunais da Índia estão, portanto, sob o dever constitucional de interpretar a constituição e declarar a lei como disposição inconstitucional.

A Suprema Corte declarou em State of Madras *versus* Row que a constituição contém o provisão para a revisão judicial do legislativo quanto à sua conformidade com a constituição e que o os tribunais enfrentam uma tarefa tão importante e nada fácil, não por qualquer desejo de se inclinar para o legislativo autoridade no espírito dos cruzados, mas no cumprimento do dever claramente estabelecido pela constituição.

O Tribunal Supremo de Goplalan *versus* Estado de Madras observou que, na Índia, é a Constituição que é lei suprema e estatutária para ser válida e deve, em todos os casos, estar em conformidade com os requisitos constitucionais, cabendo ao Judiciário decidir se qualquer emenda é constitucional ou não e se uma legislatura infringe qualquer limite constitucional que o tribunal tenha para declarar a lei inconstitucional. As doutrinas de supremacia da constituição foram expandidas com lucidez e força em Rajasthan *versus* Union of India, onde o tribunal observou que era necessário afirmar em termos mais claros, particularmente no contexto da história recente, que a constituição é suprema *lex*, a lei permanente da terra, e não há departamento ou ramo da Governo acima ou além dele.

Igualmente, todo órgão do Governo, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, deriva sua autoridade da constituição e deve agir dentro dos limites de sua autoridade. Ninguém, por mais altamente colocado, e nenhuma autoridade, por mais elevada que seja, pode afirmar que será o único juiz. na medida em que seu poder sob a constituição e sua ação está dentro dos limites de tal poder estabelecidos pela Constituição.

A legitimidade do judicial review: os limites do diálogo entre tribunais e legislaturas

A teoria do "diálogo institucional", como se pode chamar, pode ser vista como uma contribuição canadense ao debate sobre a legitimidade democrática da revisão judicial. De acordo com essa teoria, os tribunais e as legislaturas participam de um diálogo sobre a determinação do equilíbrio adequado entre os princípios constitucionais e as políticas públicas e, nesse caso, há boas razões para pensar na revisão judicial como democraticamente legítima. É um diálogo contínuo, porque o judiciário não tem necessariamente a última palavra em relação a questões e políticas constitucionais. As legislaturas quase sempre teriam o poder de reverter, modificar ou anular uma decisão judicial que anula a legislação e, portanto, atingir seus fins de política social ou econômica. Consequentemente, a objeção contra majoritária à

revisão judicial não pode ser sustentada.

A teoria do diálogo institucional emergiu conceitualmente da experiência do constitucionalismo canadense e à luz da prática constitucional sob a Carta Canadense de Direitos e Liberdades. A teoria afirma que essa forma de diálogo foi possível devido a várias disposições da Carta, sendo as duas mais importantes a cláusula de limitação e a cláusula de substituição (CHAVES & ALMEIDA, 2015). De acordo com a cláusula de limitação, os legisladores têm direito constitucional de limitar por lei quaisquer direitos garantidos, desde que os limites cumpram um conjunto de requisitos justificativos que equivalem a testes complexos de legitimidade, racionalidade, necessidade e proporcionalidade (REIS, 2014).

Sob a cláusula de substituição, os legisladores estão constitucionalmente autorizados a anular por lei certos direitos garantidos específicos, desde que a lei predominante declare expressamente que não obstante as disposições que mencionam os direitos garantidos específicos relevantes (SCHELEDER & ROBI FILHO, 2016). De tal maneira, percebe-se que alguém poderia acreditar que a teoria do diálogo institucional meramente descreve uma característica peculiar da estrutura constitucional canadense, o que seria errado. A teoria tem pertinência e apelo mais amplos. Por um lado, a ideia de que alguma forma de diálogo, discussão, comunicação, deliberação ou discurso possa conferir força legitimadora à autoridade política e à tomada de decisões tem sido um tema recorrente na legislação contemporânea. Por outro, um diálogo institucional pode ocorrer em qualquer lugar em que as legislaturas sejam capazes de reverter, modificar, evitar ou responder a decisões judiciais que anulam a legislação.

