Revista Buriti

Direito
Sociedade
Sustentabilidade

V.02 N.1 2019

Geda - Grupo de Estudos
em Direito de Águas
UEA

ISSN 2595-6795

A INCLUSÃO DA TORTURA COMO CRIME MILITAR NA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 9, II DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

Gisele da Silva dos Santos Matias[1]

INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei 13.491/17, o artigo 9º, II do Código Penal Militar, foi alterado, trazendo uma série de novas interpretações sobre o seu alcance, a partir daquele momento. Uma dessas interpretações, foi a de que os crimes da legislação penal especial (tais quais tortura, abuso de autoridade e crime organizado) passaram a ser crimes militares, quando praticados por milicianos no exercício da função.

Esta interpretação, caso se torne preponderante, leva a inevitáveis questionamentos acerca de sua inconstitucionalidade e inconvencionalidade. A presente pesquisa visa estudar se houve, de fato, ampliação, do rol de crimes militares, com a inclusão destes crimes ditos especiais, com ênfase no foco sobre a tortura, que até o momento, vinha sendo julgado exclusivamente pela Justiça Comum, em detrimento da Justiça Castrense.

1 A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

Um dos grandes equívocos sobre a origem da Justiça Militar, no Brasil, é a afirmação de que ela surgiu no período da Ditadura Militar (1964-1984). A sua história no nosso país, na verdade, inicia-se em 1808.

A transferência da Corte real portuguesa gera uma mudança significativa na relação colônia e metrópole (Brasil e Portugal). Surge a necessidade de se recriarem, aqui, órgãos do Estado português, como ministérios, conselhos e corporações militares. Estas, inicialmente voltadas para a defesa da Família Real, posteriormente, foram incumbidas de defender outras instituições e manter a paz e a ordem social na ex- colônia.

[1] Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

Em abril de 1808, um Alvará do Príncipe-Regente, D. João VI, faz surgir o Conselho Supremo Militar e de Justiça, órgão com competência para julgar os militares em segunda instância e para responder às consultas do Rei sobre o Exército e a Marinha.

Estava criado o primeiro Tribunal Superior no Brasil - inserido na Constituição da República de 1891 e cuja denominação foi alterada para Superior Tribunal Militar, pela Constituição de 1934. Esta Lei Maior consagrou também a Justiça Militar Federal como órgão do Poder Judiciário (CARVALHO, 2010).

A Justiça Militar dos estados teve sua organização autorizada por lei federal em janeiro de 1936. Porém, só foi posicionada, como componente do Poder Judiciário, pela Constituição de 1946, que assim dispunha: "a Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal, terá como órgãos de primeira instância os conselhos de justiça e como de segunda instância um tribunal especial ou o Tribunal de Justiça."[2]

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 mantiveram o foro de jurisdição militar como órgão do Poder Judiciário. A Constituição de 1988, no capítulo III, confirma a Justiça Militar como integrante do Judiciário, quando elenca, em seu artigo 92, os órgãos desse poder, entre eles, os Tribunais e Juízes Militares. Em alguns artigos adiante, especificamente no parágrafo 3º do artigo 125, prevê a criação da Justiça Militar estadual, por lei estadual e mediante proposta dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Tendo como base em sua formação e seguindo como exemplo pátrio devido a colonização, a formação da Justiça Militar no Brasil possui estreitos e análogos laços com a de Portugal, conforme Roth (2003, p.11) o modelo de Justiça Castrense utilizado no Brasil era idêntico ao de Portugal, assim, os crimes cometidos pelos integrantes do Exército e da Armada era conhecidos e processados pelos seus superiores, que integravam o Conselho de Guerra e Juntas Militares, sendo estes os órgãos de primeira instância ativo na época.

No ano de 1889 com a efetiva proclamação da República, segundo Ferraz (1992, p.37), na tentativa de criação de uma nova legislação militar, estabeleceu-se duas

[2] Dados extraídos de Palácio do Planalto. BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

comissões, sendo a primeira composta pelo Tenente-Coronel Benjamin Constant Botelho de Magalhães, Ministro de Guerra do Governo Provisório e demais integrantes, não obtendo resultados positivos, e a segunda presidida pelo Ministro da Marinha, a época o Almirante Eduardo Wandelkolk, dando origem em 1891, ao Código Penal para a Armada, porém, lembra Bandeira (1915, p.496) que até meados de 1895 a regulamentação Processual Criminal Militar era esparsa, trazendo certa dificuldade de aferir quais normas estavam em vigor, devido aos diversos Conselhos Militares ainda se adaptando ao novo regime republicano.

Em meados de 1885 estabeleceu-se o Regulamento Processual Criminal Militar, sendo este substituído em 1920, e novamente em 1922, modificando neste ano o seu nome, passando a se chamar de Código da Justiça Militar, novamente, em 1934 sob a égide da Presidência de Getúlio Vargas o código fora substituído, conforme lembra Corrêa (2002, p.25), por força de um único decreto, que regulamentava acerca do Processo Penal Militar e Organização Judiciária Militar, passando neste mesmo ano, por força da carta constitucional, a integrar a estrutura do Poder judiciário, com a chegada da Constituição de 1946 o seu nome foi alterado de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar, devido ao fato de não poder haver dois Supremos, em 1969 novamente o Código fora revogado pelo Código de Processo Penal Militar e pela Lei de Organização Militar, que permanecem até os dias atuais (FERRAZ. 1992, p.38).

Com o Ato Institucional nº 2 em 1965, a composição do Superior Tribunal Militar, até então regida por lei ordinária, passou a ser regrada pelo próprio texto constitucional. Em 1967, com a chegada da nova Constituição, a composição manteve- se, alterando apenas a forma de escolha de seus Ministros, sendo estes agora, escolhidos pelo Presidente da República e sujeitos a aprovação do Senado (FEROLLA. 2000, p.12).

É interessante verificar que a Justiça Militar, ao passar a integrar o poder judiciário como órgão, em 1934, adquiriu autonomia e independência, pois, não se sujeitava mais ao comando militar ou a autoridades administrativas, Zaffaroni (2003, p.310) chama este movimento de “domesticação constitucional” do Direito Militar, que apesar de seguir as peculiaridades da criminalização e do Processo Castrense, não pertencia mais seu controle, a autoridade militar e sim a uma agência judiciária, observando assim, os princípios e garantias individuais do acusado.

Atualmente a Justiça Militar vem disciplinada na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu título IV, capítulo III o qual trata do poder judiciário incluindo como um dos seus órgãos os Tribunais e os Juízes Militares.

1.1 Competência da Justiça Militar Brasileira

De acordo com nosso ordenamento jurídico constitucional, temos a Justiça Militar da União, um órgão federal, sua competência é julgar e processar os crimes militares definidos em lei para ela, não importando quem seja seu autor, ou seja, julgando até civis. Por outro lado, a Justiça Militar Estadual tutela os valores que dizem respeito as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, a ela competindo processar julgar os crimes militares definidos em lei para ela neste aspecto, desde que praticados por policiais e bombeiros militares, salienta-se que, está possui uma competência criminal restrita, dela escapando os civis.

A maioria dos Estados brasileiros possuem apenas o 2º grau da Justiça Militar no seu respectivo Tribunal de Justiça, também nesta situação se encontra o Distrito federal.

Em 2004 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 45, a qual promoveu substancial alteração na redação do art. 125 da CRFB.

No § 3º do art. 125 da CRFB mudou apenas a referência básica para a criação do Tribunal de Justiça Militar, que agora aponta como efetivo militar, inclusive os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Ressalva-se também a competência do tribunal do júri quando a vítima for um civil e mantém a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A figura do Juiz de Direito (antigamente chamado de Juiz-Auditor), passou a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Força, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (atual Superior Tribunal Militar.

A Emenda Constitucional inova ao dispor que ao Juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente os crimes militares praticados contra civis e como também as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

As modificações instituídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 demonstram a tendência de se buscar uma melhor prestação jurisdicional, com eficiência e celeridade, ainda é necessário a realização de imprescindíveis reformas na legislação infraconstitucional, especialmente sobre os Códigos Penal Militar e Processual Militar, desta forma, instituiu-se uma Comissão Permanente de Direito Penal Militar, prevista no regimento interno do Superior Tribunal Militar, justamente para revisar a legislação penal e processual penal militar, para que estas possam adequar-se as normas constitucionais e internacionais ratificadas pelo Brasil.

Destes estudos, surgiu a Lei 13.491/17, que alterou sobremaneira o conceito de crime militar no Brasil, sendo alvo de estudos a constitucionalidade da inclusão de diversos crimes de leis esparsas como, agora também, crimes militares.

2. A LEI 13.491/17 E A AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES MILITARES.

Até o presente momento, ainda não se tem a real ideia da extensão e da abrangência da nova redação do art. 9º, II, do Código penal Militar alterado pelo advento da Lei 13.491/17.

> Art. 1º O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> Art. 9º
>
> (...)
>
> **II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Grifo nosso).**
>
> (...)
>
> § 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.
>
> § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:
>
> I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;
>
> II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou
>
> III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o

> disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:
>
> a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;
>
> b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999 ;
>
> c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e
>
> d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. ” (NR)
>
> Art. 2º (VETADO).
>
> Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Brasília, 13 de outubro de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

Num primeiro momento, poder-se-ia entender que todos os crimes previstos na legislação penal (ordinária e especial) estariam abrangidos pela nova redação, resultando em uma considerável ampliação do rol de crimes militares.

Contudo, uma visão mais aprofundada da questão, mostra que existem sérias considerações, e possivelmente entraves de cunho constitucional, que impediriam que este novo rol atingisse também aos crimes previstos nas leis penais especiais.

A presente pesquisa visa fazer um apanhado sobre a letra das leis em foco, sua interpretação doutrinária, jurisprudencial, bem como vislumbrar diretrizes interpretativas para o futuro.

O entendimento de que o conceito de crime militar foi ampliado pela Lei 13.491/17, que altera a redação do art. 9, II, do Código Penal, não é unânime na doutrina da Justiça Castrense.

