

MOSTRA

CONEXÃO GRADUAÇÃO

ANAIS 1º/2022

SUMÁRIO

03 APRESENTAÇÃO

04 ARTIGO 1 – PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: HORAS IN TINERE

CLAUDINEIA DIAS DE MEIRA

34 ARTIGO 2 – ADOÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS SOCIOCULTURAIS

GICIELE PATRÍCIA SILVA GOMES

62 ARTIGO 3 – A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO §17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430/1996

JANAINA BONIFÁCIO DE SOUSA COELHO

88 ARTIGO 4 – A MEDIAÇÃO COMO MEIO PREVENTIVO AOS CONFLITOS FAMILIARES JUDICIAIS

LUIZA SOALHEIRO

ÉVORA GABRIELLY RIBEIRO DE MARTIN



APRESENTAÇÃO

Os presentes Anais da Mostra “Conexão Graduação” – 1º/2022 reúnem os trabalhos científicos apresentados no âmbito do projeto “Conexão Graduação”, desenvolvido pelo Pré-ENEM Comunitário do NIC – Núcleo de Incentivo à Cidadania, inscrito no CNPJ nº 06.986.035/0001-28.

A Mostra teve como principal objetivo promover a aproximação entre estudantes e profissionais, constituindo-se como um espaço de diálogo, troca de experiências e socialização do conhecimento científico, com foco no incentivo à formação acadêmica de estudantes em processo de preparação para o ingresso no Ensino Superior.

Por meio da apresentação de trabalhos acadêmicos, o evento Mostra “Conexão Graduação” – 1º/2022 buscou estimular o interesse pela pesquisa, fortalecer a formação educacional dos participantes e ampliar a compreensão acerca das possibilidades acadêmicas e profissionais no âmbito do Ensino Superior.

A iniciativa contribuiu, ainda, para o fortalecimento da cultura científica, incentivando o pensamento crítico, a produção de conhecimento e a integração entre a comunidade acadêmica, reunindo estudantes e profissionais de diferentes áreas, como Psicologia e Direito, reafirmando o compromisso do NIC com a educação, a cidadania e a transdisciplinaridade.

Jonathan Almeida Araújo
Presidente NIC

Contagem, 29 de junho 2022.

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: horas in itinere

Claudineia Dias de Meira¹

RESUMO: O presente artigo analisa a prevalência do negociado sobre o legislado no Direito Coletivo do Trabalho, especialmente após a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), com foco na discussão envolvendo as horas in itinere. A pesquisa utiliza como caso concreto o Recurso de Revista nº TST-RR-338-47.2017.5.07.0037, no qual se debateu a validade de cláusula coletiva que limitava o pagamento das horas de percurso a 50% do tempo efetivamente despendido pelo trabalhador. A partir da análise do acórdão e de decisões correlatas, examinam-se divergências jurisprudenciais no Tribunal Superior do Trabalho e os fundamentos constitucionais que sustentam o reconhecimento da negociação coletiva, com destaque para o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988. Também são abordados os impactos dos arts. 611-A e 611-B da CLT, bem como os debates doutrinários e principiológicos relativos à flexibilização de direitos, incluindo a relativização de princípios tradicionais do Direito do Trabalho, como proteção, irrenunciabilidade e intangibilidade salarial. Considera-se, ainda, o cenário de insegurança jurídica existente no período, marcado pela controvérsia submetida ao Supremo Tribunal Federal com repercussão geral acerca da validade de normas coletivas restritivas de direitos não previstos expressamente na Constituição, tema que, à época, ainda demandava consolidação definitiva.

Palavras-chave: Negociação coletiva; Reforma Trabalhista; Horas in itinere, Direito Coletivo do Trabalho.

¹ Advogada. E-mail: advclaudineiadias@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

O Direito do trabalho abrange dois segmentos, individual e coletivo, cada um possui suas próprias especificidades, institutos e princípios.

No entanto, o presente trabalho tratará especificamente da prevalência do negociado sobre o legislado previsto nos arts. 611-A e 611-B da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que foi inserido pela reforma trabalhista, Lei 13.467/2017 dentro do direito coletivo. No direito coletivo os empregados são representados pelos sindicatos da categoria profissional, e os empregadores também são representados pelos sindicatos patronais, desse modo por intermédio dos sindicatos se produzem várias regras jurídicas como Acordo Coletivo de Trabalho (AC) e Convenção Coletiva de Trabalho (CC) (Brasil, 1943). A Constituição Federal de 1998 (CF/88) em seu art. 7º, XXVI, reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, percebe-se que não se trata de um assunto novo, e não é de hoje que se discute a validade de norma coletivas nos tribunais (Brasil, 1988).

Para tratar do tema de forma mais prática, estudamos o caso concreto um acórdão Recurso de Revista do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que versa sobre horas in itinere previsto em norma coletiva.

O objetivo da pesquisa é mostrar as decisões dos Tribunais e suas divergências, assim como a doutrina, princípios e a legislação. Nota-se que o tema tomou ainda maior proporção após a reforma, que traz a previsão do negociado prevalecer sobre o legislado no qual o legislador possibilitou a supressão de vários direitos já conquistados pelo trabalhador, violando princípios gerais do Direito do Trabalho, vale ressaltar que não é algo totalmente negativo, pelo contrário, tem os pontos positivos. No entanto, ainda sim é necessário debater a questão em alguns pontos.



Nesse sentido, com a devida fundamentação, o parecer se debruça sobre tema e busca demonstrar a fragilidade que flexibilização trouxe, o qual tem aumentado a insegurança jurídica que para muitos é um retrocesso, tendo em vista que vários pontos possuem grave equívoco.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO

O acórdão em análise trata-se de Recurso de Revista nº TST-RR-338-47.2017.5.07.0037, Acórdão Regional publicado na vigência das leis nº 13.015/2014 e 13.467/2017 no qual Construtora Marquise S.A recorre do acórdão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho que deu parcial provimento ao recurso extraordinário determinando a dedução de eventuais valores depositados a título de cestas básicas (TST, 2009).

A recorrente foi condenada ao pagamento de horas in itinere ao recorrido Paulo André de Souza que somava duas horas in itinere diárias de sua residência até o local do serviço. Sustenta a recorrente que pagava uma hora in itinere por dia, conforme previsto em norma coletiva, ademais o tempo fixado se mostra proporcional, portanto, indica violação dos arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da CF/88, e divergência jurisprudencial, uma vez o TST que após detectar várias situações no qual havia grande desproporcionalidade e desequilíbrio entre os ajustes e a realidade dos fatos na SBDI-1 estabeleceu pressuposto objetivo de razoabilidade, por ocasião do julgamento do E-RR-470-29.2010.5.09.0091, em que o colegiado em sua maioria decidiu que a partir de então seria válida apenas as negociações que resultar em uma quantidade horas igual ou superior a 50% do tempo real despendido no trajeto. O recorrente sustenta os seguintes argumentos do recurso ordinário e embargos de declaração:



"RECURSO DO RECLAMADO. HORAS IN ITINERE. Demonstrado que o local da prestação laboral era de difícil acesso e sem transporte público regular, com fornecimento de meio de locomoção pela empresa, cabível o pagamento das horas in itinere, a teor do art. 58, da CLT, e da Súmula 90, do C. TST.
[...]

2) RECURSO DA RECLAMADA.

2.1) HORAS IN ITINERE

Com efeito, revelam os autos que o local em que o autor laborava era de difícil acesso, além de não ser servido por transporte público regular caracterizando como horas de trajeto o tempo despendido pelo reclamante até o seu local de trabalho, autorizando o cômputo de tal intervalo na jornada de trabalho do empregado, já que caracterizado horas in itinere, na exata acepção legal do termo.

Quanto ao tempo gasto no mesmo trajeto, merece mantido a conclusão sentencial, considerando que o autor declarou expressamente que saía do Distrito de Ingazeira às 6 horas, confessando que percorriam apenas uma hora, porquanto o ponto era registrado às 7h, não merecendo acolhimento a irresignação recursal.

De acordo com as provas dos autos - certidão de diligência produzida nos autos da ação nº 0001129- 80.2016.5.07.0027, em conjunto com o afirmado pelo autor, ou seja, que saía do Distrito de Ingazeira às 6 horas e fazia o percurso em uma hora, porquanto o ponto era registrado às 7 horas -, chegou-se à conclusão de que o reclamante demandava duas horas para fazer o trajeto, em transporte fornecido pela reclamada, de casa para o trabalho, vice e versa e não apenas 60 minutos, como alega o recorrente.

Todavia, a decisão de primeiro grau tomando por base os comprovantes de pagamentos colacionados aos autos - os quais revelaram que a empresa reclamada pagava uma hora extra in itinere diariamente, fruto do referido acordo coletivo - condenou a empresa reclamada ao pagamento de apenas uma hora extra por dia de trabalho, a título de diferença de horas in itinere, devidas somente a partir do segundo mês de trabalho, as quais deverão ser quitadas com acréscimo de 60% (TST, 2009).



Considerando que a decisão do TRT foi publicada em 2018, após a reforma trabalhista Lei 13.467/2017, portanto, o recurso de revista foi submetido ao crivo da transcendência, ou seja, analisar a importância fundamental da causa pelo fato de ser relevante não somente para as partes, mas também para a coletividade. O art.896-A da CLT estabelece no §1º que:

São indicadores de transcendência, entre outros, I - econômica, o elevado valor da causa; II - Política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista (Brasil, 1943).

Neste caso, foi verificada a transcendência política na medida em que a decisão regional se encontra contrária a jurisprudência da citada corte, logo preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso de Revista foi conhecido por violação do art.7º, XXVI, da CF/88 e provido (TST, 2009).

2.1 Decisão proferida pelo Tribunal

Os Ministros da Terceira Turma do TST, por unanimidade decide pelo conhecimento do Recurso de Revista da reclamada, por violação do art. 7º, XXVI, da CF/88, e no mérito deu provimento para afastar a condenação ao pagamento de horas in itinere ao reclamante. A fundamentação foi no sentido de que é válida a cláusula normativa que limita o pagamento das horas itinerárias, pois a reclamada efetuava o pagamento de 1 (uma) diária conforme estabelecido na norma coletiva ao reclamante que despendia de duas horas de trajeto ida e volta, ou seja, recebia por uma hora in itinere conforme previsto no acordo. Portanto um pequeno trecho do acórdão da 3ª turma do TST.



Há de se reconhecer, assim, que a norma coletiva aplicável ao presente caso, ao estabelecer o pagamento de 1 hora diária de percurso, ou seja, 50% do tempo efetivamente gasto, mostrou-se proporcional e, por consequência, válida, pelo que deve ser respeitada.

O eg. Tribunal Regional, desse modo, ao desconsiderar a norma coletiva, violou o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Dessa forma, uma vez evidenciado o desrespeito à norma coletiva pelo eg. Tribunal Regional, CONHEÇO do recurso de revista, por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal (TST, 2009).

Por fim, recurso conhecido e provido para afastar a condenação do recorrente ao pagamento de 1 (uma) horas in itinere diária.

3. ANÁLISE DAS DECISÕES CONFLITANTES

Há tempos que a prevalência do negociado sobre o legislado vem sido discutida pelos Tribunais Superiores antes mesmo da reforma, o TST sempre foi a favor da negociação, uma vez que tal previsão pode trazer melhoria para a condição tanto do empregado quanto do empregador, desde que não sejam ultrapassados direitos indisponíveis relativos à proteção da saúde física e mental, nota-se nos julgados a seguir a posição que o TST adota frente ao tema.

AGRAVO EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS IN ITINERE. CLÁUSULA NORMATIVA QUE SUPRIME O DIREITO À REMUNERAÇÃO. INVALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 894, § 2º, DA CLT. CONTRARIEDADE NÃO CARACTERIZADA À SÚMULA Nº 90 DO TST. Nos termos do artigo 894, § 2º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/2014, a divergência apta a ensejar os embargos deve ser atual, não se considerando que a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Discute-se a validade da norma coletiva que suprime o direito ao pagamento das horas in itinere. Por ser direito assegurado pela lei ao trabalhador, o pagamento de horas in itinere não pode ser suprimido por norma coletiva. Inválida é a cláusula convencional que assim dispõe. Tal matéria se encontra pacificada no âmbito desta Corte (TST, 2015).



O TST em suas decisões invalida cláusula de norma coletiva que trata de supressão de horas in itinere, pois menciona que direito assegurado pela lei não pode ser suprimido por norma coletiva, ademais considera os princípios do direito do trabalho em suas decisões, no sentido que a negociação coletiva não poderia representar vilipêndio a direitos indisponíveis aos trabalhadores, pois tal norma não pode afrontar aludidos direitos, dessa forma a CF/88 ao permitir referida negociação, não o fez para que direitos indisponíveis fossem desprezados.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ACORDO COLETIVO – LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXVI, ao permitir que as categorias profissionais e econômicas disciplinem as relações por ela travadas, não o fez de maneira a possibilitar o vilipêndio a direitos indisponíveis dos trabalhadores. Dessa forma, o negociado somente se afigurará passível de se sobrepor ao legislado, naquelas situações em que ausente a afronta aos aludidos direitos, o que não ocorre nos casos em que desrespeita normas inerentes à saúde do trabalhador, como é o caso da duração diária da jornada do trabalho. Agravo de instrumento desprovido (TST, 2009).

Entretanto no acórdão em análise, o TST tem uma posição, bastante razoável ao que se refere esse tema, ao julgar válida a norma que suprime apenas 50%, do tempo gasto, vejamos a seguir.

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA SUBSEÇÃO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 894, § 2º, DA CLT. Ressalvado o meu entendimento pessoal, a atual jurisprudência desta Corte Superior considera válida a cláusula normativa que limita o pagamento das horas in itinere, à luz do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. É necessário, porém, que a redução seja feita com parcimônia e esteja inserida em contexto de concessões mútuas entre o sindicato dos trabalhadores e o empregador ou a entidade sindical que o representa.



No caso, a norma coletiva previu o pagamento de uma hora diária, não obstante o percurso de três horas diárias, o que evidencia o abuso na redução, equivalente à própria supressão do direito. Nesse contexto, não há como reconhecer a validade da negociação. Vale notar que a SBDI-1 deste Tribunal adota como parâmetro objetivo o limite de 50% entre a duração do percurso e o tempo fixado pela norma coletiva, o que não foi observado na hipótese dos autos (TST, 2016).

Ademais, o STF reconhecia a validade das normas pactuadas em acordo ou convenção coletiva, ainda que disponha de redução de direitos trabalhistas, respeitando aqueles indisponíveis, no que se refere a horas in itinere vejamos a seguinte ementa.

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS IN ITINERE NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), a Constituição Federal “reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas”, tornando explícita inclusive “a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas”. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre “o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas jus trabalhistas de indisponibilidade absoluta”. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas in itinere na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades (TST, 2017).



Com o advento da Lei 13.467/2017, inseriu-se o art. 611-A E 611-B no qual o negociado prevalece sobre o legislado, entretanto, não há mais necessidade de contrapartidas como vinha sendo entendido pelo STF, salvo na hipótese de redução de salários e jornadas, o acordo ou a convenção é obrigado prevê a proteção dos empregados contra dispensa sem justa causa, pois assim preceitua o art. 611-A da CLT (Brasil, 1943).

Diante de tantas ações e não haver uma decisão consolidada, o julgamento virtual do (ARE 11.21633, p. 2) o relator Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela constitucionalidade e existência de repercussão geral da controvérsia alusiva a validade da norma que restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, e propôs a seguinte tese:

[...] Os acordos e convenções coletivos devem ser observados, ainda que afastem ou restrinjam direitos trabalhistas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias ao direito flexibilizado na negociação coletiva, resguardados, em qualquer caso, os direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados (TST, 2017).

No mesmo sentido o Ministro Roberto Barroso relator do RE 590.415, afirma que a sistemática de invalidação dos acordos e convenções com base na lógica de limitação da autonomia da vontade que é exclusivamente aplicada as relações individuais, violaria diversos dispositivos que regulamentam as negociações coletivas, assim como os conflitos coletivos. Ademais, as horas in itinere se relaciona diretamente com jornada e salário, que são temas que a Constituição Federal autoriza expressamente a negociação, portanto, não reconhecer a validade do acordo acerca das horas in itinere, o Tribunal viola o art. 7º, XXVI, da CF/88 (STF, 2019).



Dessa forma, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional analisada, julgou constitucional, contudo, no mérito não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento no plenário físico, que até o presente momento não foi julgado.

4. ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

A análise doutrinária em relação à prevalência do negociado sobre a norma legislada, sob os direitos dos empregados, flexibiliza que empregador e empregado, com assistência do sindicato, acordem determinada norma através de acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho desonerando o empregador de algumas obrigações com o empregado. Nota-se que, os acordos geralmente são economicamente vantajosos para as empresas, assim, os direitos negociados acabam atingindo negativamente os trabalhadores. Para Maurício Godinho Delgado (2016),

[...] o grande balizador das negociações coletivas em nosso modelo constitucional atual, assegurando-se que a prevalência do acordado sobre o legislado ocorresse em apenas duas hipóteses: a) quando a negociação coletiva implementar um padrão de direito superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas negociadas transacionam setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa, compreendidas pelo autor como aquelas que não envolvem o patamar civilizatório mínimo de direitos trabalhistas e a dignidade dos trabalhadores (por exemplo, salário mínimo, formalização do vínculo de emprego, normas de saúde e segurança, etc.). A negociação, ainda a partir da matriz constitucional, seria espaço para transação, mediante concessões recíprocas, mas jamais para renúncia de direitos trabalhistas (Delgado, 2016, p. 1645-1466).



O direito à negociação coletiva está previsto na Constituição Federal, que por sua vez assegura aos sindicatos a representatividade das categorias para a defesa dos interesses e direitos no âmbito judicial e administrativo, da mesma forma que os sindicatos patronais defendem os interesses das empresas. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”. Desta forma, com o reconhecimento constitucional é que se consolidou a possibilidade de fazer prevalecer à norma negociada sobre a norma legislada na regulação das condições de trabalho (CRFB, 1988).

Nesse sentido, a função das convenções coletivas seria para facilitar as negociações entre empregados e empregadores, devendo respeitar a legislação trabalhista. Ademais, a Convenção Coletiva deve atuar como intermediadora, visando evitar um possível constrangimento e desgaste que poderia surgir se empregador e empregado tivessem que negociar entre si. Já os acordos coletivos são atos jurídicos constituídos por empresas, com o sindicato dos trabalhadores, num âmbito mais limitado que as convenções, e seus efeitos serão aplicáveis apenas aos trabalhadores e empresas envolvidos nela, e não a toda classe. Em relação à hierarquia entre os acordos e convenções coletivas, o princípio da norma mais benéfica, pela lógica jurídica, deveria ter plena aplicação quanto ao conjunto de condições mais favoráveis ao trabalhador, porém, com ao advento da Reforma Trabalhista de 2017, os acordos coletivos terão prevalência sobre as convenções, independentemente das condições entabuladas, assim dispõe o artigo 620 da CLT: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (Brasil, 1943). A Consolidação das Leis Trabalhistas em seu artigo 611-A traz a seguinte redação:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I- pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II- banco de horas anual; III- intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas; IV- adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015; V- plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI- regulamento empresarial; VII- representante dos trabalhadores no local de trabalho; III- teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX- remuneração por produtividade, incluídas gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X- modalidade de registro de jornada de trabalho; XI- troca do dia de feriado; XII- enquadramento do grau de insalubridade; XIII- prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV- prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV- participação nos lucros ou resultados da empresa (Brasil, 1943) .