Em particular, pode ocorrer em qualquer jurisdição na qual a constituição contenha cláusulas de limitação explícitas ou na ausência de uma cláusula de limitação explícita enraizada na constituição, em que os tribunais tenham introduzido alguma forma de teste de equilíbrio para controlar a constitucionalidade das leis, limitando os direitos garantidos. De fato, segundo os teóricos do diálogo institucional, no Canadá, o diálogo institucional continuaria, principalmente sob a cláusula de limitação.

O problema de legitimidade levantado pela instituição de revisão judicial é bem conhecido. Está enraizado na suposição majoritária de que a fonte última de legislações legítimas em uma democracia reside na vontade da maioria do povo ou de seus representantes eleitos. Foi geralmente assumido, portanto, que a legislação, promulgada de acordo com a regra da maioria pelo povo ou por seus representantes eleitos é, em princípio, democraticamente legítima. Por outro lado, a revisão judicial envolve juízes que são capazes de anular a legislação promulgada democraticamente de acordo com a regra da maioria, e ainda assim esses juízes não são o povo nem são eleitos por eles; eles não representam os cidadãos e nem são

responsabilizados por suas decisões.

Portanto, entende-se que esse "estado de coisas" é essencialmente contra majoritário. Segue-se, então, que a revisão judicial é democraticamente ilegítima, em princípio, e que o ônus de mostrá-la legitimamente repousa sobre aqueles que a consideram desejável. Para esse fim, várias estratégias foram propostas, que podem ser descritas de várias formas, baseadas na fonte, no processo ou na substância. Observa-se que a abordagem mais duradoura e relevante é a baseada na fonte. Postula-se que a revisão judicial pode ser legitimada se, e somente se, for possível demonstrar que, de certa forma, essa abordagem possui uma fonte democrática positiva.

No contexto atual, houve duas estratégias principais baseadas em fontes. A primeira constitui a ortodoxia predominante no Canadá, existente também nos Estados Unidos. A legitimidade da revisão judicial da legislação, nessa visão, reside no fato de que a constituição escrita, com base na qual a revisão judicial encontra sua autoridade, foi iniciada, desejada ou ratificada pelo povo ou por seus representantes eleitos. No Canadá, por exemplo, em uma decisão importante que trata da legitimidade da revisão judicial, a Suprema Corte disse que não se deve esquecer que a decisão histórica de entrincheirar a Carta na Constituição foi tomada não pelos tribunais, mas pelos representantes eleitos do povo do Canadá. Foram esses representantes que ampliaram o escopo do julgamento constitucional e confiaram aos tribunais essa nova e onerosa responsabilidade, sendo que o julgamento sob a Carta deve ser abordado livre de quaisquer dúvidas remanescentes quanto à sua legitimidade (D. V. B. SOARES, 2017).

Mas essa visão é incoerente. Na medida em que a estratégia postula que a democracia representa o princípio normativo final subjacente à legislação legítima, significa que o povo ou seus representantes eleitos não apenas têm o direito final de governar sua sociedade, ou seja, de fazer ou desarmar qualquer lei, mas também que eles têm o direito de mudar de ideia em relação a qualquer princípio legal e política social. Essa ideia é expressa na noção de soberania popular e requer que uma democracia seja contínua. Consequentemente, e por questão de princípio, os tribunais devem sempre defender a lei que melhor representa a vontade ou o consentimento das pessoas reais ou de seus representantes eleitos. Daqui se conclui que, onde houver um claro conflito de leis, eles deverão defender a lei que foi promulgada pelo posterior corpo democrático de cidadãos.

No entanto, a primeira estratégia afirma que seria moralmente admissível que os tribunais defendessem a vontade ou o julgamento de cidadãos passados – a fonte da linhagem democrática legitimadora – contra a vontade ou os julgamentos dos cidadãos atuais e, assim, limitassem seu poder a determinam democraticamente para si mesmos que tipos de políticas,

valores, interesses e fins devem ser promovidos de acordo com seus próprios interesses.