O referido Diploma Legal antes definia como crimes militares “os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”.

Assim, a exigência para que fosse considerado crime militar era que a conduta:

(i) deveria estar prevista somente no Código Penal Militar (crime militar próprio), ou

(ii) deveria estar prevista concomitantemente no Código Penal Militar e no Código Penal (crime militar impróprio — dupla tipicidade).

Com isso, se a conduta delitiva estivesse (i) prevista unicamente no CP, ou (ii) prevista simultaneamente no CPM e na legislação penal especial, não havia dúvidas de que se tratava de crime comum. A dupla tipicidade somente englobava previsão concomitante no CPM e CP, nunca abrangeu a legislação penal especial.

A conclusão lógica era que a legislação penal militar correspondia ao CPM, enquanto legislação penal comum (ou simplesmente legislação penal) se refere exclusivamente ao CP. A discussão é se essa lógica mudou ou não, com o advento da Lei 13.491/17.

O artigo 9º, II do CPM agora passou a entender como delitos militares "os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal". Ou seja, não existe mais o requisito da dupla tipicidade (previsão simultânea no Código Penal Militar e Código Penal). Agora, tão somente, basta que a conduta seja incriminada pela legislação penal.

Contudo, as primeiras interpretações do novo dispositivo foram ampliadas, entendendo que "legislação penal" equivale não apenas ao CP, mas a toda a legislação penal especial.

Muito embora as primeiras decisões jurisprudenciais já apontem neste sentido de ampliação às leis especiais, encampando a ideia de que a terminologia envolve todas as leis penais do ordenamento jurídico, há quem se posicione em sentido contrário: a de que a ampliação compreende somente o Código Penal, persistindo os delitos da legislação penal extravagante como crimes comuns, ainda que praticados por policiais militares em serviço (HOFFMAN, 2019).

O Código Penal Militar possui uma relação umbilical com o Código Penal, apesar de nem sempre os dois diplomas caminharem juntos em suas alterações. Isso significa que as atualizações legislativas que incidiram sobre a parte especial do CP (por exemplo, pelas leis 12.015/09, 12.550/11, 12.653/12, 12.737/12 e 13.344/16) também precisariam ocorrer no CPM, mas não o foram.

Dessa forma, gerou-se um problema de paralelismo, o que acabava por afastar a competência da Justiça Militar nesses casos por não mais haver dupla tipicidade (tipificação penal concorrente entre CPM e CP).

A fim de dirimir este longo dilema, surgiu a alteração promovida pela Lei 13.491/17, dispensando a dupla tipicidade (tipificação concomitante no CPM e no CP), bastando agora a previsão no CP, o que supre a omissão do legislador em adequar o CPM com os novos tipos penais.

Na defesa da tese de que as leis extravagantes não fazem parte da expressão "legislação penal" da nova redação do art. 9º, II, está a ideia de que a regra geral é que o legislador faça inserir novas condutas incriminadoras sempre em diploma legal principal, visando a consolidar tais tipos penais em um único arcabouço. Essa regra só é afastada quando a conduta ilícita é tão específica (em face da dignidade do bem jurídico) que mereça um sistema de normas estilizadas para tanto (a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Racismo e da Lei Maria da Penha).

Tais normas compõem sistemas especiais de incriminação, e por isso integram a legislação penal comum, como o Código Penal. Quando o legislador quis conferir a punição de condutas especiais (elencadas em leis penais específicas) em face da Justiça Militar, inseriu expressamente no Código Penal Militar. Esse é o caso do tráfico de drogas (artigo 290) e da embriaguez ao volante (artigo 279).

Em adição a esta corrente, vale destacar que a própria estrutura do artigo 9º, II, do CPM só admite enquadrar como crime militar a conduta praticada contra a estrutura militar ou contra pessoas físicas. Segundo Hoffman (2019) "*Esse dispositivo dificulta demasiadamente a incidência de leis que tutelam bens jurídicos espiritualizados (como ordem tributária, saúde pública, meio ambiente, segurança viária e incolumidade pública). Isso já demonstra que a estrutura dos crimes militares não foi idealizada para abarcar objetos jurídicos pulverizado"*.

Nesse sentido, temos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "Muito embora se possa cogitar, em tese, da possibilidade de deslocamento de delito ambiental para a Justiça Militar, em se tratando de militar da ativa, tal delito teria, obrigatoriamente, de se enquadrar na hipótese da alínea e do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar que demanda seja o delito praticado contra

> o patrimônio sob a administração militar, já que todas as demais alíneas do referido inciso II descrevem crimes cometidos contra pessoas físicas." (STJ, CC 162.248, Rel. Min. Reynaldo Soares das Fonseca, DP 04/12/2018.)

A fim de coroar este entendimento, cumpre ressaltar que o próprio CPM quanto o CPB fazem referência às terminologias. O CPB, no artigo 12, deixa claro que suas regras gerais se aplicam a fatos incriminados por lei especial, salvo se esta não dispuser de modo diverso.

Já o CPM, no artigo 10, inciso III, faz constar que "*os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial*", e no inciso IV consignou que "*os crimes definidos na lei penal comum ou especial*". Inescapável a compreensão de que, quando o legislador quis abranger a legislação especial, o fez de maneira expressa e não tácita.

A competência penal militar não pode ser interpretada como sendo a regra, mas como exceção. Cabível, então, a discussão sobre a necessidade de tentar aumentar sobremaneira a sua competência, contribuindo ainda mais para a sua descaracterização. O crime de tortura, por tudo isso, constantemente ligado à atividade policial no Brasil, carece de um entendimento definitivo a respeito.

3. A TORTURA COMO CRIME MILITAR

O crime de tortura se encontra definido e codificado na Lei 9.455/97, que teve como ponto de partida os termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ficando a tortura no processo de progressiva incorporação no Ordenamento Jurídico Internacional.

Em 1975, foi elaborado texto constante da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. A Assembleia-Geral da ONU adotou a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984) e foi ratificada pelo Brasil no ano de 1989 e por mais de aproximadamente 123 países.

A referida convenção adotou o conceito de "tortura" como sendo "*qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos*

intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram".

Com a Lei 9.455/97, temos a primeira norma nacional que traz definição do que seja crime de tortura:

> Art. 1º. Constitui crime de tortura:
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
> II) submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.
> § 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.
> § 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

Luciano Maia (2012), diz que há várias condutas que podem tipificar o delito de tortura. Nenhuma delas é exclusiva de agente púbico. Disse ele: "*A lei brasileira, contrariamente às convenções internacionais, optou por criminalizar a tortura como tal, deixando de lado a tendência consolidada nas Nações Unidas, e mesmo no âmbito da Organização dos Estados Americanos, de relacioná-la a agentes do Estado.*

Pondera, ainda, Luciano Maia (2012):

> "Alcança várias situações reclamadas no âmbito internacional como necessárias de serem incluídas no rol de condutas que significam tortura, tais como violência doméstica contra crianças, em que os agressores são indivíduos destituídos de poder do Estado, mas imbuídos da autoridade paterna. Alcançará maridos, namorados, amantes, que, através da força física

> e econômica, submetem suas mulheres ou companheiras a intenso sofrimento físico ou mental? Terão eles guarda, poder ou autoridade sobre suas mulheres, companheiras ou amantes, para que possa se configurar tortura a violência praticada?"

Com relação ao crime previsto no 1º, §1º, da Lei nº 9.455/97, que se trata de forma de tortura, afigura-se o exemplo da aplicação de "corretivo", ao detento. No caso, como ensinam Sheila Bierrenbach e Marcellus Polatri Lima (Comentários à lei de tortura – Aspectos penais e processuais penais – 2006, pág. 70), Guilherme de Souza Nucci (Leis penais e processuais penais comentadas, 2008, pág. 1.093) e ainda Antônio Lopes Monteiro (Crimes hediondos, 2008, pág. 98), citado por ROMANO (2019), basta, para a configuração do crime, o dolo de praticar a conduta descrita no tipo objetivo.

Para fins deste estudo, devemos concentrar a análise nos incisos I e II do art. 1§, casos em que a atividade militar perfeitamente se encaixa. No caso do inciso I, para "*obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; provocar ação ou omissão de natureza criminosa e por motivo de descriminação racial ou religiosa*". Já no caso do inciso II, no intuito de "*aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo*", se a vítima se encontra presa não se exige o especial fim de agir na conduta do agente.

Trata-se de crime próprio em que o sujeito ativo é quem detém autoridade, guarda ou poder sobre a vítima. O sujeito passivo é quem estiver sob essa relação que deve ser de dependência, não necessariamente no exercício de uma função pública. A esse respeito, é mister a leitura do voto-vista do Ministro Félix Fischer, no Recurso Especial 856.706 – AC. No que tange ao aspecto constitucional, a teor do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal a tortura é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Há crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Os propriamente militares dizem respeito à vida militar, vista globalmente na qualidade funcional do sujeito do delito, na materialidade especial da infração e na natureza peculiar do objeto da ofensa penal, como disciplina, a administração, o serviço ou a economia militar. Os crimes impropriamente militares, que podem ser cometidos por

militares e, ainda, excepcionalmente, por civis, abrangem os crimes definidos de modo diverso ou com igual definição na legislação penal comum (ROMANO, 2019).

3.1 A ampliação da competência da Justiça militar

No dia 13 de outubro de 2017, foi publicado no DOU a Lei 13.491, que altera o Decreto-Lei no 1.001/69 - Código Penal Militar, para, além de outras providências, ampliar a competência da Justiça Militar.

A lei em análise altera a redação do art. 9° do Código Penal Militar, arrastando para a competência da Justiça Militar o julgamento de crimes tipificados fora do Código Penal Militar, quando verificadas as situações de atividade ou interesse militar, descritas nas alíneas "a" a "e" do inciso II.

A nova redação do art. 9° do CPM amplia sobremaneira a competência da Justiça Militar para o processo e julgamento de crimes praticados por militares, ainda que praticado contra vítima civil, e, ainda que o crime esteja tipificado fora do Código Penal Militar.