De acordo com Sussekind (2002, p.134): “independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”, nesse sentido, convencionou-se que o acordado em acordos e convenções coletivas de trabalho apenas poderiam estipular condições mais benéficas do que as existentes em lei. Porém, a legislação atual estabelece que o preceito das normas negociadas prevalece sobre as legisladas, mesmo que em confronto com o princípio da norma mais favorável ao empregado. A flexibilização de normas trabalhistas é positivo no sentido de rigidez, de acordo com Romar (2017):

[...] é um modelo que tem por objetivo tornar menos rígido o sistema de normas trabalhistas, permitindo a adoção de formas opcionais ou flexíveis de estipulação de condição de trabalho, tanto por intermédio da negociação coletiva como por negociação direta entre empregador e empregado, em detrimento da regulamentação normativa imperativa (Romar, 2017, p. 98).



Sabe-se da importância dos acordos e convenções, temos ciência do reconhecimento constitucional, porém o legislador ainda limitou a atuação jurisdicional, conforme prevê o §3º do art. 8º da CLT:

[...] No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (Brasil, 1943).

O doutrinador Martinez (2020) lamenta da seguinte forma:

[...] o magistrado não deve impedir o lícito desejar dos contratos coletivos, mas em nome disso, não pode sobre esse pretexto fechar os olhos para violação aos direitos fundamentais ou ainda a direito de terceiros. Entende ainda que o §3º quando diz intervir minimamente, não significa jamais intervir, mesmo respeitando a autonomia da vontade coletiva é necessário garantir os direitos já conquistados, ou seja não pode ser restrito apenas a análise dos requisitos formais e elementos essenciais do negócio jurídico (Martinez, 2020).

Nesse contexto é importante destacar que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição previsto no art. 7º, XXXV diz que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, é absurda essa limitação imposta ao judiciário sobre o controle do conteúdo da matéria do acordo ou convenção (Brasil, 1988).

Nesse sentido, é necessário brevemente olhar para questão dos sindicatos, uma vez que, a reforma também inovou nesse aspecto, o art. 545 da CLT, estabelece que o empregador só pode descontar da folha de pagamento a contribuição social caso o empregado autorize expressamente, acontece que aqueles que já não se sentiam representados pelo respectivo sindicato, imediatamente deixou de contribuir, situação que causou grandes impactos enfraquecendo a instituição (Brasil, 1943).



Ao mesmo tempo, a reforma inseriu o art. 611-A entre outros matérias que o negociado prevalecerá sobre o legislado deixando nas mãos dos sindicatos uma série de direitos a negociar, ou seja, delegando um poder de legislar, razão pela qual exige uma efetividade maior por parte deles, e que pode não vir a ocorrer. Já no que se refere a legitimação de seus atos negociais, presume-se que as ações desenvolvidas pelos sindicatos são legítimas, porém essa presunção pode se tornar algo perigoso (Brasil, 1943).

Assim sendo o doutrinador (Leite, 2020), opina de forma bem clara a esse respeito:

[...]O trabalhador não é verdadeiramente livre para se associar ao sindicato de sua preferência. A simples facultatividade de pagar contribuições sindicais, geralmente descontadas em folha de pagamento de salário, não confere liberdade aos trabalhadores, pois estes se encontram em situação de subordinação jurídica e, por via de regra, de dependência econômica em relação a seu empregador (Leite, 2020).

O fato de que no Brasil só pode existir um sindicato por categoria numa mesma base territorial, ser um país com alto índice de analfabetos e semianalfabetos, preocupa, e preocupa ainda mais o despreparo técnico dos dirigentes sindicais para discutir em igualdades de condições os direitos dos trabalhadores, por esse, entre outros motivos, os associados não se sentem representados.

Para Cassar; Borges (2017, p. 76), “a norma não teve o objetivo de ampliar o direito, pois isso sempre foi possível”.

Diante do exposto, verifica-se que a lei 13.467 de 2017 alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho com a inovação legislativa concedeu a possibilidade de sobreposição do acordado ante o legislado, tirando a função da lei de agente



limitadora de arbítrios nas negociações coletivas sob o pretexto de maior autonomia coletiva nas tratativas em flagrante dissonância aos princípios constitucionais do direito trabalhista.

5. LEGISLAÇÃO APLICADA AO CASO CONCRETO

A prevalência do negociado sobre o legislado, foi inserido na CLT, em virtude da reforma trabalhista Lei 13.467/2017, que estabelece no art.611-A rol meramente exemplificativo dos direitos que podem ser negociados por acordo ou convenção coletiva:

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015 ; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação. § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos



empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (Brasil, 1943).

Em contrapartida, o art. 611-B estabelece um rol taxativo de direitos que não podem ser negociados:

Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer



trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo (Brasil, 1943)

Ademais o art. 7º, XXVI, da CF/88 prevê reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, entretanto a prevalência da norma negociada sobre a legislada só veio com o advento da reforma em 2017, as divergências que antes já eram muitas, culminaram em matéria de repercussão geral no STF. No que se refere a horas in itinere, houve mudança com advento da reforma. Antes, previa o art. 58 §2º da CLT que era considerado tempo a disposição do empregador, o tempo gasto pelo empregado para ir ao trabalho, quando este fosse em local de difícil acesso, não servido por transporte público ainda que o transporte fosse feito pelo empregador, contudo, isso mudou no qual o art. 58, §2º da CLT, passou a estabelecer que não se considera mais tempo a disposição do empregador, as horas itinerárias, conforme se pode ver no referido parágrafo;



O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador (Brasil, 1943)

Também havia previsão na Súmula 90 do TST, logo com tal mudança, fica inoportuna, uma vez que oposta a nova redação do §2º do art. 58 da CLT.

Destarte o acórdão em análise, referente a horas in itinere regulamentada pela norma coletiva, foi julgado procedente, tendo em vista que há previsão constitucional no art. 7º, XXVI, da CF/88, reconhecendo norma coletiva, e a referida matéria se relaciona diretamente com salário e jornada de trabalho, que entra no rol do art. 611-A da CLT, no qual negociado prevalece sobre o legislado, outrossim, também dispõe o parágrafo único do art. 611-B, “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”. Diante disso, analisando que a matéria pode ser negociada, e prevalece sobre o legislado, o TST decidiu por unanimidade que é válida a cláusula que dispõe que o tempo gasto em itinerário diário deve ser pago no percentual de 50% (Brasil, 1943).

6. ENTENDIMENTO PRINCIPIOLÓGICO

Os princípios são fontes do direito. Tem como principal função de orientar nas interpretações das normas, tanto quem vai aplicar, quanto quem elabora, ou seja, é de extrema importância a observação destes. Dessa forma, se faz necessário trazer os seguintes princípios que estão ligados diretamente à prevalência do



negociado sobre o legislado. Princípio da Proteção, tem como objetivo proteger o trabalhador que é o polo mais fraco da relação de trabalho, ou seja, visa equilibrar os sujeitos da relação, uma vez que, é clara a desproporcionalidade entre empregador e empregado. Esse é um dos princípios mais importantes no processo do trabalho, contudo sofre grande impacto devido a flexibilização trazida pela reforma trabalhista (Ferreira, 2012).

O Princípio da Proteção se subdivide em três; indúbio pró operário, que estabelece que uma norma trabalhista ao ser interpretada, caso tenha duas ou mais interpretações deve-se optar pela norma mais benéfica ao empregado; aplicação da norma mais favorável no qual dispõe que havendo duas normas que prevê o mesmo direito, deve-se aplicar a mais favorável ao trabalhador; condição mais benéfica, em caso de mudanças no regulamento da empresa que seja prejudicial ao empregado, os benefícios e vantagens não mudará nada, ou seja, essas mudanças só atingem os novos empregados (Ferreira, 2012). Princípio da Irrenunciabilidade de direitos, proíbe a renúncia e indisponibilidade de direitos trabalhistas. Com advento da reforma, este princípio foi relativizado tendo em vista a prevalência do negociado sobre o legislado que admite supressão de direitos firmados em norma coletiva (Ferreira, 2012). Princípio da Intangibilidade salarial, assegura que salário do trabalhador tem natureza alimentar, sendo recurso necessário ao sustento do mesmo e de sua família. No entanto, também foi relativizado pois a CF/88 prevê que pode haver redução salarial por meio de negociação de norma coletiva (Ferreira, 2012).



Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade coletiva que garante ampla liberdade de negociarem, desde que observados direitos indisponíveis. Previsto no art. 8º, § 3ª da CLT, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, entretanto com atuação mínima de acordo com o princípio da autonomia da vontade coletiva (Ferreira, 2012).

Portanto, o TST no julgamento do acórdão em análise, aplicou o Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade no qual prevê que os operadores do direito, devem aplicar a lei com razoabilidade, buscando sempre uma solução mais razoável. O acórdão adiante apresenta o entendimento do TST no que tange a horas de itinerária, e sempre busca fundamentar suas decisões nos princípios do direito do trabalho dentro da razoabilidade.

RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMADA. HORAS IN ITINERE. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. LAPSO TEMPORAL FIXADO COLETIVAMENTE QUE NÃO CORRESPONDE A CINQUENTA POR CENTO DO TEMPO DESPENDIDO NO DESLOCAMENTO. INVALIDADE. 1. Esta Corte tem admitido a limitação do número de horas in itinere por norma coletiva, desde que observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre o tempo fixado e aquele efetivamente gasto. Nesse sentido, por maioria, decidiu a SDI-I em sua composição completa, ao julgar o E-RR-470-29.2010.5.09.0091. 2. E, nessa trilha, este Tribunal tem considerado razoável o lapso fixado coletivamente que corresponda a, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) do tempo despendido no deslocamento. 3. No caso dos autos, o acórdão embargado revela que a norma coletiva fixou em uma hora diária o pagamento a título de horas in itinere, enquanto o tempo de percurso despendido pelo reclamante era de três horas e quarenta e cinco minutos por dia. Tem-se, assim, à luz da jurisprudência desta Corte, que a referida cláusula coletiva não atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - pois o lapso negociado coletivamente corresponde a menos de 50% (cinquenta por cento) do tempo gasto no deslocamento -, razão pela qual é efetivamente inviável concluir pela sua validade (TST, 2016).



Entretanto, o empregador pagava uma hora diária referente a horas in itinere o que correspondia a 50% do tempo gasto que era de duas horas diárias, ou seja, julgou procedente o recurso de revista, declarando a validade da norma coletiva pois esta não assiste razão para invalidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do tema prevalência do negociado sobre o legislado, estudamos o acórdão do Recurso de Revista do TST, que ao analisar a validade da norma coletiva, que previa o pagamento de 50% do tempo gasto no in itinerário seria pago ao empregado referente a horas in itinere, a 3ª turma do TST julgou totalmente procedente o recurso de revista, uma vez que a referida norma não violava o Princípio da Proporcionalidade conforme entendimento pacificado pelo tribunal.

Ademais, analisando a jurisprudência, o tema é alvo de grande divergência desde muito antes da reforma. Nota-se que tal norma tem extrema relevância, uma vez que possibilita que empregados possam estar mais presentes na negociação, além do mais podem fazê-la conforme suas necessidades, uma vez que a CLT é ampla, podendo deixar passar despercebidos direitos que é intimo a cada um em sua respectiva categoria. O TST vê com bons olhos a reforma, contudo, não interpreta e julga baseados em pura e simples previsão legal, e sim levando em conta os princípios do direito do trabalho, tendo em vista que a prevalência do legislado é uma inovação positiva, mas tem seus vários pontos negativos principalmente ao que se refere a ofensa de princípios que foram relativizados, fazendo com que os empregados possam abrir mão de direitos já conquistados.



Da mesma forma, o STF também tem bastante empatia com o tema e vinha entendendo que a cláusula de acordo coletivo é válida, ainda que haja supressão de direitos, contanto que seja respeitado aqueles indisponíveis. A doutrina não deixa de observar os pontos positivos da norma, mas é crítica veemente no que se refere a determinadas matérias que na legislação atual é liberado negociar, assim como a nítida relativização e ofensa de princípios basilares do Direito do Trabalho, para o doutrinador Godinho deveria ser um espaço para transação, mediante concessão recíproca, mas jamais para renúncia de direitos trabalhistas.

Quanto aos princípios do Direito do Trabalho, lamentavelmente não foram levados em conta pelo legislador, ou seja, uma série de princípios mitigados, relativizados, incluído o mais importante, o da Proteção, Irrenunciabilidade de direitos, Intangibilidade salarial. A legislação é clara e ao mesmo tempo obscura. O 611-A rol exemplificativo, e 611-B é visto como taxativo, matérias que não podem ser negociadas por norma coletiva, ao que se refere a matéria do caso analisado, se relaciona com salário e Jornada de trabalho previstos no rol do 611-A. Nesse sentido, no acórdão analisado, o empregador recorreu da sentença do Tribunal Regional do Trabalho que o condenou a pagar mais uma hora in itinere que somaria duas, uma vez que já pagava uma, ou seja, 50% proporcional ao tempo gasto no itinerário de acordo com o negociado por norma coletiva. Vale lembrar que horas in itinere também teve mudança, a Lei 13.467/2017 em seu art. 58, §2º da CLT diz que horas itinerária não é mais considerado tempo a disposição do empregador.



O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador (Brasil, 1943).

Antes da nova regra, as horas em itinerário eram consideradas quando o endereço da empresa se encontrava em local de difícil acesso e não servido por transporte público, também se aplicava, quando mesmo as empresas situadas em local servido por transporte público, forneciam condução aos funcionários, tendo em vista que os horários de entrada e de saída não coincidia com do transporte público.

Percebe-se que com a nova mudança no qual o empregador fica desobrigado de pagar horas in itinere, prejudicou muitos trabalhadores, uma vez que muitos destes que recebia um adicional ao tempo gasto, deixou de receber, impactando diretamente em todo o orçamento família. Ademais, horas in itinere é matéria que envolve salário e jornada de trabalho, logo é autorizado negociar por meio de acordo ou convenção, mas caso não venha ser negociado o que valerá é o art. 58, § 2º da CLT, eis o grande ponto da questão, a Constituição quando reconheceu os acordos e convenções coletivas, o fez com intuito de facilitar a livre negociação, para que empregados e empregadores pudessem se auto compor, resolver os conflitos, buscar melhores condições para ambas as partes. Ocorre que a realidade não é bem assim, o que vemos é cada vez mais direitos sendo suprimidos e aniquilados. Neste acórdão, o TST ao julgar o Recurso de Revista se mostrou de plena inteligência e bom senso, aliás já vinha com entendimento bastante inteligente sobre a questão, no qual fundamentou sua decisão no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois o



Tribunal adota como parâmetro objetivo o limite de 50% entre a duração do percurso e o tempo fixado pela norma coletiva, ou seja, empregado e empregador em mesmo patamar de igualdade, da mesma forma que é prejudicial ao empregado não receber nada, seria também o empregador prejudicado uma vez que iria onerar muito seu custo, nota-se portanto, que o TST observa os princípios do direito do trabalho em suas decisões, e é realmente necessário, com o advento da reforma muitos princípios foram mitigados e relativizados, tal flexibilização fez com que o verdadeiro objetivo do direito do trabalho fosse deixado de lado, que é a busca pelo equilíbrio nas relações de trabalho e a proteção do trabalhador. Por fim, vale destacar que a partir do dia 06 de novembro de 2020, o STF julga pelo plenário virtual, se o acordo coletivo ou convenção coletiva podem restringir direitos ou limitar o acesso a direitos trabalhistas não previstos constitucionalmente. O tema será julgado no âmbito de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, que também tem como matéria horas in itinere, como o caso tem repercussão geral, a decisão tomada pelo STF deverá ser seguida por toda a Justiça do Trabalho. Enquanto isso, a insegurança jurídica perpetua, e não nos resta outra opção a não ser aguardar.

REFERÊNCIAS

BENTO, B. A. Reforma trabalhista e a valorização do negociado sobre o legislado.

BRASIL, Lei 5.452, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.



BRASIL, Constituição Federal do Brasil de 1988. Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out 2020. DireitoNet, 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11416/Reforma-trabalhista-e-a-valorizacao-do-negociado-sobre-o-legislado>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CAMARGOS, A. A. M. A prevalência do negociado sobre o legislado, como proposto na reforma, é constitucional? OAB São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/noticias/2019/07/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-como-proposto-na-reforma-e-constitucional-1>. Acesso em: mar. 10 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método. 2017.

COELHO, G. STF reconhece repercussão geral sobre validade de norma coletiva de trabalho. Consultor jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-30/stf-reconhece-repercussao-geral-validade-norma-coletiva>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CONSERVA, M. C. da S. A inconstitucionalidade da sobreposição do acordado em relação ao legislado. Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67106/a-inconstitucionalidade-da-sobreposicao-do-acordado-em-relacao-ao-legislado>. Acesso em: 10 mar. 2022.



DELGADO, M. G. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. LTR - São Paulo: 2016.

FERREIRA, L. R. L. Breves considerações sobre princípios do direito do trabalho. DireitoNet, 2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7722/Breves-consideracoes-sobre-principios-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 10 mar. 2022.

FONSECA, R. D. da. Reforma Trabalhista acaba com o pagamento de horas in itinere. IPOG blog, 2018. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/direito/reforma-trabalhista-acaba-com-o-pagamento-de-horas-in-itinere/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

FREITAS, H. STF julga nesta sexta negociação de direitos trabalhistas em acordo coletivo. Anamatra, 2020. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/30527-stf-julga-nesta-sexta-negociacao-de-direitos-trabalhistas-em-acordo-coletivo?](https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/30527-stf-julga-nesta-sexta-negociacao-de-direitos-trabalhistas-em-acordo-coletivo?highlight=WyJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhliwiZG8iLCJuZWdvY2lhZG8iLCInbmVnb2NpYWRvliwic29icmUiLCJvliwiJ28iLCInbyciLCJsZWdpc2xhZG8iLCJsZWdpc2xhZG8nliwibGVnaXNsYWRvJy4iLCJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhIGRvliwicHJldmFsXHUwMGVhbmNpYSBkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUgbylsInNvYnJlIG8iLCJzb2JyZSBvIGxlZ2lzbGFkbylsIm8gbGVnaXNsYWRvIl0=)

[highlight=WyJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhliwiZG8iLCJuZWdvY2lhZG8iLCInbmVnb2NpYWRvliwic29icmUiLCJvliwiJ28iLCInbyciLCJsZWdpc2xhZG8iLCJsZWdpc2xhZG8nliwibGVnaXNsYWRvJy4iLCJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhIGRvliwicHJldmFsXHUwMGVhbmNpYSBkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUgbylsInNvYnJlIG8iLCJzb2JyZSBvIGxlZ2lzbGFkbylsIm8gbGVnaXNsYWRvIl0=](https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/30527-stf-julga-nesta-sexta-negociacao-de-direitos-trabalhistas-em-acordo-coletivo?highlight=WyJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhliwiZG8iLCJuZWdvY2lhZG8iLCInbmVnb2NpYWRvliwic29icmUiLCJvliwiJ28iLCInbyciLCJsZWdpc2xhZG8iLCJsZWdpc2xhZG8nliwibGVnaXNsYWRvJy4iLCJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhIGRvliwicHJldmFsXHUwMGVhbmNpYSBkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUgbylsInNvYnJlIG8iLCJzb2JyZSBvIGxlZ2lzbGFkbylsIm8gbGVnaXNsYWRvIl0=). Acesso em: 17 mar. 2022.