A segunda estratégia pretende evitar essa incoerência. A legitimidade da revisão judicial, aqui, deriva do fato de que normas e valores constitucionais expressam um tipo de vontade coletiva que é democraticamente superior à vontade ou consentimento expresso em legislação comum. Essa estratégia pode assumir várias formas (CABRAL, 2013). De acordo com a noção de "dualismo democrático", por exemplo, a superioridade democrática da Constituição americana derivaria do fato de que seus valores são o resultado de raros momentos de legislações que consolidam os julgamentos considerados de uma massa de cidadãos mobilizados debatendo juntos, enquanto a legislação comum reflete apenas o trabalho diário dos políticos que falam através de instituições que, normalmente, não representam verdadeiramente os cidadãos. Assim, pode-se dizer que os tribunais, ao defender valores constitucionais contra alguma parte específica da legislação, frustram legitimamente a vontade dos representantes em nome do povo.

Outra forma desta segunda estratégia procede do que pode ser chamado de "dualismo democrático metafísico". Tal visão pressupõe, por exemplo, que exista uma tensão dentro de uma política democrática entre as pessoas "verdadeiras", que seriam racionais ou comprometidas com os propósitos autênticos da comunidade, e as pessoas "empíricas", aquelas que se expressam principalmente como eleitores em uma eleição e, muitas vezes, são guiados por suas emoções, interesses próprios, paixões, necessidades imediatas, retórica e conveniência em geral. Assim, onde algum exemplo de legislação comum seria inconsistente com os valores racionais das pessoas ou com os verdadeiros propósitos da comunidade, as pessoas "verdadeiras", embora teóricas, "realmente" desejariam anular as políticas que elas, manifestadas como eleitores, realmente deseja promover. Consequentemente, os tribunais teriam moralmente o direito de defender valores constitucionais contra legislação específica, pois estariam defendendo a "verdadeira" vontade do povo.

Essas versões das estratégias dualistas, assim como outras, podem ser questionáveis por seu mérito. Mas, mesmo sendo aceitáveis e coerentes internamente, dificilmente legitimam a instituição da revisão judicial. Primeiro, as estratégias não podem ter sucesso a menos que as normas expressas ou incorporadas na constituição escrita realmente restrinjam o processo de revisão constitucional. Caso contrário, os tribunais baseariam suas decisões em valores não expressos ou incorporados na constituição e, consequentemente, em valores não legitimados por sua estirpe democrática (SCHELEDER & ROBI FILHO, 2016). Atualmente, é amplamente reconhecido que as disposições constitucionais são vagas e indeterminadas e é discutível, por exemplo, que a Suprema Corte do Canadá tenha rejeitado qualquer forma de formalismo

jurídico com relação à interpretação constitucional. Portanto, argumentos democráticos baseados na fonte, dificilmente mostram que a revisão judicial é legítima: as estratégias descritas exigem que as normas constitucionais sejam esculpidas em um baldrame democrático.

Finalmente, mesmo se a constituição fosse democraticamente superior à legislação comum, não seria necessário que os juízes tivessem o poder de revisar a legislação. Na medida em que a legitimidade política é uma questão de linhagem democrática, parece que as legislaturas, e não os tribunais, devem ter moralmente o direito de tomar as decisões finais com relação à interpretação e aplicação constitucional – pela mesma razão pela qual melhor representam o povo. Essas estratégias parecem exigir supremacia legislativa, mesmo quando elas realmente procuram legitimar a supremacia judicial.

A teoria do diálogo institucional pode ser pensada como uma resposta às objeções anteriores; ou seja, a objeção do caráter contínuo da legitimidade democrática, a objeção da indeterminação e a objeção da supremacia judicial. Existem várias versões da teoria do diálogo institucional. No entendimento contemporâneo, a revisão judicial seria, por uma questão de fato empírica, parte de um "diálogo" entre os juízes e as legislaturas. Esse diálogo seria caracterizado pelo fato de que decisões judiciais baseadas na constituição, inclusive aqueles que derrubam a legislação quase sempre estão sujeitos à reversão, modificação ou evasão através do processo legislativo ordinário.