De acordo com a nova redação do inciso II, todo e qualquer crime praticado por militar em serviço ou no exercício da função (conforme descrição das alíneas “a” a “e” do dispositivo) será julgado pela Justiça Castrense, ainda que a conduta criminosa não esteja tipificada no Código Penal Militar, exceto na hipótese do §1°, qual seja, crime doloso contra a vida de civil praticado por militar estadual. Dessa forma, crimes como o abuso de autoridade (Lei 4.898/65) e a tortura (Lei 9.455/97), por exemplo, deverão ser julgados pela Justiça Militar.

Com isso, a descrição das condutas típicas que serão objeto de apreciação, processo e julgamento pela Justiça Militar recebem o aval circunstancial demasiadamente aberto da lei, sendo bastante difícil restringir sua incidência.

Segundo CABETTE (2017), não há inconstitucionalidade na alteração, vez que a Constituição Federal, quanto aos Militares da União, apenas dispõe em seu artigo 124 que cabe à Justiça Militar “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Assim sendo, no campo da Justiça Militar Federal, a competência está atrelada ao conceito do que seja “crime militar” e esse conceito é atribuído, pela própria CF, à lei ordinária. Quando o Código Penal Militar define como crime militar, mesmo o

homicídio de civil por militar em dadas circunstâncias, apenas cumpre o mandamento constitucional de proceder à definição de crime militar e, por reflexo, delimitar a competência da Justiça Militar Federal e Estadual.

Assim, quanto ao fato de que a nova redação do dispositivo em comento, ao que tudo indica, não contraria a CF, uma vez que tudo gira em torno do conceito de crime militar, que foi delegado à lei infraconstitucional.

A Lei 13.491/17, muito embora esteja em conformidade com a Constituição, passando, portanto, pelo controle de constitucionalidade, não está de acordo com a legislação internacional que o Brasil foi signatário, não passando, assim, pelo controle de convencionalidade (GARCEZ, 2017), ou seja, as alterações produzidas pela Lei não são compatíveis com tratados e convenções que o Brasil se obrigou a cumprir.

Aliás, é importante registrar que a Organização das Nações Unidas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos rechaçam de forma categórica as alterações feitas pela Lei 13.491/17 ao ampliar a jurisdição da Justiça Militar. Ambas as entidades têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, mormente no que se refere a práticas criminosas contra civis, impedem uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança[3].

Como estabelece Aury Lopes Jr. (2017):

> "Indo de encontro a toda uma tendência de esvaziamento da jurisdição militar (inclusive, em muitos estados, é recorrente a polêmica sobre a extinção da Justiça Militar estadual) para que ela se ocupe apenas daqueles crimes em que existe uma real afetação do interesse militar. Há décadas a jurisprudência consagrou que não basta ser crime militar, praticado por militar e em alguma das situações do artigo 9º do CPM, é preciso que exista a "efetiva violação de dever militar ou afetação direta de bens jurídicos das forças armadas."

A tendência moderna das nações é de que a Justiça Castrense seja responsável exclusivamente pelo julgamento de militares que pratiquem crimes de natureza militar. Portanto, para a comunidade internacional, essa ampliação da competência da Justiça

[3] Dados extraídos de ACNUDH (ONU), disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/onu-direitos-humanos-e-cidh-rechacam-de-forma-categorica-o-projeto-de-lei-que-amplia-jurisdicao-de-tribunais-militares-no-brasil/>. Acesso em: 23/06/2019.

Castrense se constitui em um retrocesso na tutela dos direitos fundamentais, sendo um grave erro do legislador não ter atentado para este fato.

Inclusive, deve ser ressaltado que o sistema Interamericano de Direitos Humanos entende que a Justiça Castrense não possui competência para investigar e processar os autores de supostas violações de direitos humanos. Assim, para os países que ainda mantêm a Justiça Militar, a orientação é de que deve haver um alcance restritivo, relacionado unicamente a bens jurídicos específicos de ordem militar, nunca sendo responsável por supostas violações de direitos humanos.

Assim, conclui Garcez (2017), que a Lei 13.491/17 é incompatível com o ordenamento jurídico internacional a que o Brasil está obrigado, conforme Decretos 592/92 e 678/92, que promulgaram, respectivamente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e a Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em Âmbito nacional, por sua vez, a discussão sobre o aumento da abrangência da competência da Justiça Militar com a nova redação do art. 9º do CPM, já atingiu os Tribunas superiores, como demonstrado a seguir.

3.2 Panorama atual do crime de tortura militar.

Paralelamente às discussões doutrinárias sobre o novo alcance da Justiça Criminal, recentemente o Ministério Público Federal adotou entendimento na matéria envolvendo sua atribuição para instruir e julgar crimes de tortura cometido por militares.

Os membros do Ministério Público Federal têm atribuição para investigar e promover a persecução penal de crimes de tortura e maus-tratos contra civis cometidos por militares da União, no exercício da função. O entendimento é da Câmara de Controle Externo da Atividade Policial e Sistema Prisional do MPF (7CCR) e está expresso no Enunciado nº 8/2019, aprovado em sessão do Colegiado, em maio de 2019. O documento foi enviado aos procuradores da República com atuação na temática (ROMANO, 2019).

A edição do enunciado resulta da análise de representações formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Rio de Janeiro. Os dois órgãos questionaram a 7CCR sobre a atribuição do MPF para a persecução penal dos crimes de tortura

cometidos por militares da União contra civis. As representações defendem inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017, que transferiu para a Justiça Militar a competência para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militar das Forças Armadas contra civil. A norma está em discussão no Supremo Tribunal Federal na ADI 5901. Em parecer, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, sustentou que o deslocamento da competência é inconstitucional.

Em abril de 2019, a 7CCR decidiu expedir orientação a todos os membros do MPF com atuação na temática, reiterando a inconstitucionalidade da Lei 13491/2017, conforme parecer da PGR. No entanto, como o combate à tortura é uma das prioridades da 7CCR, o coordenador da Câmara, o subprocurador-geral da República Domingos da Silveira, propôs a edição de orientação específica sobre a atribuição do MPF para apurar crimes de tortura cometidos contra civis por militares das Forças Armadas e da Força Nacional, o que foi aprovado (ROMANO, 2019).

São os seguintes os enunciados listados:

> Enunciado nº 7: "O Ministério Público Federal, por meio dos ofícios vinculados à 7a. CCR, tem atribuição para apurar, na esfera criminal e da improbidade administrativa, atos ilícitos envolvendo a aplicação de recursos financeiros de origem federal (FUNPEN) destinados ao sistema prisional."
>
> (Deliberado da 39ª Sessão Ordinária de Coordenação, em 06/06/2018)
>
> Enunciado nº 8: "O Ministério Público Federal possui atribuição para a persecução penal dos crimes de tortura e maus-tratos cometidos contra civis por militares da União, no exercício da função".
>
> (Procedimento Administrativo nº 1.00.000.009623/2019-19, aprovação deliberada na 47ª Sessão Ordinária de Coordenação, em 14/05/2019)

Assim, o estado atual da discussão passa pelo caminho da definição que vem a ser um crime militar. Esta tarefa compete, segundo a própria CF/88, à Lei Federal, o que foi prontamente cumprido pela nova redação do art. 9º, II, do CPM.

Entretanto, o crime de tortura vai além da simples definição do que vem a ser um crime militar, uma vez que sua abrangência repercussão vai muito além do próprio interesse meramente militar, uma vez que adentra a discussão de violação dos próprios direitos humanos e, como tal, não poderia ser simplesmente relegado à mera apreciação da Justiça Castrense.

Os órgãos internacionais entendem que o Brasil, signatário de diversas Convenções Internacionais, não poderia deixar que crimes tão específicos e de interesses tão difusos pudessem ser submetidos à análise de Justiça Militar, eis que a mesma não dispõe, em tese, da devida isenção na investigação e julgamento.

Além disso, acrescer à justiça castrense a obrigação de julgar todos os crimes em que ocorrem suposta ou manifesta tortura, acaba por retirar da mesma o caráter de especialidade para a qual fora criada, assoberbando de trabalho uma justiça que fora originada para lidar com excepcionalidades e crimes específicos.

Havendo uma concordância geral sobre o caráter universal do crime de tortura, o mesmo não pode ser tratado com privilégios em razão de seu agente, sob pena de esvaziar totalmente o propósito pela qual a Lei específica de Crimes de tortura foi criada, qual seja, a defesa dos direitos humanos. Em outras palavras, quem comete crime de tortura é, por si só, um torturador, e deve ser julgado como tal, independente de onde esteja ou se é ou não em razão de seu serviço.

Assim, a ampliação do rol de crimes militares, promovido pela alteração na redação do art. 9º do CPM, não deveria se estender ao crime de tortura, por este constituir crime de tratamento e penalidades especiais, tal qual apresentado neste estudo.

CONCLUSÃO

Com a edição da Lei 13.491/17, o artigo 9º, II do Código Penal Militar, foi alterado, trazendo uma série de novas interpretações sobre o seu alcance a partir daquele momento. Uma dessas interpretações, foi a de que os crimes da legislação penal especial (tais quais tortura, abuso de autoridade e crime organizado) passaram a ser crimes militares, quando praticados por milicianos no exercício da função

Num primeiro momento, poder-se-ia entender que todos os crimes previstos na legislação penal (ordinária e especial) estariam abrangidos pela nova redação, resultando em uma considerável ampliação do rol de crimes militares. Contudo, o

entendimento de que o conceito de crime militar foi ampliado pela Lei 13.491/17, que altera a redação do art. 9, II, do Código Penal, não é unânime na doutrina da Justiça Castrense.

A exigência para que fosse considerado crime militar era que a conduta deveria estar prevista somente no Código Penal Militar ou deveria estar prevista concomitantemente no Código Penal Militar e no Código Penal. A discussão é se essa lógica mudou ou não, com o advento da Lei 13.491/17. Agora, tão somente, basta que a conduta seja incriminada pela legislação penal.