Gilmar Mendes suspende processos sobre jornada de motoristas de transporte de cargas. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-23/gilmar-suspende-processos-jornada-motoristas-cargas>. Acesso em: 17 mar. 2022.



Gilmar suspende processos sobre validade de norma coletiva que restringe direito trabalhista. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/305559/gilmar-suspende-processos-sobre-validade-de-norma-coletiva-que-restringe-direito-trabalhista>. Acesso em: 17 mar. 2022.

LEITE, C. H. B. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOURO, H. da S. Reforma trabalhista: extensão e limites do negociado sobre o legislado. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/270379/reforma-trabalhista---extensao-e-limites-do-negociado-sobre-o-legislado>. Acesso em: 17 mar. 2022.

MACIEL, J. A. C. Transcendência e os julgamentos no TST. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/314975/transcendencia-e-os-julgamentos-no-tst>. Acesso em: 17 mar. 2022.

MACHADO, C. CLT Interpretada. 11. ed. São Paulo: Manole, 2020.

MARTINEZ, L. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.



OIT recomenda que governo assegure direito à negociação coletiva. Anamatra, 2020. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/29394-oit-recomenda-que-governo-assegure-direito-a-negociacao-coletiva?highlight=WyJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhliwiZG8iLCJuZWdvY2lhZG8iLCInbmVnb2NpYWRvliwic29icmUiLCJvliwiJ28iLCInbyciLCJsZWdpc2xhZG8iLCJsZWdpc2xhZG8nliwibGVnaXNsYWRvJy4iLCJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhIGRvliwicHJldmFsXHUwMGVhbmNpYSBkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUgbylsInNvYnJlIG8iLCJzb2JyZSBvIGxlZ2lzbGFkbylsIm8gbGVnaXNsYWRvIl0=](https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/29394-oit-recomenda-que-governo-assegure-direito-a-negociacao-coletiva?highlight=WyJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhliwiZG8iLCJuZWdvY2lhZG8iLCInbmVnb2NpYWRvliwic29icmUiLCJvliwiJ28iLCInbyciLCJsZWdpc2xhZG8iLCJsZWdpc2xhZG8nliwibGVnaXNsYWRvJy4iLCJwcmV2YWxcdTAwZWFuY2lhIGRvliwicHJldmFsXHUwMGVhbmNpYSBkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8iLCJkbyBuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUiLCJuZWdvY2lhZG8gc29icmUgbylsInNvYnJlIG8iLCJzb2JyZSBvIGxlZ2lzbGFkbylsIm8gbGVnaXNsYWRvIl0=.). Acesso em: 17 mar. 2022.

REZENDE, R. A prevalência do negociado sobre o legislado na Jurisprudência recente do STF. Genjurídico, 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/09/15/a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-na-jurisprudencia-recente-do-stf/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ROHLING, M. Negociação coletiva: a prevalência do negociado sobre o legislado. Jus, 2018.

ROHLING, Marcos. O Direito do Trabalho e a prevalência do Negociado sobre o Legislado. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-direito-do-trabalho-e-a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ROMAR, C. T. M. Direito do trabalho esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARAIVA, R. et al. Direito e Processo do Trabalho Teoria. 19. ed. Salvador: Jus Podvm, 2018.



STF derruba decisão do TST: vale o negociado sobre o legislado. ABTLP, 2016. Disponível em: <http://www.abtlp.org.br/index.php/stf-derruba-decisao-do-tst-vale-o-negociado-sobre-o-legislado/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE 1121633 RG. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ. 02/05/2019. STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SÜSSEKIND, A. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TST. Recurso de Revista nº TST-AIRR-771/2005-056-01-40.3. Relator Ministro. Vieira de Melo Filho. DJ. 05/08/2009. TST, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

TST. Ag-E-ED-RR- 3554-90.2011.5.12.0003. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. DJ. 17/12/2015. TST, 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

TST, AgR-E-RR - 567-97.2012.5.18.0191. Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. DJ. 17/08/2016. TST, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

TST, E-RR - 8-32.2011.5.09.0093. Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann. DJ 01/07/2016. TST, 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2022.



TST. RECURSO DE REVISTA: RR – 338-47.2017.5.07.0037. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. DJ. 19/06/2019. TST, 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 mar. 2022.

TST. RE-AgR-segundo 895.759. Relator Ministro Teori Zavascki. DJ. 23/05/2017. TST, 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 17 mar. 2022.



ADOÇÃO NO BRASIL: Aspectos Socioculturais

Giciele Patrícia Silva Gomes¹

RESUMO: Este artigo tem como tema “Adoção no Brasil: Aspectos Socioculturais”. Apesar da adoção se fazer presente desde as mais antigas civilizações, essa prática ainda é rodeada de mitos, medos e preconceitos. Ainda hoje, muitos veem a adoção como filiação de segunda classe, por se acreditar que filhos adotivos são ou serão mais problemáticos. Dessa forma, ampliar a imagem social sobre a adoção é um desafio necessário, pois, para ocorrer à desmistificação dessas ideias é preciso que haja mais discussões a respeito dessa temática. Para isso, o método de pesquisa utilizado consiste em revisão bibliográfica com a finalidade apresentada como exploratória, por meio de artigos na língua portuguesa e inglesa foram coletados dados nas bases Scielo, Medline, Lilacs, BVS-Psi, Pubmed com data de publicação entre 2001 e 2018, o estudo se dará pela abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Adoção. História da Adoção. Adoção no Brasil. Adoção Mitos Medos e Preconceitos.

¹ Psicóloga. Pesquisa desenvolvida em 2018 e atualizada para a Mostra Conexão Graduação – 1º/2022



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará os Aspectos Socioculturais da Adoção no Brasil, trata-se de uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos a respeito da adoção no país. Surgiu após alguns questionamentos, dúvidas e curiosidades acerca desse assunto. Objetivo do mesmo é identificar os aspectos sociais, históricos e culturais, que contribuíram para que no Brasil, a adoção ainda seja um tabu, carregada de mitos, medos e preconceitos.

A adoção no Brasil é um fenômeno marcado por uma longa trajetória histórica e cultural, que ainda hoje influencia a maneira como essa prática é percebida. Apesar de ser uma forma legal de filiação presente desde as civilizações antigas e já recorrente no Brasil desde o período colonial, a adoção permanece envolta em tabus, mitos e preconceitos. Muitas dessas concepções se originam de valores tradicionais, da supervalorização dos laços consanguíneos e de legislações anteriores que tratavam o filho adotivo de maneira desigual.

Com base em revisão bibliográfica, este trabalho busca compreender como aspectos socioculturais e históricos contribuíram para que a adoção ainda seja vista como um ato de caridade, uma opção secundária para constituir família e uma experiência permeada por medos, como o receio de problemas comportamentais ou da força do “sangue” biológico. Além disso, discute-se a discrepância entre o grande número de pretendentes e o número de crianças disponíveis, evidenciando como o perfil desejado reforça crenças e preconceitos ainda presentes.



A pesquisa também destaca o papel fundamental do(a) psicólogo(a) tanto nas instituições de acolhimento quanto na Vara da Infância e Juventude, auxiliando na preparação, orientação e acompanhamento de adotantes e adotados, contribuindo para vínculos mais saudáveis e para a desconstrução de estigmas.

Este trabalho justifica-se pela relevância social que o tema apresenta, pois como já dito anteriormente há uma enorme fila de crianças a espera de uma família. Além de ampliar a imagem social sobre a adoção, este trabalho visa refletir sobre a mesma, possibilitando novos olhares e quebras de tabus que a transpassam. E por consequência promover mudanças sociais que construam uma nova cultura da adoção em nosso país, sem mitos medos e preconceitos, que respeitem a subjetividade e singularidade de cada sujeito.

Justifica-se também pela relevância científica, uma vez que, como estudiosa da psique humana nós psicólogos(as) devemos conhecer todas as temáticas, pois, seja na clínica ou nas Políticas Públicas, podemos nos deparar com situações de adoção, e nos será de grande utilidade compreender os aspectos que permeiam esse tema. Autores contemporâneos deram suas contribuições permitindo-nos refletir e construir esse trabalho, da mesma maneira, esperamos facilitar a compreensão e inspirar mais questionamentos acerca da adoção.

2.CONTEXTO SÓCIO HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL

2.1 Um Breve Relato da Adoção na História da Humanidade

A adoção pode ser vista como um meio de se reconhecer através da lei, uma criança como filho de uma família, da qual seus pais



biológicos não fazem parte (TABORDA, 2014). “Adotar é reconhecer no filho gerado por outros, nosso filho. É incorporar uma verdade que está sendo assumida a partir da intenção. Para haver uma adoção, deve ter havido antes um abandono” (CORREIA, 2010.p.7).

Segundo Ost (2018), adotar é uma questão de consciência, responsabilidade e comprometimento com o próximo, mais do que criar e educar uma criança que não tem o mesmo sangue ou carga genética. É a forma Legal e definitiva de tornar filho, alguém concebido por outro. Dessa forma a adoção pode ser definida como a criação de um relacionamento afiliativo que envolve aspectos jurídicos, sociais e afetivos que a diferenciam da filiação biológica (REPPOLD e HUTZ, 2003).

Em termos históricos o surgimento da adoção é impreciso, não se sabe ao certo o local, nem em que período o tema foi abordado pela primeira vez, no entanto, sabese que já existia na mais remota antiguidade (PEREIRA, 2011). De acordo com Lebourg (2012) a adoção foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, Babilônia, Caldeia e Palestina. Textos da Bíblia Sagrada já descreviam situações de adoção como a de Moisés que foi adotado pela filha do Faraó, e de Ester, que foi filha adotiva conforme relatado no velho testamento.

O Código de Hamurabi 2.283 – 2.241 AC, é o primeiro código jurídico a fazer uma regulamentação minuciosa sobre a adoção, nele são citados nove artigos relacionados à prática. Segundo esses regulamentos os pais biológicos poderiam reclamar o filho de volta, se os pais adotantes não tivessem ensinando a ele seu ofício, ou se esse filho fosse renegado para beneficiar filhos de sangue. Esse deveria ter a melhor educação para tornar a adoção indissolúvel, mas caso fosse ingrato aos pais adotivos a adoção podia ser cancelada (LEBOURG, 2012).



Na antiguidade greco-romana, existia forte ligação entre a adoção e as crenças religiosas, que geravam regras de conduta nas quais os vivos passavam a ter obrigações com os mortos, através de manifestações de ritos fúnebres e oferendas. Só os familiares podiam realizar o culto ao morto, dessa forma trocavam favores perpetuamente, os vivos recebiam força e ajuda, enquanto o morto recebia de seus descendentes os banquetes fúnebres (PAIVA, 2004).

Adotar um filho, portanto, era velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. Como a adoção não tinha outra razão de ser além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguia-se daí que não era permitida senão a quem não tinha filhos (COULANGES, 2008. p.46).

Dessa forma, a adoção era vista como última opção para escapar à temida e sombria extinção dos cultos domésticos, sua única função era garantir a descendência e dessa maneira assegurar o culto aos ascendentes mortos, cabia ao filho adotado continuar o culto do pai adotivo. Por isso somente famílias sem filhos legítimos podiam adotar. “Por meio de uma cerimônia sagrada, o adotado era iniciado no culto da nova família e a partir desse momento, deveria romper todos os vínculos e renunciar ao culto da família na qual nascera” (PAIVA, 2004. p. 37).

Com o passar do tempo, a prática da adoção recebeu diferentes significados. Na Antiguidade a adoção acontecia com o objetivo de eternizar o nome de uma família, quando essa não tinha descendentes. Já na Idade Média, a adoção foi fortemente influenciada pela Igreja Católica. Não sendo bem vista nessa época, já que muitos temiam que essa prática pudesse facilitar o reconhecimento dos filhos adulterinos ou incestuosos (DUTRA; MAUX, 2010). Na idade Moderna, a adoção reaparece já incluída no Código Civil.



2.2 História da Adoção no Brasil

Conforme Paiva (2004), no Brasil a adoção tem um percurso extenso e se faz presente desde a época da colonização. No início a adoção esteve fortemente relacionada à caridade, na qual os mais ricos prestavam auxílio aos mais pobres. Era comum haver nos lares pessoas abastadas, filhos de terceiros, muitas vezes chamadas de “filhos de criação”. Como sua situação não era formalizada, a permanência do “filho de criação” na família era vista como oportunidade de se obter mão-de-obra gratuita e também de prestar assistência aos necessitados conforme pregado pela Igreja.

Portanto, foi através da possibilidade de trabalhos baratos e da caridade cristã, que a prática da adoção foi construída no país. Já se percebe, então, que não havia um interesse genuíno de cuidado pela criança necessitada ou abandonada. Este “filho” ocupava um lugar diferenciado, sendo também singular a maneira como era tratado, sempre de forma distinta e inferior, aos filhos biológicos. Seria algo semelhante a dormir junto com os demais membros da família e não no espaço reservado aos empregados, contudo não possuir um quarto ou uma cama própria. Tal herança cultural contribuiu significativamente para que, até os dias de hoje, esta forma de filiação seja impregnada por mitos e preconceitos (DUTRA; MAUX, 2010).

Segundo Silva Filho (1997), apud Paiva (2010), a adoção só apareceu em nossa legislação em 1828, e tinha como objetivo solucionar os problemas de casais sem filhos. Dutra e Maux (2010), afirmam que essa foi mais uma das influências culturais deixadas por nossos antepassados, que até os dias de hoje nos faz associar a adoção a incapacidade de gerar, ou seja, apenas para os inférteis.



Em 1916 o Código Civil Brasileiro, estabeleceu que só os maiores de cinquenta anos poderiam adotar, que não tivesse descendentes legítimos ou legitimados, e era necessário ao menos ser dezoito anos mais velho que o adotado, além de outras exigências que tornavam adoção quase impraticável (SILVA, 2011).

Note-se que a exigência de que o adotante não tivesse filhos legítimos ou legitimados comprova que a finalidade primordial da adoção era suprir a vontade de pessoas inférteis e não proteger a criança e garantir seu direito de ser criada em uma família (CORREIA, 2010. p.11).

No dia 12 de outubro de 1927, foi instituído o Código de Menores, através do Decreto 17.943-A, que estabeleceu leis referentes aos mesmos. E foi o primeiro instrumento de proteção à infância e adolescência, vítima de omissão e transgressão da família da América Latina. No entanto, não trouxe alteração alguma quanto à adoção (CORREIA, 2010).

Já no ano de 1957, a Lei nº. 3.133 trouxe progressos ao conteúdo do Código Civil de 1916. A idade mínima para adotar foi alterada de cinquenta anos para trinta anos, a diferença de idade foi de dezoito anos para dezesseis anos. Outra importante mudança foi conceder aos que tinham filhos biológicos o direito a adotar. Para Ferreira (2014), a partir deste momento a adoção passou a apresentar natureza assistencial, embora ainda não houvesse direitos sucessórios ou igualdade de filiação.

Em 1965, foi aprovada a Lei nº. 4.655, a qual previu a legitimação adotiva e constituiu a adoção por decisão judicial. Algumas regras referentes à adoção foram alteradas. Conforme cita Moraes et al. (2011), foi a chamada legitimação adotiva que permitiu o reconhecimento de direitos.



A partir desse momento, o filho adotivo adquiriu quase os mesmos direitos e garantias dos filhos sanguíneos, com exceção dos direitos sucessórios. Outra conquista foi a de interromper os laços com a família biológica, o que caracteriza o ato de adotar como definitivo. No entanto, Paiva (2004), ressalta que a adoção só era irrevogável quando a criança era abandonada até os sete anos de idade, ou quando seus pais tinham identidade desconhecida.

A lei nº 6.697, de 1979, conhecida como Código de Menores pôs fim à legitimação adotiva. Conforme Dutra e Maux (2010), a legitimação adotiva estabeleceu duas formas de adoção, a simples e a plena. A simples estava relacionada a crianças de maiores de sete anos até adolescentes menores de dezoito anos que se encontrassem em situação irregular. E na adoção plena a criança de até sete anos adquiria a condição de filho, tornando a adoção definitiva.

Somente em 1988 que a lei passou a tratar os filhos biológicos e adotados como iguais. Essa é legislação que embasa o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a partir dele foi anulada a adoção simples e ampliaram-se os benefícios da adoção plena a todos os menores de dezoito anos. Que conseguiram então o direito de permanecer com a família adotiva de forma definitiva, romper os vínculos com a família de origem e ser reconhecido como filho sob os mesmos direitos dos filhos biológicos. Além disso, o Eca estendeu o direito de adotar a todas as pessoas maiores de dezoito anos, sendo férteis ou não, casadas ou solteiras (DUTRA, MAUX, 2010).

Em 13 de Junho de 1990, a Lei nº 8.069/90 foi publicada, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta teve origem no art. 227 da Constituição Federal e anulou o Código de Menores, dispondo que a adoção de menores de dezoito anos



deveria ser regida por ela. Após ter sido publicado o ECA, a visão do instituto mudou de ângulo e passou a enxergar na adoção uma maneira de proteger crianças que por alguma circunstância estivessem sem a proteção de seus pais (CORREIA, 2010).

É com o Estatuto da Criança e do Adolescente que as orientações anteriores caem por terra e que um olhar de respeito às crianças e adolescentes começa a vigorar, transformando-os, de objeto de tutela em sujeitos de direitos e de proteção. Esse novo modo de conceber a infância e a adolescência deixa de ser uma opção, para tornar-se uma obrigação, referendada por lei, a todos (SILVA, 2012. p. 23).

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente. Diferente do código de menores, em seu artigo primeiro declara que todo menor de 18 anos está sob sua proteção, e não apenas os que estivessem em situação irregular como anteriormente (CORREIA, 2010). Uma alteração feita pelo ECA que interferiu positivamente no processo de adoção, foi o que estabelece no Art. 41. No qual cita que, qualquer pessoa maior de dezoito anos de idade, casada ou solteira pode adotar. A única restrição é a diferença mínima de dezesseis anos de idade entre adotante e adotado (GUINGO, 2002).