Todavia, embora os juízes possam avaliar a validade das leis de acordo com os valores da constituição, como as entendem, as legislaturas geralmente poderão respeitar os julgamentos judiciais ou corrigi-los, seja reformulando suas leis ou promulgando novas leis. As correções legislativas podem assumir várias formas. A Carta do Canadá, por exemplo, fornece quatro procedimentos, sendo os dois primeiros os mais importantes: 1) as legislaturas podem anular diretamente a decisão judicial que anula sua lei de acordo com a seção 33; 2) as legislaturas podem aprovar leis alternativas que atingir os objetivos legislativos da lei invalidada, ainda que por meios diferentes, de acordo com a seção 1 da Carta; 3) onde os direitos sejam "qualificados internamente", as legislaturas poderão aprovar novas leis que satisfaçam as exigências da Corte; 4) onde uma lei é derrubada com base nos direitos da igualdade, os legisladores têm uma variedade de medidas corretivas que lhes permitem definir suas próprias prioridades (SOARES, 2017)

De tal modo, as evidências empíricas que apoiam o diálogo institucional refutam a crítica da Carta baseada na legitimidade democrática. De fato, onde uma decisão judicial que estabelece uma lei com base na Carta pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei, qualquer preocupação com a legitimidade da revisão judicial é grandemente diminuída. A

objeção baseada no caráter contínuo da democracia é refutada. Embora os tribunais possam anular a legislação com base nas opiniões dos cidadãos anteriores, suas decisões quase sempre deixam espaço para respostas legislativas contemporâneas. Da mesma forma, a objeção à indeterminação perde seu ponto de vista (CHAVES & ALMEIDA, 2015)

Mesmo que os juízes fossem "ativistas" e aplicassem valores não consistentes com um entendimento "original" do texto ou não objetivamente comandado pelo texto, as legislaturas normalmente seriam capazes de conceber uma resposta que atinja os objetivos sociais ou econômicos que a decisão judicial impediu. Finalmente, a objeção da supremacia judicial é muito mais fraca do que se pensa (REIS, 2014). No entanto, embora os tribunais possam anular a legislação com base em seu próprio entendimento formal ou substantivo dos princípios e propósitos constitucionais, as legislaturas quase sempre podem reverter, modificar ou evitar suas decisões. Assim, como já foi observado, os tribunais não teriam a última palavra a respeito do equilíbrio adequado entre interesses individuais e políticas sociais e a constituição não seria necessariamente o que quer que os tribunais digam ser.

Daqui resulta que a revisão judicial raramente levantaria uma barreira absoluta aos desejos das instituições democráticas. Nesse sentido, não é antidemocrático. No final, se houver vontade democrática, o objetivo legislativo ainda poderá ser alcançado, embora com algumas novas salvaguardas para proteger os direitos e a liberdade individuais. Portanto, entende-se que a revisão judicial não é um tipo de veto sobre a política da nação. Além disso, a revisão judicial até aumentaria a democracia porque ocasionaria um debate público em que os valores da Carta teriam um papel mais proeminente do que teriam se não houvesse decisão judicial.

O conceito de diálogo pretende descrever todo o processo pelo qual a revisão judicial constitui o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores individualistas da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade como um todo. Argumenta-se que a experiência dos tribunais na interpretação dos direitos justifica que eles chamam a atenção do legislador para valores fundamentais que provavelmente serão ignorados ou refinados no processo legislativo, mas não na tentativa de terminar a conversa ou conduzir uma discussão, um monólogo em que as decisões da Carta são a palavra final (CABRAL, 2013). Assim, mesmo que as legislaturas sejam obrigadas a explicar explicitamente porque desejam limitar ou substituir certos direitos e liberdades, sua capacidade de responder ao Tribunal sem tentar restringir a Corte ou mudar a Constituição, como ocorreria sob o modelo americano de supremacia judicial, significa que a Corte não precisa ter a última palavra.