Para a tese de que as leis extravagantes não fazem parte da expressão "legislação penal" da nova redação do art. 9º, II, está a ideia de que a regra geral é que o legislador faça inserir novas condutas incriminadoras sempre em diploma legal principal, visando a consolidar tais tipos penais em um único arcabouço. Essa regra só é afastada quando a conduta ilícita é tão específica (em face da dignidade do bem jurídico) que mereça um sistema de normas estilizadas para tanto (a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Racismo, Lei Maria da Penha e a própria Lei de Tortura.

A competência penal militar não pode ser interpretada como sendo a regra, mas como exceção. Cabível, então, a discussão sobre a necessidade de tentar aumentar sobremaneira a sua competência, contribuindo ainda mais para a sua descaracterização.

O crime de tortura, por tudo isso, constantemente ligado à atividade policial no Brasil, carece de um entendimento definitivo a respeito. O crime previsto no 1º, §1º, da Lei nº 9.455/97, que se trata de forma de tortura, afigura-se o exemplo da aplicação de "corretivo" ao detento, basta, para a configuração do crime, o dolo de praticar a conduta descrita no tipo objetivo.

A Lei 13.491/17, muito embora esteja em conformidade com a Constituição, passando, portanto, pelo controle de constitucionalidade, não está de acordo com a legislação internacional que o Brasil foi signatário, não passando, assim, pelo controle de convencionalidade, ou seja, as alterações produzidas pela Lei não são compatíveis com tratados e convenções que o Brasil se obrigou a cumprir.

Atualmente, por influência de representações formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Rio de Janeiro, o MPF adotou posição que defende a inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017, que transferiu para a Justiça Militar a

competência para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militar das Forças Armadas contra civil. A norma está em discussão no Supremo Tribunal Federal na ADI 5901. Em parecer, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, sustentou que o deslocamento da competência é inconstitucional.

Entretanto, o crime de tortura vai além da simples definição do que vem a ser um crime militar, pois trata de direitos humanos indisponíveis, não podendo ser simplesmente relegado à mera apreciação da Justiça Castrense.

Os órgãos internacionais entendem que o Brasil, signatário de diversas Convenções Internacionais, inviabilizando, por isso, que pudessem ser submetidos à análise de Justiça Militar, eis que a mesma não dispõe, em tese, da devida isenção na investigação e julgamento.

No tocante à estrutura do próprio Poder Judiciário, acrescer à justiça castrense a obrigação de julgar todos os crimes em que ocorrem suposta o manifesta tortura, acaba por retirar da mesma o caráter de especialidade para a qual fora criada, assoberbando de trabalho uma justiça que fora originada para lidar com excepcionalidades e crimes específicos.

O crime de tortura é cometido por um torturador, e o agente deve ser julgado como tal, independentemente de onde esteja ou se é ou não em razão de seu serviço.

Destarte, a conclusão é de que a ampliação do rol de crimes militares, promovido pela alteração na redação do art. 9º do CPM, não deveria se estender ao crime de tortura, por este constituir crime de tratamento e penalidades especiais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Esmeraldino. **Curso de Direito Penal Militar.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes militares praticados contra civil - competência de acordo com a Lei 13.491/17.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61211/crimes-militares-praticados-contra-civil-competencia-de-acordo-com-a-lei-13-491-17>. Acesso em: 29/05/2019.

CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. **A Justiça Militar Estadual**: estrutura, competência e fundamentos de existência. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2651, 4 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17546>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CORRÊA, Univaldo. **"A Evolução da Justiça Militar no Brasil e Alguns Dados Históricos".** In: CORRÊA, Getúlio (Org.). Direito Militar: Artigos Inéditos. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

FEROLLA, Sérgio Xavier. **"A Justiça Militar da União".** Revista de Estudos & Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, n. 05, p. 12-15, jul. 2000.

FERRAZ, Rubem Gomes. **"Aspectos Históricos e Ideológicos do Direito Penal Militar".** Revista do Ministério Público Militar, ano XI, n. 14, p. 26-39, 1992.

GARCEZ, William. **Considerações sobre a Lei 13.491/17 (**Competência da Justiça Militar). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5311, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61673>. Acesso em: 23 jun. 2019.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação e competência de crimes militares.** In: FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). Temas Avançados de Polícia Judiciária. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 233.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite- penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri#_edn1>. Acesso em: 23.06.2019.

MAIA, Luciano Mariz. **Tortura: a banalização do mal.** Disponível em : http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tortura-no-brasil-banalidade-do-mal. Acesso em 10.06.2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Incompetência da Justiça Militar para julgar crimes de tortura cometidos por militares**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5803, 22 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74068>. Acesso em: 23 jun. 2019.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR POLICIAIS MILITARES EM DECORRÊNCIA DE INTERVENÇÃO POLICIAL MILITAR: UM ESTUDO SOB O PRISMA DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE.

Hitalo Reis França[1]
Denison Melo de Aguiar[2]
Adriana Almeida Lima[3]

INTRODUÇÃO

O conflito na definição da competência constitucional para investigar os crimes dolosos praticados por policiais militares em decorrência de intervenção policial militar, vem se sustentando desde o advento da Lei 9.299/1996, que adicionou o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar, estabelecendo que "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência da justiça comum" (Brasil, 1996).

Nesse contexto, vale lembrar que, antes da lei 9.299/1996 entrar em vigência, os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares em decorrência de intervenção policial militar eram considerados como crimes militares, sendo a fase pré-processual (investigativa) de competência da Polícia militar por meio do inquérito policial militar, e a fase processual competia à Justiça Militar Estadual (Brasil, 1996).

A lei supracitada acrescentou ainda o parágrafo 2º ao artigo 82 do Código de Processo Penal Militar, no qual reza que "Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a justiça militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum", trazendo uma nova redação ao referido artigo (Brasil, 1969, p.17). Além disso, verifica-se também que a Emenda Constitucional nº 45/2004, acresceu o parágrafo 4º ao artigo 125 da Constituição Federal de 1988, atribuindo ao Tribunal do Júri a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados pelos militares estaduais quando a vítima for civil, deslocando de forma integral a competência processual para a justiça comum (Brasil, 2004).

Assim sendo, foram impetradas duas ações diretas de inconstitucionalidade, ADI 1.494/1997

[1] Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. hitalofranca@hotmail.com.
[2] Coordenador da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MArbiC-UEA). denisonaguiarx@hotmail.com.
[3]Professora da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MArbiC-UEA). E-mail: a.almeida.lima@uol.com.br

(Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1997) e ADI 4.164/2008 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008), onde a primeira ação foi extinta sem resolução do mérito e a segunda está em fase de julgamento. Não obstante, houve também uma recente alteração no artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), após a entrada em vigor da Lei 13.491/2017, que revogou o parágrafo único do referido artigo e acrescentou o parágrafo 1º, substituindo o termo "justiça comum", pelo termo "Tribunal do Júri" (Brasil, 2017).

Com isso, diante das alterações legislativas que suscitaram tal conflito entre a Polícia civil e militar, surge o seguinte questionamento: os crimes dolosos praticados por policiais militares em decorrência de intervenção policial militar, são crimes militares ou comuns? Qual instituição (Polícia Militar ou Polícia Civil) é competente para apurar tais crimes?

Para elucidar o questionamento acima, esta pesquisa utilizou-se da análise qualitativa, que segundo Gil (2002), busca compreender e interpretar os aspectos do tema abordado, o qual será realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e exploratório, baseando-se na coleta de informações a partir de livros, artigos, dissertações e teses que consubstanciam a fundamentação teórica da pesquisa, na busca de apresentar hipóteses que definam a solução do problema apresentado.

Entende-se que a forma de abordagem realizada foi por meio da observação de dados a respeito da problemática discorrida, análise, interpretação e revisão de literatura científica, sendo, portanto, qualitativa e teórica.

Os meios de investigação serão de natureza bibliográfica e documental. Segundo Gil (2002), a pesquisa bibliográfica permite ao pesquisador obter o conhecimento de forma ampla, podendo acessar diretamente as diversas posições doutrinárias acerca do problema, em especial a partir de livros e revistas. No tocante à pesquisa documental, esta utiliza-se de materiais que não receberam um tratamento analítico e descritivo, podendo ser desenvolvido de acordo com os objetivos da pesquisa, com base em leis e jurisprudências que tratam do tema (Gil, 2002).

Posto isso, esta pesquisa é eminentemente jurídica, com enfoque na interpretação de leis e jurisprudências existentes acerca da problemática exposta, o qual busca identificar qual instituição é titular para apurar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, bem como se tais infrações penais possuem a natureza de crimes militares ou crimes comuns.

2. A COMPETÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar o conceito e diferenças entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Militar, além de estabelecer uma abordagem didática sobre o crime militar em relação ao crime comum. Feito esta introdução, o presente capítulo se ocupará em descrever sob uma análise jurídico-interpretativa, a função da Polícia Judiciária e da Polícia Judiciária Militar, de forma a propiciar uma breve noção sobre o Direito Militar e a Justiça Castrense.

2.1 DIREITO PENAL ESPECIAL E DIREITO PENAL COMUM

O direito penal especial e o direito penal comum de acordo com o órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Nesse sentido, Jesus (2011, p.50) leciona que:

> Direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum.

Desse modo, o objeto jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar são os interesses exclusivos das instituições militares. Sob a ótica de Neves e Streifinger (2012, p.91) *apud* Silva (2016, p. 27-28), o Direito Penal Militar:

> Consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.

Com relação ao Direito Penal Comum, Romiero (1994, p.1) *apud* Silva (2016, p.28) afirma que tal instituto é:

> Parte do direito penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade, normas essas jurídicas positivas, cujo estudo ordenado e sistemático constitui a ciência do direito penal militar.

Nessa acepção, Faria (2015, p.21) afirma que "o Direito Penal Militar é ramo especializado do direito penal que estabelece regras jurídicas vinculadas à proteção das instituições militares e ao cumprimento de sua destinação constitucional."

Prosseguindo, Jesus (2011, p.50) acrescenta que, no "Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal Especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da Justiça Penal Militar". Ademais, Fragoso (2003, p.5) afirma que "o direito penal comum é o que se aplica a todos os súditos indistintamente. Especial é o que se aplica apenas a uma classe ou categoria em que se acham. Perante nossa legislação, é Direito Penal Especial o Direito Penal Militar".