Entre outros direitos nele listados, a criança ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja natural ou substituta. No entanto, de acordo com Dutra e Maux (2010),

[...] embora o E.C.A, e mais recentemente a lei 12.010/09, busque tratar a criança, sem supervalorizar o aspecto biológico, este fator ainda é tido como superior uma vez que no Art. 19 do E.C.A, destaca que é um direito da criança permanecer no interior de sua família biológica, sendo a adoção uma decisão excepcional, tomada somente quando se esgotam as possibilidades de continuidade da criança no seio da família (DUTRA; MAUX, 2010. p. 362).



Fica evidente mais uma vez, a busca pela permanência da criança junto à família de sangue, antes de se pensar em encaminhá-la para uma família substituta. Apesar de os laços afetivos serem considerados (Nesse trabalho o termo “laços afetivos” e/ou “vínculos afetivos”, serão utilizados como sinônimo de relações estabelecidas através de carinho, amor, afeto entre outros). A lei recomenda primeiramente avaliar o grau de parentesco (DUTRA; MAUX, 2010). Essa observação imposta pela lei salienta a importância dada por ela aos laços sanguíneos.

No ano de 2009 foi aprovada a nova legislação de nº 12.010/09 que trata da adoção no Brasil. Uma mudança importante trazida por ela foi à criação de um cadastro único de pais que pretendem adotar. Essa nova legislação visa acelerar o processo de adoção, e tem como principal objetivo garantir o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar no menor prazo possível (OLIVEIRA, 2011).

De acordo com a referida lei o período máximo de permanência da criança ou adolescente no programa é de dois anos, salvo alguma necessidade que seja comprovada e fundamentada pelo poder judiciário. A preferência que se dá a partir desta lei é de reinserção da criança na família biológica, fazendo-se as tentativas possíveis, para somente após ser destituído o poder familiar. Quando esgotadas todas as possibilidades com a família natural e também com a família extensa ou ampliada, que seriam os familiares para além da unidade pais e filhos, a lei 12.010/09 toma a adoção como meio possível de possibilitar à criança uma família que a acolha e faça valer seus direitos (LINDNER, 2015. p. 14).

Para isso, a lei é exclusivamente voltada para crianças e adolescentes institucionalizados, vítimas de abuso e negligência. É uma lei que trata dos direitos dessas crianças não só como objetos de família, mas como indivíduos de direitos que precisam ser cuidados e amparados o mais rápido possível.



Também vale ressaltar que a Lei 12.010/09, trouxe mais algumas novidades, como a realização de cursos para os pais que desejam adotar e também o acompanhamento psicológico para mães e gestantes que queiram entregar seus filhos para a adoção (OLIVEIRA, 2011).

3. MITOS, MEDOS E PRECONCEITOS

3.1 Perfil Desejado x Realidade

Quando se fala em adoção imagina-se uma atitude altruísta onde a ação do adotante beneficiará em todos os aspectos o adotado. Na prática não é tão bonito quanto no papel, pois visualizamos uma grande lista de espera mesmo com tantas crianças, aguardando para serem adotadas. Mais incoerente ainda é descobrir que para cada criança apta a ser adotada há cinco pais na fila de espera. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça 8,7 mil crianças e adolescentes em todo o país aguardam uma família, em meio a um total de 43,6 mil pessoas que constam como pretendentes no Cadastro Nacional de Adoção (CNJ, 2018).

É uma conta que não fecha, se há mais pais na fila de espera do que crianças disponíveis para adoção, não deveria existir crianças em instituições a espera de um lar. A resposta para tamanha incoerência está no perfil desejado pelos pais, segundo o CNA, 19,7% dos pretendentes a adotar só aceitam crianças que sejam brancas, 66,1% não são brancas, 67,0% não aceitam adotar irmãos, em contrapartida 66,1% das crianças em instituições possuem irmãos. Dos pais que estão à espera por uma criança 91% só aceitam até a idade de seis anos, mas 92% possuem de sete a dezessete anos de idade. Nas instituições cerca de 25,3% das crianças possuem problemas de saúde, no entanto 65,66% dos pais só aceitam crianças sem doença alguma.



Segundo Schettini; Amazonas e Dias, (2006) a maioria dos candidatos a pais têm dificuldades em aceitar a adoção de crianças maiores, por medo de seus traumas anteriores, causados pela vivência em instituições de acolhimento ou no contato com as famílias biológicas. Dentre seus receios está o medo de que essas crianças apresentem dificuldades de estabelecer vínculos com uma nova família e desligar-se da história anterior.

Grande parte dos pais resiste à adoção de crianças maiores de dois anos por acreditarem que devido ao histórico de abandono e rejeição, elas sejam incapazes de estabelecer vínculos afetivos. Julgam que uma pessoa que sofreu com tantas decepções não conseguirá se recuperar e voltar a amar (CAMARGO, 2005).

Além de temerem a impossibilidade da criança se adaptar, por considerarem que essa já tenha formado sua personalidade e incorporado à falta de limites, vícios e má educação vinda dos pais biológicos. Os pais também sentem medo de que o filho adotado tenha interesse em conhecer sua família de sangue, pois sendo maior cessam todas as possibilidades de esconder da criança e ou adolescente sua verdadeira história (PURETZ; LUIZ, 2007).

Dessa forma, adotar um recém-nascido é um desejo da maioria dos pais. Pois, creem que além do filho se apegar mais facilmente, ele também não se lembrará do abandono e de eventuais sofrimentos. Fato que é impossível quando se adota uma criança maior de dois anos de idade (SCHETTINI; AMAZONAS; DIAS, 2006).



Para Santos (2010), a solução para quebrar tais preconceitos é disponibilizar o máximo de orientações para os que pretendem adotar. De forma que seja possível extinguir toda e qualquer discriminação ainda arraigada em nossa sociedade. Que faz com que de forma cruel e injusta, sejamos capazes de estabelecer perfis de pessoas, como se fossem brinquedos escolhidos em prateleiras de loja. Além de informação, campanhas educativas e publicitárias que mostrem casos bem sucedidos de adoção, podem incentivar a prática e evidenciar que todos os seres humanos têm o direito de ser feliz independente de raça, idade, credo ou outros.

3.2 A Cultura dos Laços de Sangue

A história da adoção nos permite compreender porque essa prática ainda é rodeada de mitos medos e preconceitos, uma vez que desde os primeiros relatos de adoção já havia situações complexas. Como a de Moisés que foi adotado e mais tarde se voltou contra a família que o acolheu, pois, seu desejo era de libertar o povo ao qual pertencia (LEBOURG, 2012).

Sabendo disso se faz importante conhecer quais as implicações que essa e outras histórias trouxeram para nossa cultura. Segundo Gomes (2003), no que se diz respeito a adoção especialmente no Brasil o que não falta é mito. Dentre eles o mais popular é de que crianças adotadas são problemáticas. Outro mito é o de que crianças adotadas com mais idade além de terem mais dificuldade de se adaptar à nova família são mais revoltadas, pois vivenciaram mais intensamente o abandono. O autor ainda afirma que, uma das mais fortes razões de se haver preconceito contra a criança adotada, é a importância dada ao laço de sangue, uma ideia que é passada de geração em geração.



Tudo que é desconhecido alimenta fantasias, o sangue desse filho adotivo é desconhecido e também as características que ele carrega. Portanto, muitas vezes pais adotivos tendem a culpar os pais biológicos por dificuldades e por características que eles consideram negativas, atribuindo às mesmas ao fato de os filhos terem o sangue ruim (DUTRA; MAUX, 2010).

Nas famílias adotivas, se o comportamento da criança está “de acordo” com o que os pais adotivos esperam, eles acabam creditando o sucesso a sua educação; mas se algo não vai bem, muitas vezes, e até de maneira não consciente colocam a responsabilidade nos genes do “outro”, no “sangue ruim” que esta criança pode ter trazido (GUINGO, 2002, p.20).

Para Guingo (2002), a cultura do laço de sangue contribui para a supervalorização do sangue e como consequência se produz discursos preconceituosos relacionados à adoção. Por essa cultura se fazer tão presente, a sociedade acredita que estes laços são mais fortes e duráveis, pois, são naturais e verdadeiros. Acreditam que o sangue sempre falará mais alto, que os laços de amor.

A cultura que valoriza os laços consanguíneos em detrimento dos laços afetivos também está relacionada a outras questões fundamentais na reflexão sobre a adoção: o medo dos pais adotivos de serem abandonados pelo filho e a dificuldade para revelar ao filho sobre sua história de vida. Os pais, cujo filho é adotivo, muitas vezes se sentem inseguros sobre os vínculos afetivos desenvolvidos entre eles, fantasiando que um dia o filho deseje conhecer os pais biológicos e caso esse encontro venha a acontecer, o ‘sangue’ fale mais alto e ele opte por ficar com a família “de sangue” (DUTRA; MAUX, 2010, p.364).

A ideia de ser trocado pelos pais biológicos também é outro mito existente. Os pais adotivos por medo da força que o laço de sangue tem, muitas vezes tem dificuldade de impor regras e limites ao filho com medo que ele decida ir embora, ou que esse filho acredite não ser amado. “É como se a falta de um elo consanguíneo não garantisse a solidez do vínculo que liga os pais à criança” (LEVINZON, 2006).



Segundo Dutra e Maux (2010), essa falta de autoridade contribui para que essas crianças se tornem sem limites e desobedientes estimulando ainda mais a crença de que filho adotado é sinônimo de problema.

Além de considerar os laços sanguíneos superiores aos laços afetivos, a cultura que valoriza os laços de sangue, também está diretamente relacionada a outras questões que envolvem reflexões sobre a adoção, como o medo dos pais adotivos serem abandonados pelos filhos e o receio em revelar a verdadeira origem e história de vida do mesmo (DUTRA; MAUX, 2010).

4. O PAPEL DO(A) PSICÓLOGO(A) FRENTE A ADOÇÃO

A atuação do(a) psicólogo(a) frente a adoção se dá em dois viés, um na instituição de acolhimento e outro na Vara da Infância e Juventude, sendo os dois fundamentais para preservação do bem estar da criança e adolescente que se encontra nas instituições e em processo de convivência com a nova família.

A função das instituições de acolhimento é de amparar e assistir crianças e adolescentes que foram "abandonadas" por sua família, ou retiradas da mesma. Seu objetivo principal é garantir condições de estabilidade, continuidade e regularidade. Como não é possível saber quanto tempo essas crianças e adolescentes poderão permanecer no abrigo, torna-se responsabilidade da instituição e dos técnicos que a integram incluído o(a) psicólogo(a), contribuir para o desenvolvimento saudável dos mesmos (GOMES, 2016).

O papel do(a) psicólogo(a) nas instituições de acolhimento, é fundamental para a intervenção com as crianças e com os jovens, promovendo o seu desenvolvimento e crescimento sócio emocional.



Segundo Alberto e colaboradores (2008), os tipos de trabalho desenvolvido pelos(as) psicólogos(as) nessas instituições, constituem na sua maioria o aconselhamento, psicoterapia em grupo, trabalho educativo-informativo, escuta ativa, oficinas e visitas domiciliárias.

Fica evidente que a atuação dos(as) profissionais da psicologia nas instituições de acolhimento, é fundamental para manutenção da saúde emocional das crianças e adolescentes que precisam permanecer no local, por um breve ou longo período. Gomes (2016), afirma que o(a) profissional é visto(a) na instituição como um(a) mediador(a) de conflitos, não só das dificuldades enfrentados pelas crianças e adolescentes, mas também auxiliando a própria equipe técnica.

Outra importante atuação é do(a) psicólogo(a) perito(a) da Vara de Infância e Juventude, que tem a função de emitir para cada processo, pareceres favoráveis ou não sobre a habilitação ou processo de adoção. Para isso, esse(a) utiliza de teorias científicas psicológicas, para apoiar seus pareceres. O processo de habilitação é feito em forma de entrevistas psicológicas, na qual podem ser realizadas uma ou mais (LIANA, 2011).

O(a) psicólogo(a) pode fazer uso de diversas técnicas de avaliação como testes projetivos de personalidade, reuniões e palestras, que visem esclarecer dúvidas e sentimentos que surgem durante o processo de gestação emocional (termo utilizado para se referir ao período em que os pais adotivos estão na fila de espera). Seu papel é importante antes, durante e após o processo de adoção. Conforme Rech, Demarco e Silva (2017), o(a) psicólogo(a) jurídico(a) é participante no processo de adoção no início, esclarecendo dúvidas, proporcionando um ambiente de escuta e acolhendo os medos e ansiedades do casal que está para receber uma criança. Durante o processo, no qual se realiza as entrevistas preliminares e o estudo psicológico, social e pedagógico.



O profissional da área da Psicologia juntamente com um assistente social avalia se o ambiente familiar é adequado para a chegada de uma criança, se a adoção releva benefícios reais para o adotando, bem como se os interessados estão preparados e mostram compatibilidade com a adoção. Neste contexto, esse profissional é de suma importância, pois é quem determina ou não a continuidade do processo de adoção (RECH; DEMARCO; SILVA. 2017. p.12,).

Mas também é indispensável após, no tempo de convivência entre crianças e pais adotivos, ele auxilia os pais na promoção de um ambiente adequado e ajuda a criança se adaptar melhor a essa nova realidade. E após a adoção concluída, é primordial que o(a) psicólogo(a) que iniciou o processo com aquela família e criança, os acompanhe por determinado tempo (RECH; DEMARCO; SILVA, p.12, 2017).

Segundo Alvarenga e Bittencourt (2013), o papel do(a) psicólogo(a), após a conclusão do processo de adoção, acontece a partir da realização de atendimentos e orientações, com o intuito de facilitar a adaptação entre a criança e a nova família.

O(a) psicólogo(a) também atua como mediador(a), ajudando a manter uma estabilidade emocional e auxiliando na construção de confiança entre a criança e seus pais adotivos.

A adoção é sempre uma situação complexa, pois consiste em um processo de transição de uma criança de sua família biológica à família adotiva. Nesse processo estão presentes tantas variáveis importantes para o desenvolvimento social e psicológico da criança, especialmente por ter vivido o abandono, a institucionalização e rupturas.



Liana (2011), afirma que a atuação do(a) psicólogo(a) é de extrema importância, pois, ele(a) é o profissional que vai nortear o juiz e os promotores sobre as condições emocionais dos futuros pais. Relatando as intenções que os mesmos têm com a adoção e se estão preparados para assumir a difícil tarefa de educar. Em cima dos laudos feitos pela equipe multidisciplinar da qual o(a) psicólogo(a) faz parte, é que o juiz irá basear sua sentença.

Diante da importância da equipe multidisciplinar, da qual o(a) psicólogo(a) é integrante, faz-se necessário investir na capacitação dos profissionais que atuam nas varas da infância e juventude. O(a) psicólogo(a) jurídico(a) não é o único responsável pelo sucesso ou insucesso de uma adoção, porém sua capacidade de abordar questões relacionadas à subjetividade humana contribuem para evitar arrependimentos, fracassos e decisões precipitadas, que poderiam afetar não só os adotantes, mas também deixar marcas na personalidade ou problemas psicológicos nas crianças e/ou adolescentes em processo de adoção (REIS; LEITE; MENDANHA. 2015).

Dessa forma, quanto mais preparados esses profissionais estiverem para atuar em uma área que é tão delicada, pois trata dos interesses de crianças e adolescentes, mais desejada e segura se tornará a adoção, e cada vez mais confiável para resolver os problemas de seres humanos marginalizados e das pessoas carentes de amor.

Por último, mas não menos importante está o auxílio da orientação psicológica aos pais adotivos. Que se apresenta como um recurso importante para prevenir distúrbios na relação familiar e no equilíbrio emocional do filho, Levinzon (2006) aponta que é necessário que



estes pais compreendam que a construção do relacionamento com seu filho, se dá no cotidiano, que possibilita vivenciar, pouco a pouco, as singularidades e cuidados de um processo adotivo.

Segundo Levinzon (2006), é comum pais que apresentem dificuldades em admitir a incerteza sobre o sentimento em relação ao filho adotivo. Pois após passarem por momentos difíceis de muitos desafios e angústias para poder tê-lo, sentem-se inseguros diante dos momentos de irritação ou decepção. Dessa forma se esforçam para manter uma visão idealizada acerca da adoção. Muitas vezes essa postura resulta em sérias dificuldades no estabelecimento de um relacionamento intenso e verdadeiro com o filho.

Diante disso o(a) psicólogo(a) deve trabalhar orientando os pais sobre possíveis dificuldades, como: o fato de que a criança por ter vivido em uma instituição, desconhece a vida fora dos muros que a cercavam e por vezes desconhece o que é uma convivência familiar, não sabendo diferenciar conviver com muitas crianças e conviver em um lar. Outra orientação importante é de que no período de adaptação, inicialmente a criança poderá fazer de tudo para conseguir agradar os pais adotivos, mas após esse período, quando ela começar a se sentir mais segura, começará a desafiar regras, para testar se é desejada mesmo que faça coisas erradas (LINDNER, 2015).

Podemos afirmar pelo contexto atual em que vivemos que a atuação do psicólogo assume papel de relevância também por causa dos momentos que sucedem a adoção. Não basta preparar adotante e adotando apenas na fase judicial, porém, para o sucesso das futuras relações familiares, o acompanhamento contínuo desse profissional é de notável importância. Nos momentos posteriores à adoção surgem situações novas, jamais experimentadas pelas partes, sendo recomendável a atuação de um psicólogo para auxílio na interpretação de cada novo sentimento, dúvida ou desejo (REIS; LEITE; MENDANHA. 2015. p. 40).



Preparar os pais para essas e outras situações podem evitar desgastes desnecessários nesse período no qual a relação ainda é muito frágil. Dessa forma o(a) psicólogo(a) como profissional capacitado para lidar com as questões subjetivas, pode auxiliar pais e filhos adotivos a trabalharem as diferenças e frustrações que esse processo pode causar para ambas as partes. Pois como já dito o vínculo entre eles será estabelecido pouco a pouco.

Para além da atuação do psicólogo nas políticas públicas, que têm um papel de extrema relevância no judiciário, e nas instituições de acolhimento onde sua presença é fundamental para conservação da saúde emocional das crianças e adolescentes que ali vivem. Um acompanhamento psicoterapêutico apoiará a família nesse momento que é de grandes mudanças e desafios, pois não só a criança precisa se adaptar a uma nova casa, como também esses pais precisam adaptar a essa nova verdade. Pois, apesar de ser um momento muito esperado por ambas as partes, ele carrega consigo impactos de uma herança cultural carregada de mitos, medos e preconceitos

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a investigar porque a adoção no Brasil ainda é um tabu, e quais os aspectos históricos e culturais contribuíram para esse fenômeno social. Sendo assim, após a revisão sobre o contexto da adoção na história da humanidade e na história do Brasil. Ficou evidente, que ambas deixaram marcas no cenário atual da adoção no país. E contribuíram para que ainda hoje a adoção seja vista com preconceito.



Como visto neste trabalho, seja para adquirir favores após a morte, obter mão de obra gratuita ou para parecer bondoso perante a Igreja, ter um filho nem sempre era a intenção principal de se praticar a adoção no passado. Podemos observar que essa herança cultural ainda está fortemente arraigada em nossa sociedade, pois a adoção ainda é vista como um ato de caridade e como uma filiação de segunda classe.