A teoria do diálogo institucional também foi endossada por outros juízes. No entanto, essa teoria foi vigorosamente criticada. Christopher Manfredi e James Kelly, por exemplo,

provavelmente capturaram algumas das principais fraquezas de suas alegações empíricas. Segundo eles, a demonstração empírica da qual a noção de diálogo parece depender sofre de várias falhas (FADEEV & SCHULZE, 2013). Em particular, alegam que muitas das sequências legislativas consideradas como evidência de diálogo podem ser consideradas simples atos de cumprimento de decisões judiciais e que a maioria das sequências legislativas envolveu mais do que pequenas alterações. Suas análises dos dados sugerem que o diálogo institucional é mais complexo e menos extenso do que o reivindicado por Hogg e Thornton (COLÓN-RÍOS, 2013).

Mas, a crítica mais importante para os propósitos do presente estudo se concentra nas reivindicações normativas da teoria do diálogo institucional. Segundo alguns, como Hogg e Thornton, a principal fraqueza da teoria, em uma perspectiva normativa, reside no fato de que ela mantém, de fato, a supremacia e a autoridade dos juízes em relação à interpretação constitucional. Por exemplo, Manfredi e Kelly argumentam que, além das alegações empíricas falhas, a metáfora do diálogo fornece apenas uma resposta fraca às questões normativas (FADEEV & SCHULZE, 2013).

Mark Tushnet sustenta que o tipo de diálogo descrito por Hogg e Thornton distorce a política e debilita a democracia. Distorce a política porque as legislaturas podem adaptar os estatutos a normas de significado constitucional articuladas judicialmente, acreditar erroneamente que a política preferida está fora da faixa disponível ou modificar suas leis antes de uma decisão final do tribunal de apelação, onde existe a ameaça de reversão constitucional (COLÓN-RÍOS, 2013). Sendo assim, nota-se que esse tipo de diálogo pode debilitar a democracia porque implica subordinação (ou obediência) legislativa ao monopólio dos tribunais sobre a interpretação correta da constituição. Portanto, pode-se dizer que o diálogo genuíno só existe quando as legislaturas são reconhecidas como intérpretes legítimos da constituição e têm meios efetivos para afirmar essa interpretação.

Conclusão

Concluiu-se que a prática da revisão judicial das leis vem sendo atualmente um dos grandes focos da discussão na teoria constitucional norte-americana a partir da segunda metade do século XX. De um modo genérico, duas teses habituais surgiram como argumentos básicos para ratificar a legitimidade deste instituto aqui aludido: a tese do constitucionalismo democrático, e a tese procedimentalista. Na primeira, tem-se que a Constituição carregaria um valor essencial inerente, resultante do período democrático distinto atravessado em épocas de determinação constituinte, que precisa ser conservado pelo *judicial review*. Na segunda, a tese

procedimentalista, que atém a competência das cortes para o *judicial review* ao amparo do próprio processo democrático e, do mesmo modo, procura impedir os desvios perpetrados no transcorrer da aceitação de leis no Congresso ou nas legislaturas estaduais.

Estas duas teses, assim sendo, robustecem valores democráticos assinalados. Enquanto a primeira observa a importância dos valores básicos expresso no documento constitucional, a segunda enxerga como fundamental a conservação da determinação democrática, como uma maneira de assegurar o princípio do autogoverno. Seguindo a lógica desenvolvida no transcorrer do presente estudo observou-se que, apesar as vozes opostas, o neoconstitucionalismo semelha agir de maneira contundente no sistema jurídico de muitos países, causando reflexos diretos na forma de interpretar a Constituição, bem como no desempenho da democracia, sem embargo dos alentos da globalização e das modificações causadas no padrão de Estado Constitucional.

Validamente, constatou-se que a sociedade constitucional, fundamentada em princípios, desponta na contemporaneidade com embasamento argumentativo e jurídico para a consolidação e efetividade dos direitos básicos, pois o valoramento dos itens normativos constitucionais, bem como a irradiação dos seus princípios e normas pelo sistema legal, através de procedimentos de ajuizamento e alegação, aplicadas por um Judiciário responsável e precavido às questões sociais, é apropriado de adjudicar preservação a deleções dos outros poderes no que se alude à contemplação de normas democráticas.