Tanto o Direito Penal Militar quanto Direito Penal Comum tem o objetivo de tutelar bens da vida de interesse juridicamente relevantes, conforme nos ensina Loureiro Neto (2010, p.7) ao afirmar que "o objeto da ciência do Direito Penal, tanto o comum como o militar, é a proteção dos bens ou interesses juridicamente relevantes".

Ademais, Nucci (2014) *apud* Marques (2015, p.12) aponta que:

> O direito penal é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. O direito penal militar é um ramo especializado, cujo corpo de normas se à instituição de infrações penais militares, com as sanções pertinentes, voltadas a garantir os princípios basilares das Forças Armadas, constituídos pela hierarquia e pela disciplina.

O Direito penal Militar abrange apenas as infrações penais de natureza militar, tendo como objeto jurídico os interesses exclusivos das instituições militares, conforme visto anteriormente. Deste modo, o direito penal militar incide apenas sob a pessoa do militar, com exceção dos casos em que o cidadão comum atenta contra instituição militar, em que o crime cometido por este se opera no âmbito do direito penal militar (Lobão, 2006).

O Direito Penal Comum por sua vez, segundo (Capez, 2012), busca tutelar bens comuns e proteger os valores fundamentais para a continuidade e sustentação da vida em sociedade, como o direito a vida, a propriedade, a saúde, a liberdade, entre outros. O cidadão comum ao praticar qualquer ato que atente a esses bens comuns e que são fundamentais para organizar o corpo social, a fase investigatória ou apuratória de tais delitos, reside no campo do Direito Penal Comum, exercido pela polícia judiciária, por meio do inquérito policial, que possui a função de investigar e subsidiar o Ministério Público e a justiça comum durante a propositura da ação penal.

Diante disso, entende-se que o Direito Penal Militar é um direito especial, com características próprias e que se destina, igualmente, à regularidade das instituições militares e à tutela indispensável dos altos valores que as compõem, como a disciplina e a hierarquia, que são elementos basilares à sua manutenção. Disso, extrai-se que a fase investigatória do direito penal militar é exercida pela polícia judiciária militar, por meio do instrumento do inquérito policial militar, que reunirá provas e materialidades que vão subsidiar a propositura da ação penal pelo órgão judiciário específico que o caso requer.

2.2 CRIME MILITAR E CRIME COMUM

Inicialmente, é válido conceituar crime de acordo com a doutrina dominante, que o define segundo três aspectos: formal, material e analítico. Sob o aspecto material, crime é toda ação humana, intencional ou não, que causa danos aos bens jurídicos mais relevantes. No sentido formal, crime é toda conduta que viola a lei penal publicada pelo Estado, considerando-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal. Sob o enfoque analítico, crime é todo fato típico e ilícito (Capez, 2010) *apud* (Corrêa, 2013).

Seguindo essa linha de raciocínio, Assis (2004, p.37) afirma que crime militar:

> É toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção penal.

Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade em conceituar crime militar, Loureiro Neto (2010, p.17), afirma que "o Decreto lei n° 1.001 (Código Penal Militar) adotou o critério ratione legis, isto é, não o definiu, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que definem esse delito."

Deste modo, o autor mencionado acima considera como crime militar todas as infrações penais capituladas no Código Penal Militar brasileiro, e ocorridas sob as circunstâncias descritas no próprio código, que o diferenciam de crime comum, e que, portanto, devem ser tratados no âmbito do Direito Penal Militar.

Nas palavras de Lobão (2006, p.63), "a Constituição de 5 de outubro 1988 acolheu o mencionado critério ao confirmar a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

O autor nos seus dizeres se refere ao fato de que a carta magna ao disciplinar a competência da justiça militar, tanto da União quanto a Estadual, definiu que compete a esse segmento somente processar e julgar os crimes militares que estão previstos na Lei Penal Militar, não permitindo estender a sua jurisdição sobre as infrações penais comuns, de modo que, cabe apenas a Justiça Comum processar e julgar todo e qualquer ilícito penal, com exceção dos ilícitos militares.

Nesse sentido, convém destacar o art. 9º do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001-CPM, de 21 de outubro de 1969 (Brasil, 1969), que estabelece os crimes militares em tempo de paz:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
> I - Os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
> II – Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
> c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
> d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

A definição do crime militar se relaciona ao se definir os casos taxativos em que um determinado crime será considerado de natureza militar. No entanto, vale lembrar que a doutrina majoritária adotou o critério *ratione legis* para a definição de crime militar, assim como a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) e o Código Penal Militar (Brasil, 1969). Não obstante, os crimes militares em tempo de guerra estão definidos no art. 10 do Código Penal Militar (Brasil,1969).

Com relação a competência para apurar os crimes militares, segundo os artigos 8º e 9 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), Decreto-Lei nº 1.002-CPPM, de 21 de outubro de 1969 (Brasil, 1969), estes devem ser apurados pela Polícia Judiciária militar através do Inquérito Policial Militar. Vale lembrar ainda, que compete à Justiça Militar Federal ou Estadual julgar os crimes militares, não sendo de competência da justiça comum apreciar tais crimes, conforme disposto nos artigos 124 e 125, §4º, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

A polícia judiciária militar encontra previsão legal implícita no artigo 144, §4º, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), quando estatui que compete às polícias civis, ressalvada a competência da união, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares.

Com o fito de apurar os crimes militares, por sua vez, as diretrizes do exercício de polícia judiciária militar encontram-se nos artigos 7º e 8º do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969). O artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar (Brasil 1969), estabelece as autoridades que possuem competência para o exercício da atividade de Polícia Judiciária Militar, contemplando um rol taxativo onde a autoridade judiciária militar pode ser originária ou delegada.

De acordo com Neves (2014) afirma que o artigo 8º do Código de Processo Penal Militar, demonstra um rol exemplificativo de competências da Polícia Judiciária Militar, como por exemplo, apurar os crimes militares e sua autoria, prestar informações aos membros do Ministério Público e juízes da justiça militar, representar as autoridades judiciárias militares no cumprimento da prisão preventiva, cumprir as determinações da Justiça Militar, solicitar das autoridades civis e demais órgãos públicos e privados informações necessárias a elucidação das infrações penais e cumprir mandados de prisão expedidos pela justiça castrense.

A justiça castrense também conhecida como justiça militar, tem previsão legal na carta

Magna, sendo definida segundo Assis (2005, p. 16), como "um órgão sui generis, composto de Justiça Militar Federal e das Justiças Militares Estaduais, pertencendo às chamadas Justiças Especiais, sendo ambas autônomas e sem relação direta uma com a outra."

O autor nos mostra que a justiça castrense é autônoma e especializada, em razão das características e peculiaridades que são inerentes apenas a esse segmento, sendo a polícia judiciária militar o instrumento utilizado pela mesma para apurar e investigar os crimes militares definidos em lei.

Adiante, Neves (2014) *apud* Moura (2017, p.27) conceitua polícia judiciária militar como aquela que:

> Realiza um complexo de atividades voltadas à repressão das infrações penais militares, exercendo seu poder de polícia, como a realização de investigações, dos inquéritos policiais militares, dos autos de prisão em flagrante delito, da instrução provisória de deserção ou de insubmissão, e assim atuando como auxiliar da Justiça Militar e não do Poder Judiciário Militar.

Segundo Alferes (2013, p.30), "Polícia Judiciária Militar é uma das atribuições das Forças militares (Marinha, Exército, Aeronáutica e forças auxiliares-Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares) sendo seu exercício a única hipótese legal em que é possível a investigação criminal por parte desses órgãos".

O legislador ao disciplinar a competência da justiça militar na Carta Magna, deixou claro que a única possibilidade legal de investigação dos crimes militares é por meio da Polícia Judiciária Militar, quando fala que a essa cabe exclusivamente julgar os crimes militares definidos em lei, não havendo margem para que a polícia judiciária comum proceda a investigações de crimes de natureza militar.

No mesmo sentido, salienta Lobão (2009, p.45), que "a polícia judiciária militar é exercida pela autoridade castrense, nas corporações militares sob seu comando, independentemente do local da prática do crime, quando o objeto jurídico da tutela penal militar são bens e interesses das referidas corporações militares".

Nesse interim, a polícia judiciária militar é exercida pela própria corporação a que pertence o servidor militar que praticou o delito capitulado na lei penal militar, por meio de um oficial militar que terá as mesmas atribuições que um delegado da Polícia Civil, conforme disposto no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar, observados os limites legais impostos pela Constituição Federal e pela lei penal militar (Brasil, 1969). Nessa mesma orientação, Lobão (2009, p.46) esclarece que:

> Nas Polícias Militares e Corpo de bombeiros Militares o exercício da polícia judiciária militar é exercido pelo comandante geral da corporação militar estadual, em relação aos integrantes dos quadros da referida corporação sob seu comando; pelos oficiais que exercem comando

ou chefia, em unidades ou repartições militares estaduais.

Desse modo, fica evidente que a atividade de polícia judiciária militar é exercida exclusivamente por militares, por competência direta da autoridade ou por meio de sua delegação, o qual deverá proceder a inquérito policial militar fins apurar indícios de autoria e materialidade nos crimes militares, conforme o artigo 9º do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969).

A justiça militar tem caráter singular, apresentando a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual, conforme previsto pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Segundo o artigo 122 da Constituição Federal de 1988, a Justiça Militar Federal é composta pelo Superior Tribunal Militar, Tribunais e Juízos militares instituídos por lei, sendo que em primeiro grau atuam os Conselhos de Justiça e os auditores, e em segundo grau, atua o Superior Tribunal Militar (Brasil, 1988).

Além disso, conforme o caput do artigo 124 da Constituição Federal de 1988, "à justiça militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei", estabelecendo implicitamente que cabe a justiça militar da União processar e julgar os crimes militares cometidos por militar federal (Brasil, 1988).