O estudo aponta que as leis do passado tiveram suas contribuições para construção de alguns estereótipos ainda presentes, pois quando no passado, somente os filhos biológicos possuíam os direitos sucessórios, a lei colaborou para que durante muito tempo os filhos adotivos fossem vistos como inferiores e ilegítimos. Além disso, permitir a adoção somente aos que não possuíam filhos, vai de encontro ao imaginário social que ainda hoje vê a adoção como último recurso para formar uma família.

O fato de haver cerca de cinco pais para cada criança na fila de espera nos possibilita confirmar a influência que essa herança cultural tem até sobre os que possuem o desejo de adotar. Pois, como visto o principal motivo para essa enorme fila, é o perfil desejado pelos adotantes que diverge da realidade nos abrigos. Esses perfis reafirmam os medos, mitos e preconceitos embasando essa escolha.

Vimos que muitos são os mitos, medos e preconceitos a respeito da adoção. O medo de adotar crianças maiores por acreditar que essas não possuem condições de amar; o mito de que o sangue sempre falará mais alto, caso o filho encontre os pais biológicos; o medo de revelar a verdadeira história de adoção ao filho, temendo que o mesmo se revolte.



Consideramos também que o trabalho do(a) psicólogo(a) é fundamental frente à adoção. Tanto nas instituições de acolhimento, onde é preciso que exista o acompanhamento necessário para as crianças e adolescentes que estão nos abrigos, quanto nas Varas da Infância e Juventude, onde é preciso ter um olhar diferenciado na avaliação com os pretendentes a adoção, pois, cada um tem um motivo singular para fazê-la. Também é importante ressaltar, que a atuação do(a) psicólogo(a) é fundamental para auxiliar pais e filhos adotivos durante as invariáveis situações que podem ocorrer ao longo do processo de convivência, quando estão trabalhando para construir um vínculo afetivo. O(a) Profissional pode auxiliar para que essa trajetória seja a mais saudável para ambas as partes.

No mais, é importante destacar a dificuldade de encontrar estudos que especifiquem e diferenciam a atuação do(a) psicólogo(a) frente à adoção. Também acreditamos que mais pesquisas sobre como a cultura e a história implicam na prática de adoção no país e como a mesma é sentida pelos pais que optam por adotar, serão de extrema relevância para a ciência e sociedade. Dessa forma, trabalhos que tenham a adoção como tema além de ampliar nosso conhecimento, também poderão levantar críticas, produzir reflexões e quem sabe, fortalecer a nova cultura da adoção, mais igualitária e menos influenciada pelos preconceitos.

Pois acreditamos que a falta de discussões a respeito da adoção nas instituições de ensino, levantando reflexões e questionamentos a respeito da adoção de crianças e adolescentes, pode ser entendida como um dos aspectos que contribuíram para a permanência de valores preconceituosos e pouco científicos a respeito da temática.



Convém ainda, no contexto do debate sobre adoção, o desafio da construção de uma abordagem desmitificada e informativa sobre a real situação das crianças que estão a espera de uma família, ressaltando, assim, o papel fundamental do(a) psicólogo(a), contribuindo para a reprodução de olhares menos preconceituosos em relação a esse contexto.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, M.F.P; ALMEIDA, D.R; DORIA, C.L; GUEDES, P.C; SOUSA, T.R; FRANÇA, W.L.P. O Papel do Psicólogo e das Entidades Junto a Crianças e Adolescentes em Situação de Risco. 2008. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v28n3/v28n3a10.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ALVARENGA, L.L; BITTENCOURT, M.I.G.F. A Delicada Construção de um Vínculo de Filiação: O Papel do Psicólogo em Processos de Adoção. 2013. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v17n1/v17n1a05.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

CAMARGO, M.L. Adoção Tardia: representações sociais de famílias adotivas e postulantes à adoção (mitos, medos e expectativas). 2005. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/97679/camargo_ml_me_assis.pdf?sequence=1>. Acesso: 07 fev. 2022.



CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Adoção de Criança: um cadastro nacional mais transparente e ágil. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CORREIA, M. C. Abandono e Adoção. 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213667.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

COULANGES, F. A Cidade Antiga. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DUTRA, A.A.B; MAUX, E. Do Útero à Adoção: a experiência de mulheres férteis que adotaram uma criança. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v14n2/a04v14n2.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

DUTRA, A. A. B; MAUX, E. A Adoção no Brasil: algumas reflexões. 2010. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

FERREIRA, I. J. S. Adoção à brasileira e os Novos Rumos da Jurisprudência. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art2015060210.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

GOMES, M.M.C. O Papel do Psicólogo nas Instituições de Acolhimento. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21377/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Marta%20Gomes.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.



GOMES, R. M. Adoção: aceitar a criança e sua história condição essencial para seu sucesso. 2003. Disponível

em:

<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3047/2/9982077.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

GUINGO, V.S. Conceitos e Preconceitos Acerca da Adoção. 2002. Disponível

em:<

<http://www.avm.edu.br/monopdf/27/VANESSA%20SENN%20GUINGO.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

LAKATOS, M.E. MARCONI, M. A. Fundamentos da Metodologia Científica. 2003. Disponível

em:<

https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historiai/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 07 fev. 2022.

LEBOURG. P. A., Aspectos Históricos do Instituto da Adoção e Atual Possibilidade da Adoção Homo Afetiva. 2012. Disponível em:

<<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-0e92020df5e06317e8a99ef3458327e6.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

LEVINZON, G.K. A adoção na Clínica Psicanalítica: o trabalho com os pais adotivos. 2006. Disponível

em:

<<file:///C:/Users/Eu/Downloads/630-632-1-PB.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

LIANA. C. Papel e Importância do Psicólogo no Processo de Adoção. 2011. Disponível

em:

<<http://psicologiaeadoacao.blogspot.com/2011/11/papel-e-importanciado-psicologo-no.html>>. Acesso em: 07 fev. 2022.



LINDNER, A.A. Adoção Internacional: Aspectos psicológicos e papel do psicólogo no processo de adoção. 2015. Disponível em:

<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3430/Alinne%20Ariane%20Lindner%20-%20TCC%20-%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20Aspectos%20Psicol%C3%B3gico%20e%20Papel%20do%20Psic%C3%B3logo%20no%20Processo%20de%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20%281%29.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 out. 2018.

MORAES, A.M. et al. Adoção. 2011? Disponível em:<http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol8_n1_2014/adocao.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

OLIVEIRA, K.C. Nova Lei da Adoção - Lei 12.010/2009: uma revisão da literatura. 2011. Disponível em:<<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tccb44d326ed8ef32512e829a59447eb556.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

OST, S. Adoção no Contexto Social Brasileiro. 2018. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5881>. Acesso em:> 28 abr. 2018.

PAIVA, L. D. Adoção: significado e possibilidade. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PURETZ, A; LUIZ, D.E.C. Adoção Tardia: desafios e perspectivas na sociedade. 2007. Disponível em:<http://ri.uepg.br:8080/riuepg/bitstream/handle/123456789/480/ARTIGO_Adocao_TardiaDesafios.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 fev. 2022.



REIS, A.M; LEITE, C.M.S; MENDANHA, E.C.C. A Importância do Psicólogo Jurídico nas Práticas de Adoção. 2015. Disponível em: <<http://catolicadeanapolis.edu.br/revistamagistro/wp-content/uploads/2017/09/aimport%C3%A2ncia-do-psic%C3%B3logo-jur%C3%ADdico-nas-pr%C3%A1ticas-deado%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

REPPOLD, C. T; HUTZ. C. S. Reflexão Social, Controle Percebido e Motivações à Adoção: características psicossociais das mães adotivas. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/epsic/v8n1/17232.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SANTOS, F.A.P.D. As Mudanças Trazidas Pelo Advento Da Lei 12.010/2009 À Adoção No Brasil. 2010. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj030386.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

SCHETTINI, S.S.M; AMAZONAS, M.C.L.A; DIAS, C.M.S.B. Famílias Adotivas: identidade e diferença. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n2/v11n2a06.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.



SILVA, M.L. Lei Nacional de Adoção e Acolhimento Institucional: o ponto de vista de psicólogos e assistentes sociais. 2012. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/10304/SILVA%2C%20MILENA%20LEITE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

SILVA, R.A.O. A Adoção de Crianças no Brasil: os entraves jurídicos e institucionais. 2011? Disponível em:<<http://www.proceedings.scielo.br/pdf/cips/n4v2/21.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

TABORDA, C.R. Adoção: a família no processo adotivo. 2014. Disponível em:<<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2115/TCC.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 fev. 2022.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO §17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430/1996

Janaina Bonifácio de Sousa Coelho¹

RESUMO: Pretende-se neste artigo, demonstrar e analisar as controvérsias envolvendo o conteúdo atual do art. 74, §17 da Lei nº 9.430/1996, que prevê a aplicação de multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada pela receita federal e suas especificidades para alcançar o entendimento sobre a sua (in)constitucionalidade, apresentando a disposição do tema nas decisões em sede de sentenças, acórdãos e, principalmente, na análise do Recurso Extraordinário titulado sob o nº 796939, ora objeto desse trabalho, o qual encontra-se no status de pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Intenciona-se esmiuçar todas as questões relevantes doutrinárias e legislativas norteadoras do Recurso Extraordinário.

Palavras-chave: Multa isolada. Compensação tributária. Inconstitucionalidade. Proporcionalidade.

¹ Advogada. E-mail: janainabonifacio.adv@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

O sistema tributário brasileiro, marcado por elevada complexidade normativa e acentuada litigiosidade, tem imposto constantes desafios tanto à Administração Tributária quanto aos contribuintes, especialmente no que se refere aos instrumentos de constituição, fiscalização e extinção do crédito tributário. Nesse contexto, a compensação tributária assume papel relevante como mecanismo legalmente previsto para a satisfação de créditos do contribuinte perante o Fisco, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, a utilização desse instituto tem sido acompanhada de significativa controvérsia jurídica, sobretudo diante da previsão legal de aplicação automática de penalidades em razão do indeferimento administrativo de pedidos de compensação. Dentre essas penalidades, destaca-se a multa isolada de 50% prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, incidente sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada pela Receita Federal do Brasil.

A imposição dessa sanção tem suscitado intenso debate no meio jurídico, na medida em que sua aplicação independe da comprovação de dolo, fraude ou má-fé por parte do contribuinte, recaindo unicamente sobre o indeferimento do pedido administrativo. Tal circunstância provoca questionamentos relevantes acerca da compatibilidade do referido dispositivo legal com princípios constitucionais fundamentais, como o direito de petição, a proporcionalidade, a razoabilidade, a vedação ao confisco, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa.



Nesse cenário, a controvérsia alcançou o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 796.939, ao qual foi reconhecida repercussão geral (Tema nº 736). Até o primeiro semestre de 2022, o referido recurso permanecia pendente de julgamento definitivo, assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.095, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, que versa sobre a mesma matéria. Tal circunstância evidencia a relevância jurídica, econômica e social do tema, bem como a persistência de um cenário de insegurança jurídica, marcado por decisões judiciais divergentes nos tribunais pátrios.

Diante desse contexto, o presente artigo tem por objetivo analisar a constitucionalidade do §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, à luz da jurisprudência, do entendimento doutrinário dominante e dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar do Estado. Busca-se examinar criticamente os fundamentos que sustentam a aplicação da multa isolada, confrontando-os com as garantias fundamentais do contribuinte, de modo a contribuir para o debate jurídico acerca da legitimidade dessa sanção no ordenamento jurídico brasileiro.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO

O presente caso trata do trâmite, no Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) nº 796.939, oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin. O referido Recurso Extraordinário encontra-se sob análise da Suprema Corte desde fevereiro de 2014 e, até o primeiro semestre de 2022, permanecia pendente de julgamento definitivo.



O Recurso Extraordinário percorreu diversos procedimentos em sessões virtuais do Plenário do STF ao longo de sua tramitação. Em uma dessas sessões, houve o reconhecimento da repercussão geral da matéria, em razão de sua relevância e abrangência constitucional, consistente na análise da (in)constitucionalidade dos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, no âmbito do Tema nº 736. O referido tema teve seu reconhecimento de repercussão geral em julgamento virtual ocorrido em maio de 2014, decidido por voto de desempate, em virtude da multiplicidade de decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais envolvendo a controvérsia suscitada no mencionado recurso.

O Recurso Extraordinário supracitado tem como partes a União, no polo ativo, e a Transportadora Augusta SP Ltda., no polo passivo da ação.

A União, por intermédio de seu representante, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, interpôs o recurso na instância superior contra o acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) que, em sede de Mandado de Segurança (MS), acolheu o pedido da impetrante para afastar a aplicação da multa prevista nos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei Federal nº 9.430/1996, corroborando a tese por ela desenvolvida em ação anulatória de multa tributária.

2.1 Decisão proferida pelo tribunal

2.1.2 Segunda turma do TRF4- Acórdão Recorrido

O Mandado de Segurança recorrido, foi impetrado por Tabra Exportadora de Tabacos do Brasil Ltda. contra o ato do Delegado da Receita Federal em Santa Cruz do Sul/RS, que exigiu, em definitivo, o pagamento das referidas multas isoladas à União. Neste MS, foi pedido a segurança pelo afastamento da multa questionada, pelo simples indeferimento de pedido de compensação tributária.



Ao apreciar o Mandado de segurança, entendeu o Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, haver a afronta aos postulados da proporcionalidade bem como ao princípio da vedação do confisco.

Em contrapartida, a União, em sede de Recurso de apelação em face do mandado de segurança citado, diga-se de passagem, com apelo não provido, expressou seu inconformismo, em vão, mantendo o Tribunal a decisão a quo. Tal decisão foi fundamentada no precedente do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000, proferido pela mesma Corte Especial (TRF4), que na ocasião, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996.

Deste feito, o assunto foi levado para ser deliberado e decidido em instância superior, através do Recurso Extraordinário n. 796.939, requerendo a Declaração da Constitucionalidade da Multa auferida nos §§15 e 17 do art.74, da lei n. 9430/1996, ao argumento de não ter havido violação ao princípio da proporcionalidade, justificando que a aplicação de tal multa tem a pretensão de inibir o contribuinte de pedir ressarcimento ou compensação de créditos, indevidamente, e ao mesmo tempo, coibir práticas lesivas ao erário. Não obstante, a União, contrariando o fundamento do acórdão supra, nega a existência de afronta ao direito de petição, alegando inexistir a coação à tal direito, sustentando haver a possibilidade de o contribuinte poder recorrer às vias recursais para revisar os atos administrativos que considere ilícito.

2.1.3 Recurso Extraordinário Paradigmático

Como exposto outrora, o Recurso Extraordinário aqui tratado, vem sendo utilizado como paradigma para outras discussões, antigas e atuais, envolvendo o disposto, no § 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96,



o qual versa sobre a multa isolada no percentual de 50%, aplicada ao contribuinte que venha ter seu pedido de declaração de compensação não homologado pela Receita Federal, dispositivos que, no percurso do atual processo, tiveram alterações, que serão analisadas em momento oportuno, o qual trouxe nova redação para o art. 74 e §17, bem como ocorreram, na ocasião, a revogação dos §§15 e 16 do mesmo dispositivo da referida lei federal.

Oportunamente, surgiram várias decisões dos tribunais regionais federais, vindicando que seja apartada a aludida multa agravada, baseando-se nas nuances do conteúdo do Recurso Extraordinário, tornando-o exemplo para demandas que envolvam a mesma questão.

Como narrado alhures, o Recurso paradigma está sendo processado na Suprema Corte, que até então, ocorria em sessões virtuais. Todavia, desde o último julgamento que decidiu pela repercussão geral do mesmo, o processo teve como último ato datado em 12/05/2020, em decisão monocrática do Ministro Edson Fachin, pela retirada deste julgamento da lista de sessão virtual, o que significa que os próximos atos desse processo, ainda não agendado, ocorrerão em plenário físico, a pedido das partes integrantes da ação recursal.

Destaca-se ementa do último julgamento na Suprema Corte, do Recurso Extraordinário paradigma:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE RESSARCIMENTO, RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. MULTAS. INCIDÊNCIA EX LEGE. SUPOSTO CONFLITO COM O ART. 5º, XXXIV. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. I - A matéria constitucional versada neste recurso consiste na análise da constitucionalidade dos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996, com redação dada pelo art. 62 da Lei 12.249/2010. II - Questão constitucional que ultrapassa os limites



subjetivos ad causa, por possuir relevância econômica e jurídica. III – Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2014). (RE 796939 RG, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 20-06-2014 PUBLIC 23-06-2014)

O RE supra, chegou à Instância da Suprema Corte no início de 2014, a requerimento da União, objetivando que a turma do Supremo Tribunal Federal, declare a Constitucionalidade da multa disposta nos dispositivos mencionados, ao argumento de que esta multa se acha necessária de modo a evitar fraudes por parte de determinados contribuintes que peticionam por reiteradas vezes, pelo ressarcimento ou compensação de créditos tributários, já premeditando a recusa pela Receita Federal. Alega no RE, que a multa no valor de 50% incidente sobre o valor declarado, não fere o princípio da proporcionalidade, como foi firmado no acórdão do MS, pelo qual recorreu, sob a tese de que a multa tem o fim de evitar condutas abusivas que venham afetar a economia da República. Além disso, a Fazenda, ainda requereu a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, para que se entenda pela aplicação da multa em comento, em caso de comprovado abuso de direito por parte do contribuinte, como foi sustentado nos autos.

Vale ressaltar quão grande é a repercussão nesse sentido, que a multa discutida neste Recurso Extraordinário, já havia sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.095), proposta pela Confederação das Industrias (CNI), a qual, também encontra-se sobrestada aguardando o julgamento simultâneo e em conjunto com o presente Recurso, por tratar da mesma temática repercutida.

Quanto a este Recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, ao analisá-lo, imediatamente, em decisão unânime, assentou a repercussão geral da matéria constitucional, baseando-se nas repetitivas demandas com decisões proferidas por outros



órgãos judiciais, voltadas para o entendimento da inconstitucionalidade da multa referida nos dispositivos impugnados, considerando, especificamente, o conteúdo dos fundamentos e princípios constitucionais violados.

Nesse liame, como se observa no andamento processual do RE afetado na Suprema Corte, ainda não exaurido, cita-se o voto salutar em sessão plenária, do Ministro relator do mencionado Recurso, Edson Fachin, que entendeu e votou pelo desprovimento do mesmo, ao argumento de que a multa estabelecida na lei em questão, é inconstitucional por ser imposta automaticamente ao contribuinte pelo mero indeferimento de pedido de compensação do crédito tributário, concluindo o Ministro, que este pedido feito pelo contribuinte, não configura ilícito para justificar a aplicação da multa pecuniária.

Após o voto do Relator, o Recurso extraordinário seguiu com o pedido de vista pelo Ministro Gilmar Mendes, para que fossem ouvidos os representantes das partes. Assim, com a retirada do processo da sessão virtual, mantém-se aguardando novo julgamento com decisão definitiva a ser proferida pela turma da Instância Superior a qual servirá de parâmetro para resolução de casos semelhantes sobrestados em outras instâncias.