REFERÊNCIAS

ARMENGOL, C. M. V. (2012). **El derecho constitucional del siglo XXI em latinoamérica: Un cambio de paradigma**. In *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Tirant lo Blanc.

BARBOSA, M. L. (2015, fevereiro 19). ***Democracia direta e participativa**: Um diálogo entre a democracia no Brasil e o novo constitucionalismo latino americano* [DoctoralThesis]. UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/15223

BARROSO, L. R. (2010). ***Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* (7º ed). Saraiva.

CABRAL, B. F. (2013). ***Suprema Corte dos Estados Unidos**: Temas Polêmicos*. Editora Baraúna.

CARNEIRO, B. L. V. (2015). ***O controle jurisdicional das políticas públicas****: Possibilidades, limites e parâmetros. 65*.

CHAVES, C. T., & ALMEIDA, G. A. de (Orgs.). (2015). ***Democracia e Subjetividade****: Abordagens Interdisciplinares* (1ª edição). Editora D'Plácido.

CLÉVE, C. M., & LORENZETTO, B. M. (2016). ***Governo democrático e jurisdição constitucional*** (1ª edição). Fórum.

COLÓN-RÍOS, J. (2013). **Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy**: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America. *Victoria University of Wellington Law Review*, *44*, 521.

CRISTÓVAM, J. S. da S. (2015). ***Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público****—Novo Regime Jurídico-Administrativo e seus Princípios Constitucionais Estruturantes—Apresentação de Ubaldo Cesar Balthazar—Prefácio de Humberto Ávila, José Sérgio da Silva Cristóvam*. Juruá Editora. https://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=24063

DALMAU, R. M. (2011). **El proceso Constituyente:** La activación de la Soberanía. In *Ahora és cuando, carajo?* El viejo topo.

DALMAU, R. M. (2012). **La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos:** Avances y retrocesos. In *Por una asamblea constituyente: Una solución democrática a la crisis.* Ediciones Sequitur.

DIMOULIS, D., & LUNARDI, S. G. (2016). **Dimensões da constitucionalização das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo*, *273*, 237–267. https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66662

FADEEV, W. I., & SCHULZE, C. (2013). Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung. In ***Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland****: Rundtischgespräch an der Moskauer Staatlichen Juristischen Kutafin-Universität am 9. Und 10. Oktober 2012*. Universitätsverlag Potsdam.

GROSS, A. F. (2016). **Controle Judicial de Políticas Públicas:** Uma abordagem a partir do Consequencialismo. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, *41*(1), 150–167.

KREUTZFELD, B. (2013). ***O ativismo judicial na implementação de políticas públicas*****.**

MASSON, N. (2020). *Manual de Direito Constitucional (2020)—Editora Juspodivm*. https://www.editorajuspodivm.com.br/manual-de-direito-constitucional-2020

PASTOR, R. V. (2012). Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In ***Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*.** Tirant lo Blanc.

PIGNATARI, A. A. C. G. (2012). **Eficácia subjetiva das decisões judiciais no controle difuso-incidental de constitucionalidade.** *Revista da AJURIS*, *39*(125), 13–54.

REIS, I. C. (2014). ***Limites à legitimidade da jurisdição constitucional:*** *Análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha* [DoctoralThesis]. Universidade Federal de Pernambuco. https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11241

SANTAMARÍA, Á. (2011). ***El neoconstitucionalismo transformador:*** *El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2984

SANTOS, G. F. (2011). ***Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais*** (1ª edição). Juruá Editora.

SCHELEDER, A. F. P., & ROBI FILHO, I. N. (2016). ***Jurisdição Constitucional e Democracia***. Editora da Univali. https://emporiododireito.com.br/leitura/livro-jurisdicao-constitucional-e-democracia-disponivel-para-download

SOARES, D. V. B. (2017). ***Reconstruindo o conceito de independência judicial****: um olhar realista sobre o lugar do supremo na política*. https://core.ac.uk/reader/231259020

VICENTE, P., & ALEXANDRINO, M. (2015). ***Direito Constitucional descomplicado***. Forense. https://www3.livrariacultura.com.br/direito-constitucional-descomplicado-2112256374/p