De antemão, segundo o artigo 125, parágrafos 3º, 4º e 5º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), "compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças", sendo a justiça militar estadual formada em primeiro grau pelo juiz de direito do juízo militar, pelo juiz de direito substituto do juízo militar, pelo conselho especial de justiça e pelo conselho permanente de justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de justiça ou Tribunal de justiça militar nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais (Brasil, 1988).

Ademais, segundo Faria (2015), a justiça militar estadual possui jurisdição penal para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, cometidos apenas por policiais militares e bombeiros militares. Dessa forma, diante das normas constitucionais supracitadas, depreende-se que a justiça militar federal pode processar e julgar militar ou civil, à medida que a justiça militar estadual pode processar e julgar apenas os militares estaduais, não podendo em hipótese alguma processar e julgar civil.

Em se tratando de crime comum, Nucci (2014, p.58) indica que "cabe aos órgãos constituídos das Polícias Federal e Civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal".

Diferentemente do crime militar, o crime comum é de competência da polícia judiciária, exercida pela polícia civil e federal, por meio do inquérito policial que tem o objetivo de investigar e apurar os crimes comuns, de modo a subsidiar a justiça comum com provas e materialidade suficiente para a propositura da ação penal.

Nessa mesma linha, Jesus (2011, p.228) afirma que "crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa", ou seja, crime comum é todo delito capitulado na lei penal comum e que pode ser praticado por qualquer cidadão comum, estando sob a apuração da polícia judiciária e jurisdição da justiça comum.

A Constituição Federal (Brasil, 1988) delimita em seu artigo 144, §4º, as competências da Polícia Civil, estabelecendo que compete às Polícias Civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, ressalvada a competência da União, em que será exercida pela Polícia Federal, e as militares, que será de competência da Polícia judiciária militar. Além disso, consoante os artigos 4º e 5º do Código de Processo Penal (Brasil, 1969), os crimes comuns e sua autoria serão apurados pela Polícia Judiciária, por meio do inquérito policial.

Por fim, seguindo o que foi exposto anteriormente, o crime militar é a infração penal prevista no código penal militar que viola bens ou interesse ligados à manutenção das instituições militares, às suas atribuições legais, a continuidade de sua existência, bem como, representa lesão aos princípios basilares de tais institutos, quais sejam a disciplina e a hierarquia. Já o crime comum é todo crime capitulado no Código Penal Comum e que pode ser praticado por qualquer indivíduo (Jesus, 2011).

Portanto, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), compete às Polícias Civil ou Federal a função de Polícia Judiciária na apuração de infrações penais comuns e sua autoria, por meio do instrumento do Inquérito Policial. Contudo, quando se adentra na seara do Crime Militar, compete à Polícia Militar a função de Polícia Judiciária Militar, na apuração das infrações penais de natureza militar, por meio do Inquérito policial Militar, conforme disposto no artigo 8º do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969).

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POLICIAIS MILITARES EM DECORRÊNCIA DE INTERVENÇÃO POLICIAL MILITAR

Com a entrada em vigor da Lei 9.299/1996 (Brasil, 1996), que incluiu o §2º ao artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), iniciou-se uma série de questionamentos acerca da competência para investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil em decorrência de intervenção policial militar.

Questão essa que gerou um conflito institucional entre as Polícias Civis e Militares, onde entendendo pela inconstitucionalidade da Lei 9.299/1996 (Brasil, 1996), a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade referente a Lei supracitada, sob o argumento de que a norma questionada usurpa as atividades da Polícia Judiciária, violando o artigo 144, §1º, IV e §4º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Desse modo, após a interposição da ADI 1.494 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1997) e apreciação do Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema indeferiu o pedido de medida cautelar, por voto majoritário, nos seguintes termos:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES - CPPM, ART. 82, §2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 - INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M. APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL - VOTOS VENCIDOS - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os Ministros CELSO DE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional. (STF –ADI:1.494 DF, Relator: Min CELSO DE MELO, Data de julgamento: 09/04/1997, Tribunal Pleno Data de Publicação: DJ 18-06-2001 PP-00002 EMENT VOL – 02035-01 PP-00101).

Desse modo, compreende-se que o objetivo da ação interposta pela ADEPOL era tornar exclusiva a competência para apuração dos crimes dolosos contra a vida pelas Polícias Federal e Civil. Porém, a ADEPOL não obteve êxito, pois o pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu como válido o disposto no §2º do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar, de modo permitir a instauração do inquérito policial militar na apuração de tais delitos (Brasil, 1969).

Após a leitura do julgado, nota-se que a matéria em questão gerou divergência de entendimento entre os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, no qual os Ministros Marco Aurélio, Carlos Veloso, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves votaram a favor da constitucionalidade do artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar, e que os referidos delitos devem ser apurados em sede de Inquérito Policial Militar (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1997). Porém, os Ministros Celso de Melo, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Maurício Correa votaram a favor da inconstitucionalidade do artigo 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), onde segundo os Ministros, ao transferir a competência para a justiça comum, houve uma "desmilitarização" do crime doloso contra a vida praticado por policial militar, sendo de competência da Polícia Civil a apuração de tais delitos (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1997).

Não obstante, é notável que o pedido de liminar foi indeferido pela maioria dos votos, e que a argumentação feita pela requerente de que tais crimes deveriam ser apurados pela Polícia Civil, não foi acolhida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal. Contudo, mesmo com a ementa e o acórdão, a

ADI 1.494 (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1997) foi extinta sem resolução do mérito por ausência de legitimidade ativa da ADEPOL, haja vista que a referida associação não constitui entidade de classe de âmbito nacional, conforme disposto no artigo 103, IX, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Apesar da primeira tentativa infrutífera de obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), a Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL), após o julgamento da ADI 1.494 (Brasil, 1997), ajuizou a nova ADI 4.154, protocolada em 21 de outubro de 2008 (Brasil, 2008), tendo por escopo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 9.299/1996, que introduziu o §2º ao artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969) e introduziu o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969).

Dessa maneira, a ADEPOL argumentou que a norma feriu o artigo 5º, IV, e o artigo 144, §§1º e 2º da Constituição Federal (Brasil, 1988), e que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares em serviço, deveriam ser investigados pela Polícia Civil, por meio de instauração de inquérito policial. Porém, ocorre que o Procurador Geral de República já emitiu parecer contra a procedência da ação, de modo a considerar constitucionais e legais os dispositivos em lide. Além disso, o Advogado Geral da União também emitiu parecer pela improcedência da ação e pela constitucionalidade dos artigos questionados (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2008).

Diante dos pareceres acima expostos, a presente ação obteve medida cautelar indeferida, e até o presente momento ainda se encontra pendente de julgamento, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesse sentido, é válido revelar que após a entrada em vigor da Lei 9.299/1996 (Brasil, 1996), surgiram duas correntes doutrinárias opostas que debatem sobre a quem compete investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, se compete aos Oficiais da Polícia Militar por meio do Inquérito Policial Militar, ou aos Delegados da Polícia Civil por meio do Inquérito Policial (Silva, 2016).

A primeira corrente defende que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, devem ser apurados por meio do Inquérito Policial Militar, sendo de competência exclusiva das Polícias Militares presidir tal feito, conforme nos ensina Lobão (2006, p.138), ao afirmar que “a Lei n° 9.299/96 não retirou os crimes dolosos contra a vida de crime militar, como consequência não podem ser julgados pela Justiça comum, sem violação da Lei Fundamental”.

Dessa forma, os doutrinadores adeptos a essa corrente defendem que em relação ao tipo criminal supracitado, o Código de processo Penal em seu artigo 82, §2º, prevê implicitamente que a investigação cabe à Polícia Judiciária Militar por meio do Inquérito Policial Militar (Brasil, 1969), e que após a sua conclusão deverá ser encaminhado à Justiça Comum. Assim demonstra Assis (2013,

p.172) ao afirmar que, "como nem a Lei n° 9.299/96, e nem a Emenda Constitucional n° 45, retiraram a qualidade de militar do crime de homicídio, que permanece íntegro no art. 205 do CPM, ainda que praticado contra civil, a conclusão óbvia e que sendo crime militar somente a polícia judiciária militar é que poderá apurá-lo".

Nessa mesma linha de pensamento, Roth (2010) entende que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares possuem a natureza de crime militar, sendo apenas modificada a competência para o processamento e julgamento no âmbito da justiça comum, mais especificamente pelo Tribunal do Júri. Ainda segundo Roth (2010), compete exclusivamente à polícia judiciária militar, investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policias militares, e que somente após a conclusão do inquérito policial militar, este deverá ser encaminhado à justiça comum.

Conforme observado, os doutrinadores que seguem essa linha de pensamento sustentam a tese de que a Lei 9.299/1996 não modificou a natureza militar dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares durante intervenção policial militar, cabendo, portanto, à Polícia Judiciária Militar, por meio do inquérito policial militar, a investigação de tais delitos (Brasil, 1996).

Em contrapartida, a segunda corrente defende que a introdução do §1º ao artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), modificou a natureza dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, sendo agora de competência da justiça comum e consequentemente passaram a serem considerados crimes comuns. Desse modo, caberia exclusivamente ao Delegado de Polícia Federal ou Civil, a investigação de tais delitos por meio do Inquérito Policial. Nesse sentido, argumenta Fernandes (2005), que por força legal do artigo 144, §4º da Constituição Federal de 1988, compete à Polícia Civil investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, pois tais delitos deixaram de ostentar a natureza militar (Brasil, 1988).

Com isso, é notável que a referida corrente busca a exclusiva investigação por parte da Polícia Civil, em sede de inquérito policial, dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil em decorrência de intervenção policial militar.

No que tange as decisões dos Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça no ano de 2008, ao julgar o recurso ordinário 21560-PR (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2008), proferiu decisão favorável a Polícia Judiciária Militar, ao dispor que o artigo 125, §4º da Constituição Federal (Brasil, 1988) e o artigo 82, §2º do Código de processo penal militar permitem a instauração do inquérito policial militar para verificar se é ou não hipótese de crime doloso contra a vida de civil (Brasil, 1969).