3. ANÁLISE DAS DECISÕES CONFLITANTES

3.1 TRF4- Recurso de Apelação: União x Companhia Riograndense De Saneamento Corsan

Em relação ao tema norteador do Recurso paradigmático, alguns processos envolvendo a mesma temática, seguem suspensos em razão da pendência de julgamento do Recurso afetado, uma vez que guardam relação com o mesmo, e necessitam da decisão definitiva do STF que será considerada para vincular todas as outras decisões de todos os órgãos judiciários, em virtude de seu efeito vinculante erga omnes.

Por outro lado, muitos tribunais proferiram acórdãos fundamentados tanto nas teses combatidas no Recurso paradigma, quanto nas idênticas teses formuladas na ADI mencionada acima, que trata do mesmo objeto no seu conteúdo, ou seja, ambas ações já estão servindo de modelo, ainda que não tenham sido julgadas em definitivo, o que demonstra, sobretudo, a firmeza no entendimento de que o texto previsto pelo legislador infraconstitucional da lei federal questionada, afronta os dizeres da Constituição Federal. Nesse sentido aponta-se o acórdão da primeira turma do TRF4, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA. RESSARCIMENTO INDEVIDO OU COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA. PARÁGRAFOS 15 E 17 DO ARTIGO 74 DA LEI Nº 9.430/96. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELA CORTE ESPECIAL DESTES TRIBUNAL. A teor da jurisprudência deste Tribunal, notadamente o julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000, é indevida a multa isolada em compensação "não homologada" (art. 74 da Lei nº 9.430/96, § 17), a qual não se confunde com a multa isolada aplicada em compensação "não declarada" (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 - art. 18, § 4º, da Lei nº 10.833/2001),



porque conflita com o disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea 'a' da Constituição Federal. (BRASIL, 2019) (TRF4 5080227-50.2018.4.04.7100, PRIMEIRA TURMA, Relator FRANCISCO DONIZETE GOMES).

O Recurso de apelação acima, foi interposto pela União em reação à sentença proferida em face da Ação Anulatória de multa tributária, proposta pela Companhia Riograndense De Saneamento Corsan, onde teve suspensa a exigibilidade da multa isolada que já haviam sido lançadas pela a apelante com base no §17 do art.74 da lei n.9.430/96, na qual foi proibido à união, que aplicasse a predita multa, em futuras compensações da autora.

No apelo, a Fazenda requereu o reconhecimento da legitimidade da aplicação da multa isolada de 50% sobre a compensação não homologada na forma dos mesmos dispositivos, bem como o sobrestamento do feito até que o Recurso paradigma tenha sido julgado, integralmente, na Alta Corte.

3.2 Decisão da Apelação

O Recurso apelatório, fundamentado na decisão da Arguição de inconstitucionalidade e no entendimento firmado em decisão do Mandado de Segurança outrora mencionado, foi desprovido pela primeira turma do TRF4 em decisão unânime, mantendo a decisão do juízo a quo, pela suspensão da exigibilidade da multa impugnada. Nesse entendimento, o relator da Apelação, Francisco Donizete Gomes, foi bastante coerente quando negou provimento da Apelação Cível, mantendo a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, procedendo o pedido da autora da ação anulatória apontada, decidindo pelo afastamento da incidência da multa isolada. O Juiz federal também aspirou pelo confronto com o art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, sob a alegação de obstar o direito do contribuinte, de boa-fé, de peticionar perante o poder público, afastando assim, a



aplicação da multa por não ser coerente sua aplicação com base apenas na não homologação da compensação pedida, interpretando que essa conduta do legislador fere o princípio da proporcionalidade/razoabilidade. O relator ainda reconheceu, e destacou no acórdão proferido, que a multa questionada “não se confunde com aquela aplicada nos casos de compensação não declarada” prevista nos artigos 44, I, da Lei nº 9.430/96 e art. 18, § 4º, da Lei nº 10.833/2001, in verbis:

Lei nº 9.430/96, art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Lei nº 10.833/2001, art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. § 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1o, quando for o caso (BRASIL, 2007) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Não há tese melhor para demonstrar o diferencial que há na multa prevista no §17 do art.74 da Lei nº 9430/96, a qual difere-se absolutamente, no sentido da justificativa de sua aplicação, pois, tendo em vista a falta de declaração de compensação pelo contribuinte, o Estado estaria correto em aplicar as multas isoladas previstas nas leis supracitadas, uma vez que neste caso, não teria sido declarada a compensação pelo contribuinte, o que acarretaria, de fato, o eventual dano ao erário, arguido. Contrário sensu de se aplicar uma multa agravada ao contribuinte por mero ato de não homologar o pedido de declaração de compensação pelo Fisco, que é o caso da multa



estabelecida no §17 do art.74 da lei 9430/96, ficando evidente que a coerção Estatal, que neste caso, obstaculiza a liberdade do contribuinte-cidadão de exercer seu direito fundamental de petição conforme prevê art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, pelo desarrazoado receio, de buscar tal direito perante o poder público e vir a sofrer, automaticamente, a pena pecuniária de valor abusivo, por simplesmente ter o seu pleito negado.

4. ENTENDIMENTO DA DOUTRINA SOBRE O ASSUNTO

Neste caso, não se encontra de fato divergência doutrinária sobre o tema norteador do presente trabalho. O que se percebe são abordagens pontuais de determinados doutrinadores que servirão para entender alguns institutos tratados neste tema.

Em termos de confisco, por exemplo, é de grande valia ressaltar o entendimento do doutrinador Paulo de Barros de Carvalho que em sua ótica, deixa explícito a existência de uma certa subjetividade na interpretação disposta no art. 150, V, da CF/88, que trata da proibição do confisco, visto que o texto pode ser interpretado de formas distintas de acordo com cada leitor do conteúdo constitucional, e explica: “aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdica de exigência tributária” (CARVALHO,2013, p.171). Neste contexto, verifica-se que o legislador constitucional, deixa uma margem de dúvida, mesmo que pequena, na forma de interpretar o instituto do confisco relativamente ao excesso tributário. O autor acrescenta que a Constituição Federal ofereceu apenas um único rumo axiológico confuso simplesmente para advertir o legislador tributário, que existe limite para tributar.



O que se extrai desse entendimento em relação às decisões envolvendo o teor do Recurso Extraordinário paradigma, é uma possível legitimidade no arbítrio do Estado em calcular o valor, diga-se de passagem, abusivo, da multa tributária a qual foi imposta nos dispositivos abnegados baseando-se na interpretação extensiva, duvidosa, contida na norma editada pelo constituinte.

Em contrapartida, nesse ponto confiscatório, a doutrina majoritária tem se manifestado e unificado entendimento, que para a busca dessa interpretação, seja associada a fixação do valor da multa tributária ao postulado da proporcionalidade a fim de se evitar sua exasperação, logo, afastando o caráter confiscatório da mesma. Nessa linha, Eduardo Sabbag explica que, “deve o intérprete, no intrincado trabalho de aquilatar até que ponto o tributo é ou não confiscatório, valer-se da razoabilidade, que lhe servirá de “bussola” para diferenciar aquilo que se põe como confiscatório”. (SABBAG, 2013, p.255), ou, seja, o legislador deve ponderar-se no que traz o texto constitucional e seus postulados limitadores ao poder de tributar.

Seguindo entendimento da maioria na doutrina, SABBAG (2013) ainda explana:

É visível o recrudescimento indiscriminado da carga tributária no Brasil. Dia a dia, emana, dispositivo que aumentam ou instituem tributos, ornamentando o indigesto “bolo” da tributação brasileira. A carga tributária, analisada global ou individualmente, deve rimar com as limitações constitucionais ao poder de tributar, a saber, os princípios tributários. Dentre aqueles de expressivo cunho subjetivo, destaca-se o postulado que veda a confiabilidade tributária(...). É fato que há certo campo investigativo ainda a ser preenchido pelo estudo científico-jurídico, na seara da vedação ao tributo com efeito de confisco, buscando-se nítida definição dos seus contornos conceituais (SABBAG, 2013).



Como se pôde observar na leitura supramencionada, é imprescindível, que o legislador ao fixar valores em multas tributárias com intuito de desestimular a prática de ilícito por parte do contribuinte, empregue proporção entre ilícito e o valor a ser atribuído à multa, para que não se chegue a agressão ao patrimônio do contribuinte pela evidente inadequação, como se verifica na multa isolada de 50% imposta no §17 do art. 74 da lei federal auferida no RE paradigma, haja vista que tal valor se mostra extremamente abusivo por extrapolar os limites razoáveis legais constitucionais.

Nessa linha de pensamento, o autor Hugo de Britto (2012) assevera que, quando se trata de interpretar a Lei, deve-se ater sempre à um juízo de proporcionalidade visando outras alternativas à escolher para alcançar certos objetivos legais.

Salienta-se que o autor antes mesmo de haver tal questionamento e a interposição do Recurso paradigma, já exemplificava em seu artigo científico, as multas constantes dos §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/96, como inconstitucionais, por inadequação, reafirmando entendimentos dos julgadores que foram favoráveis ao desprovimento do RE onde a requerente deste, considera o ato de peticionar pela compensação de credito tributário, como ato ilícito, impondo como punição à esse “ato ilícito”, a aplicação da multa no percentual de 50% sobre o valor apresentado, se o mesmo for indeferido. E é nesse mesmo artigo, que Hugo de Britto (2012) manifesta seu contraste por tais disposições infraconstitucionais:

Veja-se: não é tida por ilícita, apenas, a apresentação de pedido de restituição eivado de “falsidade”, hipótese em que a multa é de 100% e que realmente deve ser considerada ilícita. Na verdade, o problema é que mesmo o pedido formulado na mais inteira boa-fé, sem qualquer dolo, falsidade ou fraude, será punido com a multa de 50% pelo simples fato de ser considerado indevido, ou de ser indeferido. Trata-se de autêntica punição pela prática de uma conduta que nenhuma lesão traz às



disposições constitucionais protegidas pelo estabelecimento de multas tributárias, pois se o fisco considera que o contribuinte não tem razão, nada o impede de indeferir o pedido. Aliás, a conduta tida por “ilícita”, no caso, configura o autêntico exercício de um direito constitucional por parte do cidadão contribuinte (art. 5.º, XXXIV, “a”, da CF/88), o qual não é assegurado apenas àqueles que formulem petições consideradas procedentes pela própria Administração Pública (BRITO, 2012).

Como visto, o questionamento dos dispositivos supra, além de não ser recente, a discussão relativa a questão do tema em estudo, já paira há tempos, o que faz-se perceber a necessidade do Estado, o quanto antes, trazer um posicionamento solucionando definitivamente essa questão, em consonância com os mandamentos constitucionais, ou seja, que o Estado venha acolher o clamor da maioria, pela inconstitucionalidade dos dispositivos transgressores dos direitos dos cidadãos-contribuintes.

5. LEGISLAÇÃO APLICADA AO CASO CONCRETO

A questão abrangente no recurso paradigma, vem pascentada, especificamente, pela legislação infraconstitucional n.9.430/1996, bem como pela legislação Constitucional de 1.988 na tentativa de trazer, democraticamente, uma resolução coerente para o problema.

No que tange a lei n.9.430/1996, trata-se de uma lei que insurgiu para regular a disposição sobre a legislação tributária federal, sobre as contribuições para a seguridade social e sobre o processo administrativo de consulta, além de outras providências. Desta Lei, foi utilizado na ação recursal comentada, o contexto do art. 74 e seus parágrafos 15 e 17, ora estudados, os quais trazem em seu conteúdo disposições sobre a multa tributária e compensação de crédito tributário.



Em tempo, é importante ressaltar, para fins de atualização, que a referida lei, ao longo do processo do recurso paradigma, sofreu significativas alterações nas quais tiveram revogados pela Medida Provisória n. 668 posteriormente convertida na Lei 13.137/2015, os §§ 15 e 16 de seu art.74, bem como o §17 do mesmo dispositivo, houvera recebido nova redação, que se deu pela vigente Lei 13.097/2015, conforme se verifica em seu texto com redação atualizada:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. § 17. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo (BRASIL, 2015).

Portanto, por ser atual esse trabalho analítico, se faz necessário analisar o recurso em discussão, com a devida atualização da lei mencionada especificamente no art.74 e § 17, tendo em vista que pela revogação do §15, não se fala mais da aplicação da multa de 50% pelo pedido de ressarcimento indeferido, mantendo-se, assim, a sanção aplicada apenas ao pedido de compensação não homologado.

No que diz respeito a multa imposta no atual §17, como visto dantes, O Ministro Edson Fachin, em seu voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, para manutenção do acórdão recorrido pela Fazenda, considerou-a como inconstitucional, por incidir na mera negativa de homologação de compensação tributária, justificando nesse voto, que o simples ato de indeferimento de pedido não constitui ato ilícito para a automática penalidade pecuniária pela qual foi submetida a impetrante da ação que gerou o



acórdão recorrido, quando foi punida com a referida multa por ter seu pedido de compensação indeferido. Não diferente do que a Procuradoria Geral da República (PGR) descreve em seu manifesto parecer pelo desprovimento do mesmo recurso, ao fundamento de que a recorrente justifica a aplicação da penalidade para se evitar um eventual abuso de direito, e por conseguinte, equipara o ato de peticionar do contribuinte de boa-fé ao apresentar declaração de compensação, como uma prática de ato ilícito.

Nesse compasso, a Procuradoria Geral da República explica sobre o que é considerado ato lícito e ato ilícito em seu parecer. Logo, a PGR elucida que o ato de peticionar uma declaração de compensação não verifica ilicitude, sendo tal sanção indevida visto que o contribuinte está a praticar o exercício regular de seu direito na forma da lei. Extraise assim, que, somente justificaria a aplicação de qualquer penalidade, caso o ato praticado pelo contribuinte, restasse como ato ilícito.

Por esse entendimento, de modo a solucionar a questão, o Ministro seguindo o mesmo entendimento do citado precedente da Corte especial do TRF4, com referência ao texto constitucional, também considerou no julgamento, a aplicação, do art.5º, XXXIV, “a”, da CF/88, neste caso, invocando o direito fundamental de petição do contribuinte aos poderes públicos sendo observado o contexto literal do mencionado dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.



Pelo exposto, e em conformidade à esses entendimentos, tem-se que a aplicação da lei constitucional no caso do Recurso Extraordinário em voga, foi salutar, considerando a garantia constitucional de qualquer cidadão, neste caso o contribuinte, poder pedir frente aos órgãos públicos um direito garantido constitucionalmente regulamentado, sem que seja taxado para exercê-lo, todavia, essa taxação está, implicitamente, imposta no texto infraconstitucional da lei federal, violando a garantia constitucional supra, como foi possível examinar nas teses desfavoráveis apresentadas no RE afetado, pela Suprema Corte.

6. ENTENDIMENTO PRINCIPiolÓGICO

Observa-se que, no caso ecoado, em todo momento é enfatizado o entendimento principiológico tanto na discussão doutrinária quanto nas controvérsias judiciais em conflito. Demonstra-se portanto, a importância de serem notados os princípios gerais do direito em quaisquer análises legais para suas efetivas aplicações do caso concreto.

Os Princípios Gerais do Direito são, nos ditames de Miguel Reale, “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. (REALE, 2001, p. 286).

E nesse sentido, nas decisões analisadas neste presente trabalho, incluindo o acórdão recorrido e no Recurso Extraordinário trabalhado, não poderia ser diferente, uma vez que os princípios, juntamente com a Constituição Federal, serviram de diretrizes para seus julgadores, sobretudo os prismas da proporcionalidade e razoabilidade, além dos princípios do contraditório e ampla defesa e o princípio da proibição do confisco.



6.1 Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade

O postulado da proporcionalidade vem harmonizado ao princípio da razoabilidade como proibidores de excesso na atuação da Administração Pública.

Tais postulados transparecem no acórdão recorrido, bem como no entendimento firmado no voto do Relator Ministro Fachin no RE paradigma, onde o mesmo, em sua tese, reconhece a desproporcionalidade na elaboração da lei pela aplicação da multa isolada por banal indeferimento do pedido de declaração de compensação tributária, assentando pela completa desproporção e irrazoabilidade nessa aplicação, uma vez que não houve devida adequação entre os meios e os fins, configurando excesso no exercício do poder estatal na fixação da multa agravada.

Nestes termos, a PGR salienta que a penalidade não é adequada, tendo em vista a possibilidade de aplicação de outras alternativas menos danosas para este propósito, além da proporção do valor da multa imposta, gerar grave ônus a ponto de inibir o cidadão-contribuinte de pedir, administrativamente, compensação de seu crédito tributário.

Percebe-se neste contexto, que quando o legislador infraconstitucional não coaduna com proporcionalidade e razoabilidade, excedendo-se na elaboração de uma norma que transfere danos à um indivíduo, e em consequência, retira-lhe direitos, mesmo havendo a opção de fazer diferente e não o faz, é extremamente necessário que tal lei viciada, seja completamente extirpada do ordenamento jurídico para garantir que os limites impostos ao poder de tributar do estado, sejam sempre respeitados e que outros editores de leis não repitam o equívoco cometido pelo legislador tributário quando criou a multa isolada sem a devida cautela aos direitos fundamentais do cidadão.



6.2 Princípio da Vedação do Confisco

Primeiramente, se faz necessário trazer à tona o que se entende por confisco. De modo geral Sabbag (2013) explica:

Confisco tem sido apresentado como a absorção da propriedade particular pelo Estado, sem justa indenização. No momento em isso ocorre, no plano tributário, exsurge o confisco em matéria tributária revestindo-se da roupagem de tributo inconstitucional (SABBAG, 2013).

Como explicou o autor supracitado, a partir do momento em que o Estado, para efeito arrecadatório, retira uma propriedade do particular sem lhe oferecer uma contrapartida econômica, ocorre uma tributação com efeito confiscatório à este particular. Por este motivo a Constituição, visando evitar tais efeitos, tratou de criar um mecanismo de modo a proteger o cidadão-particular contra eventual ato por parte do Estado, emergindo, assim, o princípio da vedação ao confisco entabulado no art. 150, V, da CF/88.

No Recurso Extraordinário em comento, relativamente ao confisco, os julgadores se limitaram na análise do valor da multa arbitrada no § 17 do art. 74 da Lei nº 9430/96, na razão de 50%, que recai sobre o valor objeto do pedido de compensação do sujeito passivo, entendendo que esta multa insurge com efeito confiscatório, pelo fato de onerar radicalmente o contribuinte como punição pela mera inadmissão de seu pedido, na esfera administrativa, violando nitidamente o postulado constitucional, uma vez que o legislador infraconstitucional não observou os limites impostos pela Lei Maior ao fixar valor excessivo à multa tributária.

Compreende-se, portanto, que foi na inteligência destes fundamentos nos postulados acima, no receio da multa fiscal vir a afetar o patrimônio do contribuinte de boa-fé, que influenciou a



resolução dos litígios designados no RE e no acórdão recorrido, decidindo os julgadores em consonância, pelo afastamento da multa pecuniária imposta pelo Estado.