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça em decisão unânime no julgamento do Recurso Ordinário 21560-MG, favoreceu a polícia judiciária militar quanto a competência para investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, de modo que,

após a conclusão dos autos, estes deverão ser encaminhados à justiça comum (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2008).

Em consonância com o exposto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o conflito de competência 120201/RS (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2012), afirmou que ocorrência de troca de tiros é considerado atividade de natureza militar, ou seja, é considerado crime militar e, portanto, deve ser apurado pela justiça militar, por meio de inquérito policial militar.

O Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, no julgamento dos Autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/10-TJM-SP (São Paulo. Tribunal de justiça militar, 2010), tem se posicionado nessa mesma linha, de que as investigações de tais delitos devem ser conduzidas pela polícia judiciária militar, pois estes crimes continuam sendo de natureza militar, havendo apenas um deslocamento da competência para julgar e processar os crimes dolosos contra a vida de civil, para o tribunal do júri.

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo exarou no julgamento do Habeas Corpus 0025602016, o mesmo entendimento de que cabe à Polícia Judiciária Militar, por força do artigo 144, §4º da Carta Magna e artigo 82, §2º do Código de Processo Penal Militar, a apuração dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil. (São Paulo. Tribunal de Justiça Militar, 2016).

Ademais, o Pleno do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo tomou a mesma decisão exposta anteriormente, no julgamento da Ação de Nulidade Criminal 0002322017, ao dispor que a prática do crime doloso contra a vida praticado por policial militar contra civil possui a natureza de crime militar, devendo ser exclusivamente ser investigado pela polícia judiciária militar, por meio de inquérito policial militar, e verificada as excludentes de ilicitude, cabe ao promotor de justiça militar solicitar o devido arquivamento (São Paulo. Tribunal de Justiça Militar, 2017).

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Ação de Conflito de Competência nº152250-RS, favoreceu a justiça comum como a justiça competente para julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, e consequentemente, declarou a competência da Polícia Civil na apuração de tais delitos (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2017).

No julgamento do Recurso Extraordinário 260404-MG, o pleno do Supremo Tribunal Federal, julgou constitucional o parágrafo único do artigo 9º, do Código Penal Militar, cabendo, portanto, à polícia judiciária, por meio do inquérito policial, investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, pois com o advento da lei 9299/1996, tais delitos foram implicitamente excluídos do rol dos crimes considerados como militares (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2001).

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal exarou nova interpretação, no sentido de que com a inclusão do parágrafo único ao art.9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), os crimes dolosos contra a vida quando a vítima for civil foram excluídos do rol de crimes considerados como militares, assumindo agora a natureza de crimes comuns.

Corroborando com o entendimento acima exposto, o relator da Ação de Conflito de Competência nº144919-SP, Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a investigação dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, compete à Polícia Civil, por meio do inquérito policial, pois, uma vez afastada a natureza militar, de tais delitos, afasta-se naturalmente a competência da Polícia Judiciária Militar. Dessa forma, entende-se implicitamente que os crimes que agora possuem a natureza de crimes comuns, têm o inquérito policial presidido pela Polícia Civil, como o instrumento investigatório dos referidos crimes (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2016).

Ante o exposto, pode-se constatar que, a Jurisprudência dos Tribunais não é uníssona quanto a quem compete investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policias militares quando a vítima for civil, se compete à Polícia Civil, por meio do inquérito policial, ou se compete à Policia Militar, por meio do inquérito policial militar.

No entanto, o que se pode inferir de toda a jurisprudência elencada, é o fato de que para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, os crimes em análise tornaram-se crimes comuns com a entrada em vigor da Lei nº 9299/1996, ao mesmo tempo que para o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, tais crimes continuaram possuindo o status de crime militar, devendo ser investigados pela polícia judiciária militar, com ressalva apenas a mudança na competência para processar e julgar tais delitos, sendo agora de competência do Tribunal do Júri.

4. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA APURAÇÃO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO

Antes da entrada em vigor da lei 9299/1996 (Brasil, 1996) era pacífico o entendimento de que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, constituíam crimes militares e deveriam ser processados e julgados pela justiça militar. Ocorre que, com a introdução da referida lei, foi incluído o §2º ao artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969) e o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), onde tal inovação legislativa, trouxe uma transmudação da justiça militar para a justiça comum, no tocante a competência para processar e julgar tais delitos.

Vale lembrar que a Lei 9299/1996 (Brasil, 1996) surgiu em meio as ocorrências policiais militares de natureza grave que ganharam repercussão nacional, como foi o caso do Carandiru, Eldorado do Carajás e Candelária, por exemplo, o qual fizeram com que o legislativo federal implementasse a Lei 9299/1996, como forma de minimizar tais ocorrências e eliminar o corporativismo durante a investigação destes crimes (Assis, 2012).

Não obstante, alguns doutrinadores defendem que a Lei 9.299/1996 (Brasil, 1996), não revogou a natureza militar dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, haja vista que tais delitos ainda estão previstos no Título IV (Dos crimes contra a pessoa) do Código Penal Militar, sendo este um caso adverso em que a Justiça Comum possui a competência para processar e julgar um determinado crime militar, conforme dispõe o §1º do artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969).

Contribuindo com o exposto acima, Assis (2009, p.50) afirma que: "Nem a Lei 9.299/1996, nem a EC/45, retiraram a natureza militar do crime de homicídio, operando apenas um deslocamento de competência de questionável técnica jurídica". Deste modo, o autor esclarece que o advento da lei 9299/1996 (Brasil, 1996) e da Emenda Constitucional 45 (Brasil, 2004), os crimes dolosos contra a vida não deixaram de ostentar a natureza de crime militar, havendo apenas uma mudança de competência para processar e julgar tais delitos, passando agora a ser de competência da justiça comum.

Com esse mesmo entendimento, Roth (2006) fala que a Emenda Constitucional 45/2004 ao dar nova redação ao §4º do artigo 125 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) , pacificou o embate jurisprudencial e doutrinário decorrente do advento da lei nº 9299/1996, quanto a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, dando ao tribunal do júri tal competência. Entretanto, a nova redação não desnaturou a qualidade militar do crime exposto acima, mas apenas deslocou a competência para julgá-lo (Brasil, 1996).

Nesse ponto, é válido frisar a alteração legislativa introduzida no §1º do artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), ocorrida após a entrada em vigor da Lei 13.491/2017, que alterou a expressão justiça comum, antes prevista no parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, pela expressão Tribunal do Júri, conforme a seguir: "§1º- Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)". (Brasil, 2017).

Tal mudança legislativa alinhou-se com o disposto no artigo 125, §4º, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1998), conforme segue abaixo:

> §4º- Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados,

> nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Assim sendo, segundo Assis (2012, p. 153), "não se pode dizer que a lei revogou o crime militar doloso contra vida, fosse essa a intenção do legislador, melhor teria sido simplesmente retirar o Art. 205 do CPM". Dessa forma, o autor esclarece que o deslocamento de competência da justiça militar para a justiça comum, não alterou a natureza militar dos crimes dolosos contra a vida de civil, pois os crimes ainda se encontram previstos no Código Penal Militar (Brasil, 1969).

Nesse interim, Célio Lobão (2006, p.138) afirmou que a referida lei "não retirou os crimes dolosos contra vida da categoria de crime militar, como consequência não podem ser julgados pela Justiça comum, sem violação da Lei Fundamental". O autor deixa claro que o advento da lei 9299/1996 (Brasil, 1996), não retirou a qualidade militar dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, haja vista que os referidos crimes continuam constando no Código Penal Militar, e estão sob a jurisdição da justiça castrense, devendo ser apurados pela polícia judiciária militar, por meio do inquérito policial militar.

Em contrapartida, Carvalho (2011) afirma que, apesar da forma errônea como foi introduzida a Lei 9299/1996, os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, tornaram-se crimes comuns, uma vez que implicitamente referidos crimes foram excluídos do rol dos crimes militares (Brasil, 1996).

Aliás, conforme foi abordado no capítulo anterior, há uma insistência processual por parte da Associação dos Delegados de Polícia em declarar a inconstitucionalidade das Leis 9299/1996 (Brasil, 1996) e 13.491/2017 (Brasil, 2017), sob o argumento de que as normas impugnadas podem usurpar diretamente as atividades de polícia judiciária previstas no artigo 144, §1º, inciso IV e, §4º da Carta Magna, sendo segundo eles, funções exclusivas dos delegados de Polícia Civil (Brasil, 1988).

Da mesma forma, o Ministério Público estabeleceu no artigo 2º da Resolução nº 08, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que é dever da Polícia Civil e da Polícia Federal instaurar inquérito policial para investigação de homicídio ou lesão corporal decorrente de intervenção policial, bem como comunicar nos termos da lei, o acontecimento ao Ministério Público (Brasil, 2012).

Durante a realização do projeto, "O MP no enfrentamento à morte decorrente de intervenção policial", desenvolvido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, enumerou como objetivo II, recomendar aos delegados de polícia a imediata instauração de inquérito policial para apurar mortes

decorrentes de atuação policial (Brasil, 2014).

No âmbito da Segurança Pública do Estado do Amazonas, em decorrência do conflito institucional entre a Polícia Militar e Polícia Civil do Estado do Amazonas, o Ministério Público do Estado do Amazonas, através da 60ª Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial, redigiu ao Comandante Geral da Policia Militar do Amazonas, a Recomendação nº 001. 2016.CESRMIP.1.1.1075116. 2016.8707, o qual orientava o Comandante da Instituição miliciana a não instaurar inquérito policial militar para investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil, não importando se a ocorrência ocorreu durante o serviço ou fora dele, de modo que tais crimes não gozam da qualidade de crime militar, cabendo à Polícia Civil apurar e investigar tais delitos.

Além disso, caberia à Polícia Militar do Amazonas apenas proceder ao devido procedimento disciplinar, com a finalidade de verificar se o policial militar cometeu alguma transgressão disciplinar e se possui condições de permanecer nas fileiras da corporação (Amazonas, 2016).