6.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

No que se refere aos princípios do contraditório e da ampla defesa, estes vêm esculpidos na Carta Magna prevendo que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da CR/88).

In casu, a aplicação destes princípios, pelos julgadores no processo, verificou-se em razão da imposição automática da multa agravada pela Fazenda, pela injusta presunção de má-fé, sem que fosse oportunizado à parte contrária, o direito de manifestar-se e provar estar agindo dentro dos limites legais.

Nesse seguimento, pela literalidade do texto constitucional, entende-se que tais mandamentos devem ser aplicados em qualquer esfera, seja ela administrativa ou judicial, a garantia desses postulados deve ser observada pelo Estado e seus representantes na análise de casos concretos que estejam sob sua égide. Outrossim, a limitação ao cidadão pela imposição da multa isolada, vem revestida de taxa implícita compulsória para que o contribuinte demande um direito regulado constitucionalmente, tal qual retira injustamente a garantia fundamental que é outorgada à todos os cidadãos brasileiros que tenham a pretensão de acionar o Estado, não obstante, numa extrema afronta ao Direito de Petição afirmado expressamente no art. 5º, XXXIV, “a”, da Carta Magna, que veda a imposição de qualquer taxa para peticionar perante aos órgãos públicos.



7. CONCLUSÃO

A partir da análise desenvolvida ao longo do presente estudo, conclui-se pela adoção de entendimento contrário à tese sustentada no Recurso Extraordinário paradigmático, no sentido de que não se pode presumir que todo contribuinte que peticiona perante a Administração Tributária o faça com o intuito de fraudar o Estado ou abusar de seu direito. Ao contrário, observa-se que grande parte dos contribuintes age de boa-fé, requerendo apenas o exercício de direitos expressamente assegurados em lei.

Com efeito, não raras vezes a própria Administração Pública, no desempenho de suas atividades arrecadatórias, incorre em equívocos ao atribuir débitos tributários indevidos ao contribuinte. Diante disso, ao tomar ciência do erro administrativo, o contribuinte busca a tutela jurisdicional, a qual, em muitos casos, reconhece a existência de indébito tributário, gerando crédito legítimo perante o Fisco. A partir desse reconhecimento, o contribuinte exerce o direito de pleitear a restituição ou compensação do crédito apurado, utilizando-se, para tanto, do instituto da compensação tributária previsto no art. 170 do Código Tributário Nacional, como modalidade legal de extinção do crédito tributário.

Todavia, no âmbito do procedimento administrativo de compensação, regulado, entre outros atos normativos, pela Instrução Normativa RFB nº 1.300/2012, é possível que o pedido formulado pelo contribuinte seja indeferido por razões formais ou materiais, tais como equívocos no cálculo ou na atualização do crédito. Nesses casos, a simples não homologação da compensação tem ensejado, automaticamente, a aplicação da multa isolada de 50% prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, sob a presunção de má-fé do contribuinte, ainda que inexistente qualquer conduta dolosa, fraudulenta ou abusiva.



Tal penalidade revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, na medida em que impõe verdadeira coerção ao exercício do direito de petição do contribuinte perante o Poder Público, aplicando-lhe, de forma implícita, uma espécie de taxa pelo simples fato de buscar a satisfação de direito assegurado constitucionalmente. Trata-se de prática que afronta diretamente o disposto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, que assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas.

Além disso, a aplicação automática da multa isolada, fundada exclusivamente no indeferimento administrativo do pedido de compensação, configura manifesta violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que inexistente adequação entre o meio empregado — a imposição da sanção pecuniária — e o fim pretendido pelo legislador. O valor fixado, correspondente a 50% do montante objeto da compensação não homologada, mostra-se excessivo e desarrazoado, conduzindo, ainda, a efeito confiscatório, expressamente vedado pelo art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, à luz da jurisprudência analisada, da doutrina especializada e, especialmente, do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no âmbito do Recurso Extraordinário nº 796.939, sustenta-se a inconstitucionalidade do §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996. Tal entendimento reforça a necessidade de que a aplicação de penalidades tributárias esteja condicionada à efetiva comprovação de ilícito por parte do contribuinte, não sendo admissível a presunção automática de má-fé pelo simples exercício regular de um direito constitucional.

Diante disso, mostra-se imprescindível que o Estado, enquanto ente democrático de direito, adote mecanismos que assegurem a observância das garantias constitucionais do contribuinte, evitando a imposição sumária de sanções desproporcionais e



assegurando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, de modo a afastar práticas legislativas e administrativas incompatíveis com os limites constitucionais ao poder de tributar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 51. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5080227-50.2018.4.04.7100. Primeira Turma. Relator: Des. Federal Francisco Donizete Gomes. Porto Alegre, RS, julgado em 28 ago. 2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/apelacao-civel-ac-50188455620184047100-rs-5018845-5620184047100/inteiro-teor750340994>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 736 da Repercussão Geral. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, julgado em 29 maio 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=4531713&numeroProcesso=796939&classificacaoProcesso=RE&numeroTema=736>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.



BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.4.04.0000. Corte Especial. Relatora: Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch. Porto Alegre, RS, julgado em 6 jul. 2012. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Mandado de Segurança nº 89.00.05183-0/RS. Primeira Turma. Relator: Des. Federal Francisco Donizete Gomes. Porto Alegre, RS, julgado em 28 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/336306823/andamento-do-processo-n-890005183-0-do-dia-28-04-2016-do-trf-4>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 796.939. Recorrente: União. Recorrido: Transportadora Augusta SP Ltda. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, distribuído em 19 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6225888>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. Altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 jan. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.



CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. 22. tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Multas tributárias, proporcionalidade e confisco. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 32, n. 1, p. 63-73, jan./jul. 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/373>. Acesso em: 16 mar. 2022.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



A MEDIAÇÃO COMO MEIO PREVENTIVO AOS CONFLITOS FAMILIARES JUDICIAIS

Luiza Soalheiro¹

Évora Gabrielly Ribeiro de Martin²

RESUMO: Os conflitos no âmbito familiar têm se tornado uma preocupação crescente na sociedade contemporânea. Esses conflitos, se não resolvidos de forma adequada, além de trazer impactos negativos para as dinâmicas familiares, traz um abarrotamento do judiciário, levando morosidade para o mesmo. A mediação se apresenta como um meio de solução destes conflitos, apontando resultados positivos que previnem a judicialização de controvérsias, o que é positivo tanto para o meio familiar quanto para o judiciário.

Palavras-chave: Conflito Familiar. Resolução de conflitos. Mediação. Mediação Familiar.

¹ Doutora e Mestra em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Mediadora de Conflitos credenciada pelo TJMG e pelo IMA - Instituto e Câmara de Mediação Aplicada. Advogada. Professora universitária. E-mail: soalheiroluiza@gmail.com

² Graduanda em pelo Centro Universitário UNA. E-mail: evorademartin@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

A mediação tem sido cada vez mais reconhecida pela sua eficiência para solucionar e/ou tratar de conflitos. É sabido que os conflitos surgem em todos os âmbitos da vida cotidiana, e que são inerentes à condição humana, sendo frequentes principalmente na seara familiar.

O principal objetivo deste artigo se resume na importância do tema para a atualidade. Primeiro pela justificativa de que com o passar dos anos, o número de ações judicializadas também vem aumentando, causando um verdadeiro abarrotamento no sistema judiciário. Este excesso de judicializações é embasado na ideia que a sociedade vive muitos conflitos, os enxergando como algo totalmente negativo e tendo como meio de solução somente a propositura de uma ação judicial.

Em uma segunda justificativa, os conflitos familiares trazem impactos negativos para as relações, podendo causar danos psicológicos em seus agentes e se não são bem solucionados, podem resultar em diversos outros conflitos, tornando a relação familiar um ambiente desordenado.

Neste sentido, a fim de investigar a origem do problema e estudar sobre a mediação como um meio de tratamento e solução de conflitos, será necessário adentrar nas proteções à família garantidas pelo Estado, e aprofundar no surgimento deste método e como tem sido utilizada no âmbito do Direito.

Assim, este artigo, após a introdução, irá esquadrinhar sobre o conceito de conflito, a ideia que a sociedade possui do mesmo e como pode ser enxergado através de outro olhar, a fim de melhorar as relações familiares.



Seguindo, irá abordar sobre a evolução da solução de conflitos na sociedade, como surgiu o acesso à justiça no Brasil, o surgimento da mediação, sua eficácia e princípios. E após, será estudado sobre como a mediação pode ser utilizada para sanar e/ou tratar conflitos no âmbito familiar, garantindo a proteção da família na prática. Também será abordado neste artigo as formas que a mediação pode ser abordada em outros campos como, por exemplo, escolas e comunidades, com intuito de levar ao conhecimento da sociedade uma forma alternativa para solucionar seus conflitos de forma mais autônoma e eficiente.

Concluindo, será possível ter uma outra visão sobre o conceito de conflito e sua normalidade nas relações interpessoais, além conhecer uma forma de tratamento e resolução de conflitos na esfera familiar que além de melhorar as relações familiares, poderá trazer o desafogamento do judiciário. Se a mediação passar a ser enxergada com o mesmo poder de solução que o judiciário, pois ela é tão eficaz quanto, com o passar dos anos poderão surgir relações familiares mais saudáveis, aptas e empoderadas para solucionar seus problemas internos.

2.O CONFLITO FAMILIAR A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Juntamente com o avanço da liberdade de pensamento e opinião e das tecnologias que conectam umas pessoas a outras, mesmo a quilômetros de distância, evoluiu também as novas formas de conflito. Na antiguidade, eram necessárias a proximidade e a presença física para que surgisse algum atrito entre os indivíduos, e quando este surgia, poderia ser resolvido de duas formas, pelo acordo entre as partes ou pela violência. Numerosos anos foram marcados por essa violência advinda de conflitos com interesses



opostos, resultando em muitas guerras e mortes. Desde então, tem-se a ideia da resolução do conflito pela decisão de qual das partes é a vencedora e qual a perdedora. (Vasconcelos, 2020).

No decurso do tempo, com a criação do judiciário e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, os conflitos passaram a ser resolvidos na sua maioria na esfera judicial. Decorre que a partir deste momento, a sociedade passou a enxergar que somente poderia se resolver um conflito na seara judicial.

Na atualidade uma controvérsia pode se formar até mesmo entre pessoas desconhecidas, em países diferentes. Pelo advento das redes sociais é possível se conectar com indivíduos em qualquer lugar do mundo, e isso também favorece o aparecimento e aumento de conflitos pelo simples fato do aumento de interações.

No sentido geral e no conhecimento popular, o conceito de conflito é considerado como a divergência de ideias ou opiniões sobre determinado fato ou assunto, existindo uma necessidade de escolha entre os envolvidos.

Adentrando no âmbito jurídico, o conflito é considerado por Houaiss a “concorrência de direitos antagônicos de dois ou mais indivíduos, que obriga a que nenhum deles tenha exercício pleno ou exerça gozo exclusivo do direito do qual se arroga titular, colisão de direitos” (Houaiss; Villar, 2001, p. 87).

Carlos Eduardo Vasconcelos (2020), afirma que o conflito se compõe de três elementos, são eles: relação interpessoal, problema objetivo e trama ou processo. Sendo que o primeiro presume que é necessário duas ou mais pessoas em relacionamento, o problema objetivo diz que é preciso necessidades ou interesses contrariados e por fim a trama ou processo é o dissenso entre a relação interpessoal e as necessidades e interesses contrariados.



O conflito é natural nas relações humanas e pode se desenvolver, por exemplo, no contexto escolar, profissional, familiar e em quaisquer relações que possuem interações entre dois ou mais indivíduos. Pode surgir em uma relação entre consumidor e empresa ou entre cônjuges, não é necessário grau de afinidade para que possa existir o conflito. Neste cenário, o meio familiar é uma das áreas mais conflituosas dentre as relações acima citadas.

As interações no contexto familiar são mais presentes e frequentes, o que consequentemente possibilita o surgimento de mais conflitos, os quais não raro surgem em razão das divergências de interesses entre os indivíduos.

Contudo, apesar do sentido negativo da sociedade sobre o conflito, este pode ser considerado algo positivo se olhado com outra perspectiva e tratado de forma diferente. Para Carlos Eduardo de Vasconcelos, o intuito de sair como ganhador e fazer a outra parte perdedora em um conflito, dificulta a percepção do interesse comum:

Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum. (Vasconcelos, 2020, p. 1).

Vasconcelos (2020) ainda afirma que o conflito não deve ser enxergado negativamente, pois não é possível relações interpessoais inteiramente consensuais, já que cada indivíduo tem sua originalidade. Se o conflito passar a ser tido como algo comum, corriqueiro e que pode ter frutos positivos, possivelmente os indivíduos passarão a tratá-lo de forma diferente, enxergando com mais facilidade as soluções para as controvérsias, e entendendo que é natural a discordância, por mais que exista vínculo e afeto entre as partes, e que isto não necessariamente é algo negativo.



É necessário abandonar a vaidade de sair vencedor diante de um atrito ou discordância, rejeitar a falsa necessidade que é preciso um perder e o outro ganhar, e promover a ótica do interesse comum, criando soluções benéficas a ambos. Por vezes, o objetivo dos envolvidos é o mesmo, discordam sobre o meio de chegar até este objetivo, o que pode ser satisfatoriamente discutido e resolvido.

Enfatizando as anteriores informações, na prática são encontrados diversos julgados de conflitos familiares judiciais, como por exemplo a apelação cível nº 70085210250, e CNJ nº XXXXX-47.2021.8.21.7000, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata sobre ação de indenização por danos materiais e morais por mútuas acusações de alienação parental e campanha difamatória recíproca entre as partes e a apelação cível XXXXX11097688002 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que versa sobre regulamentação de visitas. (TJ-RS, 2022).

Os conflitos familiares podem trazer consigo danos psicológicos para os integrantes do atrito, os quais podem surgir por meio do estresse, da irritabilidade e através de danos mais graves como a ansiedade e depressão. Em matéria publicada pelo Ministério da Saúde em 2022, foi informado que o Brasil é considerado o país com a maior prevalência de depressão na América Latina, advertindo ainda que “diversos eventos podem ser gatilhos para um episódio depressivo: traumas na infância, perda de pessoas queridas, mudanças significativas na rotina, uso de substâncias psicoativas e outros” (Ministério da Saúde, 2022, n.p.).

Cristiane Rocha Strellato afirma em um artigo científico publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (2010, n.p.), que “no processo judicial as emoções humanas mais intensas são exibidas e procuram envolver os profissionais”, complementando ainda que no processo de separação, as pessoas experimentam emoções como medo, hostilidade, ódio, vingança, depressão e ansiedade.



Sendo assim, considera-se que os prejuízos psicológicos são experimentados desde a instauração do conflito, mas quando envolve a judicialização dele, estes prejuízos podem ser maiores, considerando que neste cenário é naturalmente aflorado o prestígio pela vitória e a intenção de ver a parte contrária fracassar, aumentando o conflito ao invés de solucioná-lo.

Deste modo, como segue exposto a seguir a mediação, embora não seja salvadora para todos os casos, pode ser um caminho adequado para o tratamento de conflitos, especialmente, os familiares, podendo contribuir para o desafogamento do judiciário brasileiro.

3. A MEDIAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Na sociedade primitiva, não havia normas para a resolução de conflitos, sendo estes resolvidos conforme entendimento dos participantes. Pode-se considerar que a justiça era feita com as próprias mãos, geralmente, por meio da violência.

Com a civilização e evolução social, foram criando-se regras e normas de convivência, imputando aos infratores penalidades a serem cumpridas de acordo com a gravidade do seu ato. A arbitragem surge quando, para solucionar uma controvérsia, a sociedade passou a buscar um terceiro que auxiliasse para chegar em uma solução.

Francisco José Cahali, afirma que “tem-se notícia da arbitragem até na mitologia grega, quando Zeus nomeou um árbitro para decidir qual das deusas mereceria o pomo de ouro da mais bela” (Cahali, 2013, p. 25). Para Cândido Rangel Dinamarco, o início da arbitragem se deu no Direito Romano, com o papel exercido pelo judex:



Nos períodos iniciais do sistema romano de tutela dos direitos a oferta de solução para os conflitos não era encargo do praetor, um órgão do Estado, mas do judex, um cidadão privado chamado a conduzir a causa e a decidir. [...]. Ao longo de todo esse período, o processo principiava perante o pretor, em sua fase de *in jure*, passando depois ao judex, responsável pela fase *apud judicem*, na qual a causa era julgada. E aquele que a julgava, o judex, outra coisa não era senão um árbitro. Era um cidadão privado que o pretor investia de um *múnus público* de conduzir o processo e proferir julgamento. Essa era uma arbitragem obrigatória e não livremente pactuada pelas partes, como as de hoje, mas sempre uma arbitragem na qual ou as partes se punham de acordo para a escolha do judex, ou este era escolhido mediante um sorteio ou por ato do pretor. Tanto quanto se dá com os árbitros dos tempos modernos, a investidura do judex terminava no momento mesmo em que a sentença fosse proferida. (Dinamarco, 2013, p. 35-36).

Sendo assim, é possível afirmar que a arbitragem e de maneira intrínseca, a mediação, é um meio utilizado para resolução de conflitos antes mesmo da formação do judiciário da maneira que conhecemos na atualidade. O acesso à Justiça foi traçado em três etapas por Cappeletti e Garth (1988), sendo elas:

A primeira onda iniciou-se no Estado Liberal como um direito de propor ou contestar uma ação judicial. O Estado Social dá início a segunda onda do acesso à justiça, onde o Estado passa a intervir para caucionar a efetivação dos direitos. Ou seja, o Estado além de proclamar os direitos, passa a assegurar o gozo destes. Cappeletti e Garth (1988) afirmam que nesta onda o acesso à justiça era visto como o mais básico dos direitos humanos.

O aumento das ações judiciais trouxe a existência da terceira onda, na qual os tribunais foram levados a perceber que não eram o único meio apto a solucionar conflitos. “Eles precisaram, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas” (Cappeletti; Garth, 1988, p. 5).



Seguindo este diapasão, surge a mediação como um método de resolução de conflitos, não como um meio de excluir a atuação do Estado, mas de colaborar para que o judiciário não seja sobrecarregado com excesso de ações que podem ser resolvidas de forma extrajudicial.

A Lei da Mediação surgiu em 2015, regulamentando os aspectos da mediação e traz logo do seu art. 1º a definição conceitual do que é a Mediação, observa-se: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Brasil, 2015).

A forma mais simples de se entender do que se trata a mediação é pensando em uma técnica na qual haverá um intermediário neutro à situação, que irá estimular a abertura da comunicação entre as partes, identificando benefícios que sejam mútuos e auxiliando-os a eventualmente chegarem a um denominador comum.

Em sentido semelhante, Fernanda Levy afirma que o mediador: “(...) atua como terceiro imparcial, sem poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito” (Levy, 2013, p. 58).

Diferente da conciliação, na mediação, o mediador não pode sugerir uma solução para o conflito, apenas “estimular e impulsionar os sujeitos para que eles consigam, saindo da acomodação, partir em busca de soluções aptas a transformar sua realidade”, como bem ponderado por Six (2001, p. 220).



Os mediandos não têm a obrigação de formarem um acordo por meio da mediação, mas este pode surgir. O acordo é considerado uma forma de prevenção ao conflito, podendo até mesmo contribuir para o processo de ressignificação da situação, dando um novo olhar sobre a relação e apoiando o não surgimento de litígios futuros.

No próprio preâmbulo da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre os tratamentos adequados aos conflitos de interesses, foi enfatizada a importância da mediação: “Considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças” (Brasil, 2010).

A Resolução acima citada determina que os órgãos judiciários devem disponibilizar mecanismos de solução de controvérsias, como a mediação e conciliação. Logo, também é dever do Estado promover acesso aos meios adequados e consensuais de tratamento e resolução de conflitos.

Nesse contexto, o artigo 166 do atual Código de Processo Civil prevê que a mediação é regida pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (Brasil, 2015). Discorrendo sobre estes princípios, é relevante conceituar:

a) Princípio da independência: Na mediação, o mediador deve agir com autonomia e liberdade, sem subordinação nem influência de qualquer ordem.



b) Princípio da imparcialidade: O mediador deve ser um terceiro imparcial, que deve ser completamente estranho aos interesses dos mediandos. A lei da mediação ainda determina que “a pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas” (Brasil, 2015).

c) Princípio da autonomia de vontade: De acordo com Fernanda Tartuce (2015, p. 204) “a atuação de conciliadores e mediadores judiciais deve se dar com autonomia e liberdade, sem subordinação nem influência de qualquer ordem” A autonomia de vontade também é citada na Lei de Mediação, em seu artigo 2º, inciso V, em que estabelece que a mediação deve proporcionar liberdade para que as partes decidam o rumo da decisão do conflito, chegando em um resultado consensual. O mediador não deve sugerir ou decidir pelos mediandos, apenas facilitar o diálogo entre eles. (Brasil, 2015).

d) Princípio da confidencialidade: A sessão de mediação é sigilosa, e conta com a garantia de que o que for dito e expresso durante ela, não deverá constar no termo, exceto se a partes expressarem o interesse em que as informações sejam incluídas no termo. Qualquer violação do sigilo será considerada prova ilícita, não podendo ser admitida.

e) Princípio da oralidade: A mediação é desenvolvida por meio da conversa entre as pessoas. O objetivo do mediador é estabelecer uma comunicação oral entre as partes envolvidas, com questionamentos e afirmações, levando as mesmas a refletirem e tomar decisões que findam o conflito.



f) Princípio da informalidade: Embora o mediador possa usar técnicas para a mediação, não existe um roteiro a ser cumprido, a informalidade contribui para que as partes fiquem mais à vontade, gerando conversas mais tranquilas e descontraídas. Como citado por Ângela Hara Buonomo Mendonça “é importante que haja flexibilidade no procedimento porque a dinâmica das relações demanda objetividade e interatividade em um processo permanente de negociação entre as partes” (Mendonça, 2004, p. 149).

g) Princípio da decisão informada: é dever do facilitador da comunicação (mediador) manter o jurisdicionado plenamente ciente quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. (Brasil, 2010).

Conhecer, ainda que brevemente, os principais princípios da mediação, será útil e facilitará na compreensão sobre essa técnica e como ela é aplicada no contexto de conflitos familiares. Considerando os benefícios que a mediação pode trazer para um conflito ou para a prevenção dele, é notório que sua aplicação deve ser cada vez mais incentivada e conhecida em todos os âmbitos judiciais e extrajudiciais.

Pensando em conflitos, é possível perceber que eles podem se desenvolver em diversos ambientes, hospitalar, vizinhança, escolar e, não raro, na família. Com frequência, com intenção de resolver o conflito, o qual pode ser familiar, uma das partes aciona o Poder Judiciário com a demanda a ser resolvida.

A mediação é um grande instrumento para a solução dessas controvérsias, visto que o mediador irá facilitar a comunicação entre as partes, isto faz com que não só o problema possa ser solucionado, mas que novos conflitos sejam resolvidos sem que haja necessidade de judicializar uma ação.



A título de exemplo, a Defensoria Pública do Ceará publicou em 14 de outubro de 2022, uma matéria apontando a resolução familiares por meio da mediação e conciliação. Este percentual comprova como a mediação é considerada eficaz, evitando a judicialização de diversas ações, que iriam contribuir para a morosidade da justiça. (Defensoria Pública do Ceará, 2022).

O artigo 694 do atual Código de Processo Civil é evidente ao determinar que “nas ações de família todos os esforços devem se concentrar em resolver a controvérsia de maneira consensual, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (Brasil, 2015).

Por meio da mediação as controvérsias podem ser amenizadas, e consequentemente, podem prevenir o surgimento de novos conflitos naquele âmbito familiar, isso porque as partes podem aprender a tratar e resolver o conflito por conta própria, sem a intervenção do Judiciário. Além de ser uma maneira mais eficaz e rápida de resolução de conflito, evitando-se, assim, o abarrotamento da Justiça com demandas que podem ser resolvidas extrajudicialmente.

4. A MEDIAÇÃO COMO MEIO PREVENTIVO AOS CONFLITOS FAMILIARES JUDICIAIS

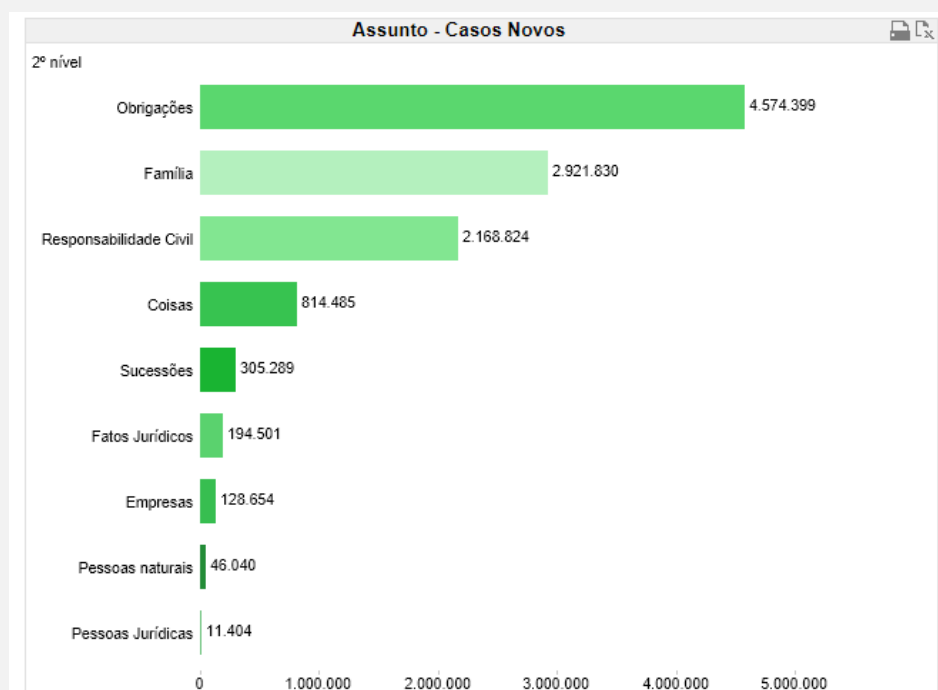
A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, declara que a família é a base da sociedade, e garante a este instituto, especial proteção do Estado. (Brasil, 1988). Esta proteção se dá aos indivíduos que são membros da família, tais quais, a mulher, as crianças e adolescentes, o trabalhador, o deficiente, o idoso, e novamente é enfatizada no §8º do artigo 226 do mesmo diploma legal que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (Brasil, 1988).



A proteção da família pelo Estado é considerada um dever fundamental, e como exemplo do cumprimento deste dever, dispõe a Lei Maria da Penha, o Estatuto da Criança e do Adolescente, da Pessoa com Deficiência, do Idoso sobre o planejamento familiar. Além dos diversos dispositivos intrínsecos no Código Civil, Código Penal, Consolidação das Leis Trabalhistas demonstram este cuidado com a família

Em outro contexto, analisando as demandas judiciais, é notável que o percentual da judicialização de processos familiaristas ainda é muito elevado. De acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019 foram judicializados 2.921.830 casos novos no assunto família, in verbis:

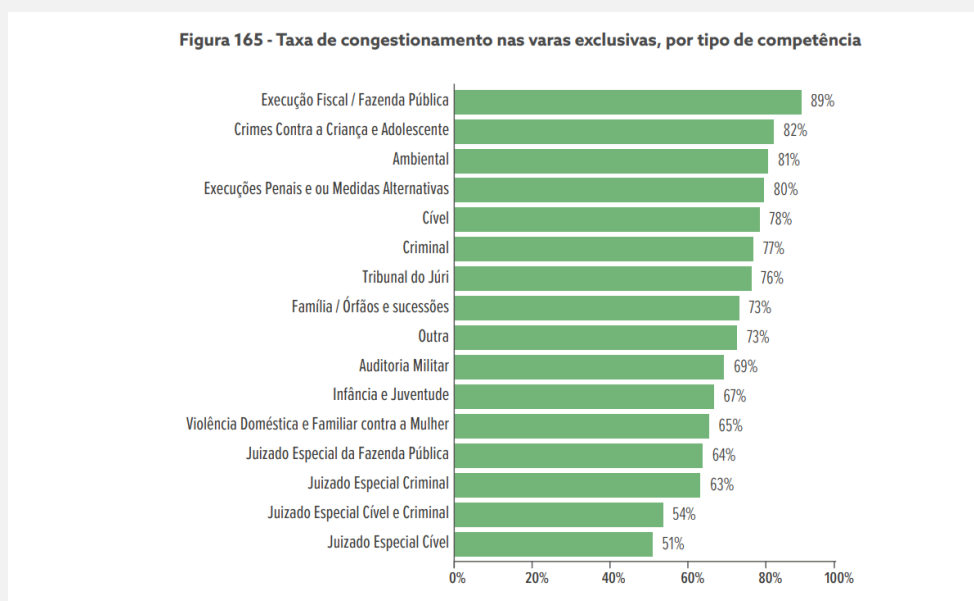
Figura 1 – Casos novos por assunto



Fonte: CNJ, 2019.

Este elevado número de judicializações, causa a morosidade nas decisões judiciais, e demonstram a dificuldade que a sociedade possui quando se trata da resolução dos seus conflitos sem a interferência do Poder Judiciário. De certa forma, por estes números também é possível averiguar que mesmo o Estado criando diversas legislações no intuito de proteger a família, muitos direitos continuam sendo violados. Na figura a seguir, os números demonstram a taxa de congestionamento por varas exclusivas no ano de 2021, de acordo com o CNJ, in verbis:

Figura 2 – Taxa de congestionamento nas varas exclusivas, por tipo de competência



Fonte: CNJ, 2019.



É neste cenário que a mediação se mostra como meio apoiador para desafogar o Judiciário, evitando este abarrotamento de novas proposituras de ações e não deixando de solucionar os conflitos existentes entre os litigantes. Ocorre que a mediação, e de um modo geral, os demais métodos de tratamento e resolução de conflitos que não envolvem uma impositiva decisão judicial, não possuem confiança suficiente da sociedade.

De certa maneira, por muitos anos, foi ensinado que possuindo uma lesão de direito, o remédio seria interpor uma ação judicial em face do infrator da norma jurídica. Não contrariando esta ideia, pois a garantia do livre acesso à justiça é prevista como um direito constitucional, no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o judiciário não é a única saída para solucionar uma lide, embora esta verdade não tenha sido tão ensinada e fixada em nossos costumes, o que traz essa desconfiança por parte dos envolvidos, ou até mesmo nem pensam em outra maneira de resolver o conflito, por inexperiência, falta de conhecimento. (Brasil, 1988).

É necessária uma mudança de mentalidade por parte da sociedade, e principalmente pelos profissionais que exercem funções jurídicas, inclusive esta mudança deveria partir da formação desses profissionais, de acordo com Maria de Nazareth Serpa:

(...) O mapa psicológico do advogado, que Riskin descreve, é aquele utilizado pela maioria dos profissionais do Direito, e que é apresentado e instruído nas Faculdades. O que aparece, nesses mapas, é determinado pelo poder de duas presunções sobre matérias, que os advogados sustentam: Disputantes são adversários, se um ganha, o outro tem que perder. (...) Só existe uma verdade jurídica, e esta só tem uma face.



Estas presunções chocam-se, diametralmente, com as presunções existentes na mediação: Disputas envolvem questões psicológicas, sociais e legais. Disputantes nem sempre são adversários, e podem ter interesses comuns, ou interesses que se combinam entre si sem determinar um ganhador e um perdedor, e oferecer vantagens para ambos. Raramente uma norma genérica e abstrata pode comportar as contingências únicas de um caso concreto, e que ninguém melhor do que as próprias partes conhecem o caso e ninguém melhor do que elas podem regular a respeito. (Serpa, 1999, p. 304-305).

Um entendimento da mediação como o descrito por Serpa por parte dos advogados e das faculdades de Direito, é o ponto de partida para que a mediação comece a atingir em números maiores a sociedade, devido ao fato que costumeiramente, o primeiro ato de um indivíduo ao ter intenção em provocar o judiciário, é procurar um advogado para orientá-lo e posteriormente representá-lo.

O advogado conhecendo e entendendo sobre os benefícios da mediação em comparação às judicializações, pode levar este indivíduo a utilizar deste meio de resolução para solucionar seu problema, ou se proposta a ação judicial, pode incentivar o cliente a participar da audiência de mediação e/ou conciliação.

O artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, prevê a indispensabilidade do advogado para administração da justiça, e cita em seu parágrafo único, inciso IV, que é dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (Brasil, 1995). Gladston Mamede, sobre o inciso anteriormente citado, assegura que:

(...) Percebe a norma, indubitavelmente, que a demanda é um mal, por vezes necessário, mas que, sempre que possível deve ser evitado e que a sociedade, assim como seus membros, lucram mais quando é possível compor os litígios do que quando arrastam longas pendengas judiciais,



nas quais se gasta tempo, dinheiro, para não falar em bens de natureza pessoal (fadiga, ansiedade, estresse, etc.). ... É de boa política discutir os interesses do cliente, expor-lhe possibilidades, riscos, oportunidades, etc. O advogado não é contratado para litigar, mas para resolver o problema do cliente e, para tanto, o litígio nem sempre é a melhor solução. (Mamede, 1999, p. 246- 247).

Desta forma, a mediação, suas técnicas e princípios devem ser mais incentivados pelos profissionais do Direito, pelas vantagens que sua prática pode trazer para a sociedade, para a Justiça como um todo e para as relações entre as pessoas, principalmente no âmbito familiar, pois evitará ou diminuirá os efeitos de um litígio proveniente de uma discordância que pode ser resolvida de maneira eficaz, mas mais leve, rápida e benéfica para todos.

No mesmo sentido, é válido pensar em maneiras de levar a mediação a conhecimento da sociedade até mesmo fora do âmbito do Direito, levando este aprendizado para as escolas e comunidades, por exemplo, tornando esta prática um meio de prevenção de conflitos também dentro destes ambientes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notada a devida importância do tema discutido, este artigo percorreu sobre os conflitos familiares e a mediação como meio para tratar e/ou solucionar tais entraves, visto que como relatado ao longo dos tópicos, os conflitos são comuns desde a sociedade primitiva e sempre estarão presentes, pois são inerentes às relações humanas.

Desta forma, como estudado nos tópicos anteriores, é possível concluir que a mediação se apresenta como meio preventivo em conflitos familiares judiciais pois através dela as partes poderão resolver a lide com autonomia, sendo guiadas por um mediador que



irá conduzi-las a encontrar saídas sem que exija uma determinação judicial, o que diminui o sentimento de ganhador e perdedor dentro do conflito.

Em específico, no âmbito familiar, os conflitos são mais frequentes, devido a relação frequente e até mesmo a intimidade que geralmente se apresenta entre essas relações. Ocorre que muitas soluções que se apresentam aos litígios, principalmente, quando no âmbito judicial, podem dar fruto a um desentendimento maior entre partes, causando outros desentendimentos à medida que vão se relacionando.

Isto porque a sociedade ainda não tem uma visão positiva sobre conflito, não o enxerga como natural e que pode ser solucionado de forma efetiva/positiva, tendo a convicção que em uma propositura de demanda judicial o objetivo é “ganhar” e não buscar um consenso que seja favorável a ambas as partes. De fato, o conflito pode ter aspecto positivo, inclusive transformador, levando aos envolvidos a se movimentarem e a reconhecerem seus próprios desafios.

Além do problema apresentado no parágrafo anterior decorrente de soluções judiciais, o excesso de proposituras de ações judiciais, tem sido um grande problema para a Justiça Brasileira, como demonstrado no tópico 3, que está saturada pelo excesso de ações.

A mediação se apresenta como um método eficaz dentro do âmbito judicial e também extrajudicial. Se a mediação passar a ter confiabilidade, pelo menos, semelhante ao que as pessoas tem o judiciário, será uma mudança muito positiva não somente para desafogar o sistema judiciário, mas também para fortalecer as relações familiares, uma vez que os indivíduos poderão desenvolver



a autorresponsabilidade de resolver os problemas, enxergando o conflito com naturalidade e tranquilidade.

Desta forma, o papel da mediação no conflito familiar é justamente promover um entendimento diferente sobre os conflitos, trazendo seu lado positivo, incentivando as partes a criarem soluções para seus problemas e se mostrando como um meio mais prático, rápido e que ainda assim cumpre sua eficácia como meio adequado de resolução de conflitos. Assim, as relações familiares se tornarão mais sólidas, e consequentemente a Justiça terá de decidir apenas sobre situações que realmente não são possíveis ser resolvidas entre os envolvidos, o que contribui para sua celeridade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Brasil). AC: XXXXX11097688002 MG, Relator: Edilson Olímpio Fernandes, Data de Julgamento: 14/12/2021, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1343401949>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Brasil). Apelação Cível: XXXXX RS, Relator: Vera Lúcia Deboni, Data de Julgamento: 31/01/2022, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/02/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1367122676/inteiro-teor-1367122743>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em números.** 2019. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPRIOArt3. Acesso em: 12 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 abr. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. Pesquisa aponta a resolução de 90,53% dos conflitos familiares com o uso da mediação/conciliação. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/pesquisa-aponta-a-resolucao-de-9053-dos-conflitos-familiares-com-o-uso-da-mediacao-conciliacao-2/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. A importância do acordo no Direito de Família. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/573/A+import%C3%A2ncia+do+acordo+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 12 abr. 2022.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas:** a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAMEDE, Gladston. A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil. Porto Alegre: Síntese, 1999.



MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 142-153, set./dez., 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Na América Latina, Brasil é o país com maior prevalência de depressão. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao/oab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. Dinâmica da mediação. Trad. Giselle Groeninga, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. Comentários aos artigos 166-175, item 2. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Método, 2020.