Em face do exposto, observa-se que a doutrina e a jurisprudência não possuem entendimento uníssono quanto à natureza dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil em decorrência de intervenção policial militar. Para os Tribunais Superiores, o entendimento é de que compete à Polícia Judiciária, por meio do inquérito policial, a apuração de tais delitos, ao passo que para o Tribunal de Justiça militar de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, entendem que compete à polícia judiciária militar, por força do §2º do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar, a apuração dos referidos crimes, haja vista que ainda ostentam a natureza de crime militar (Brasil, 1969).

Por fim, mesmo que as diversas mudanças legislativas não tenham resolvido a questão sobre a natureza desses delitos e nem a quem compete apurá-los ou investigá-los, parece-nos mais viável o entendimento de que o disposto no §2º do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), se refere aos inquéritos policiais militares que estavam em andamento quando da publicação da lei nº 9299/1996 (Brasil, 1996), devendo a justiça militar encaminhá-los imediatamente à justiça comum. Porém, mesmo que tais delitos continuem previstos no Código Penal Militar, haja vista que em nenhum momento a supracitada lei os revogou, é implícito que os referidos delitos foram excluídos do rol dos crimes considerados como militares. Dessa forma, cabe à Polícia Civil a investigação dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando vítima for civil, devendo ser apurado por meio do inquérito policial (Brasil, 1969).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito de atribuições entre a Polícia civil e militar, consoante as alterações constitucionais e infraconstitucionais, suscitou diversos questionamentos em relação a natureza dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, tendo a presente pesquisa o objetivo de elucidar se tais delitos são crimes militares ou comuns, e se devem ser apurados pela Polícia Militar, por meio do inquérito policial militar, ou se devem ser apurados pela Polícia Civil, por meio do inquérito policial comum.

Dado o exposto, compete a justiça militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. Da mesma forma, cabe à Polícia Judiciária militar, a apuração dos crimes supracitados, por meio do inquérito policial militar, conforme disposto nos artigos 8º e 9º do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969).

Após a introdução da Lei 9.299/1996 (Brasil, 1996), foram incluídos o §2º ao artigo 82 do Código de Processo Penal (Brasil, 1969) e o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), de modo que os crimes dolosos contra vida praticados por policiais militares contra civil decorrente de intervenção policial militar, deverão ser julgados e processados pela justiça comum.

Além disso, o contexto do §2ª do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969) e do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar (Brasil, 1969), nos remete ao entendimento de que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra a civil, passaram a assumir a qualidade de crimes comuns, pois, de forma implícita, esses crimes foram excluídos do rol dos crimes considerados como militares. Aliás, esse é o entendimento do Superior Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme os julgados apresentados durante esta pesquisa.

No tocante às divergências decorrentes do §2º do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar (Brasil, 1969), a interpretação mais plausível e coerente com o atual cenário, é de que os inquéritos policiais militares que já haviam sido instaurados para apurar os crimes dolosos contra a vida praticados por policias militares no decorrer da publicação da Lei 9299/1996, deveriam ser concluídos e encaminhados pela justiça militar à justiça comum (Brasil, 1996).

Não obstante, a Recomendação nº 001. 2016.CESRMIP.1.1.1075116. 2016.8707, da 60ª PROCEAP do Ministério Público Estadual do Amazonas (Amazonas, 2016), a Resolução nº 08 do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Brasil, 2012) e os objetivos do projeto o MP no

enfrentamento à morte decorrente de intervenção policial (Brasil, 2014), são unanimes em afirmar que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares quando a vítima for civil são crimes comuns, e devem ser apurados pela Polícia Civil, por meio do inquérito policial.

Por fim, mesmo com as inovações legislativas introduzidas pelas Leis 9299/1996 (Brasil, 1996) e 13.491/2017 (Brasil, 2017), as questões controvertidas acerca da natureza dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares e a quem compete investigá-los, acabou não sendo suprida até o presente momento. De forma a suscitar novas pesquisas, no campo do direito castrense, o legislador poderia ter descrito tanto a Lei 9299/1996 (Brasil, 1996), quanto a lei 13491/2017 (Brasil, 2017), com a seguinte redação: Não são considerados crimes militares, os crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, cabendo ao Tribunal do Júri processar e julgar os referidos crimes. Por outro lado, caso o legislador quisesse manter a natureza militar de tais delitos, poderia tê-lo escrito da seguinte forma: Os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil, são considerados crimes militares, sendo de competência do Tribunal do Júri processar e julgar os referidos delitos.

Dessa maneira, se as alterações tivessem sido redigidas da forma acima exposta, seria simples identificar se caberia à Polícia Judiciária ou a Polícia Judiciária Militar, a atribuição para investigar os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil em decorrência de intervenção policial militar. Mas afinal, os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil em decorrência de intervenção policial militar, são crimes militares ou comuns? Qual instituto é competente para apurá-los, a polícia judiciária militar ou a polícia judiciária comum?

Pode-se concluir que, apesar do cenário jurisprudencial antagônico, esta pesquisa segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de justiça, em reiterar que os crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares contra civil deixaram de ostentar a natureza de crime militar, e passaram a ser considerados como crimes comuns, sendo de competência da Polícia Civil (Polícia Judiciária Comum), por meio do Inquérito Policial Comum, apurar e investigar tais delitos, de modo a obter provas e materialidade suficiente que sustente a propositura da ação penal perante a justiça comum.

REFERÊNCIAS

ALFERES, Eduardo Henrique. **Manual de Polícia judiciária militar**: direito penal e processual penal militar. São Paulo: Edipro, 2013.

AMAZONAS. Ministério Público do Estado do Amazonas. **Recomendação n°. 001.2016. CESRMIP.1.1.1075116. 2016.8707**. Manaus: MP/AM, 2016.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Código de Processo Penal anotado**: artigos 1º a 169. Vol. 1. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Código de processo penal militar anotado.** Vol. 1, 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Direito Militar:** Aspectos Processuais, Processuais Penais e Administrativos. Vol. 1, 3 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. A Reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar. Breves considerações sobre seu alcance. **Revista de Estudos & Informações**, Belo Horizonte, n. 15, p. 16-20, nov. 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969**.** Institui o Código Penal Militar. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 6, 21 out. 1969. Seção 1, Suplemento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 1.002 de 21 de outubro de 1969**.** Institui o Código de Processo Penal Militar. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 49, 21 out. 1969. Seção 1, Suplemento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Lei nº 9.299 de 07 de agosto de 1996. Altera o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 14941, 08 ago. 1996. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ l9299.htm> Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Resolução nº. 08 de 20 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como "autos de resistência", "resistência seguida de morte", em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 246, p. 9, 21 dez. 2012. Seção 1. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_24066914 _RESOLUCAO_N_8_DE_20_DE_DEZEMMBRO_DE_2012.aspx> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **O MP no enfrentamento à morte decorrente de intervenção policial**. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/O_MP_no_Enfrentamento_%C3%A0_Morte_Decorrente_de_Interven%C3%A7%C3%A3o_Policial.pdf.> Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B,111-

A e 130-A, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 9, 31 dez.2004.Seção1. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Lei nº 13.491 de 07 de outubro de 2017. Altera o Código Penal Militar. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, p. 1, 16 out. 2017. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm> Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.494. Relator Ministro Celso de Mello. In: **Diário da Justiça**, Brasília, p.3, 23 ago. 2001. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347091> Acesso em: 04 Abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.164**.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Pendente de julgamento. In: **Diário da Justiça**, 2008**.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644215> Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 260.404. Relator: Ministro Moreira Alves. In: **Diário da Justiça**, Brasília, 21 nov. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258778> Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 21.560/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/02/2008. In: **Diário da justiça**, 12/05/2008. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON>.Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 144.919 SP. Acórdão. Relator: Ministro Félix Fischer. In: **Diário da Justiça**, 01.07.2016. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado > Acesso em: 01 Set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 152.250 RS. Acórdão. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. In: **Diário da justiça**, 01.08.2017. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484002210/conflito-de-competencia-cc-152250-rs-2017-0106315-4 > Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 120.201**.** Suscitante: Juízo Auditor da 2ª Auditoria Militar de Porto Alegre/RS. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Novo Hamburgo/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Turma. In: **Diário da justiça**, 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21773316/conflito-de-competencia-cc-120201-rs-2011-0293730-9-stj/inteiro-teor-21773317?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 set. 2019.

CARVALHO, Alexandre Reis de. Parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar: 15 anos de existência, validade e eficácia. **Revista do Ministério Público Militar**. Brasília, Procuradoria-Geral de Justiça Militar, ano 1, n.1 (1974), ano 37, n. 22 nov. 2011, p. 27-28, 1974. Disponível em: < http://www.mpm.mp.br/revista-mpm/> Acesso em: 01 set. 2019.

CORRÊA, Sandro Vieira. **A responsabilidade penal do comandante de aeronave de asas rotativas**

da polícia militar de minas gerais em face das missões de defesa social. Minas Gerais, 2013. Trabalho de conclusão de curso em segurança pública- Fundação João Pinheiro, 2015. Disponível em: < https://www.pilotopolicial.com.br/wp-content/uploads/2017/06/MONOGRAFIA-FINAL-9-revisada.pdf> Acesso em: 04 Abr. 2019.

FARIA, Marcelo Uzeda. **Direito Penal Militar**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: http://www.rt.com.br/index.php/www.revistadostribunais.com.br?sub> Acesso em: 05 abr. 2019.

FRAGOSO, Heleno. **Lições Direito Penal**, Parte Especial. 2003.

Gil, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**.3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

_____, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. São Paulo: Método, 2009.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Rodrigo. **Dosimetria da pena no crime militar continuado - justiça militar catarinense**. Palhoça-SC, 2015. Trabalho de conclusão de curso em direito- Universidade do Sul de Santa Catarina, 2015. Disponível em: < https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3401/112287_Rodrigo.pdf?sequence=1> Acesso em: 04 Abr. 2019.

MOURA, Sandro Treichel de. **Competência jurisdicional e constitucional do inquérito policial militar para apuração do crime de homicídio praticado por militar em serviço.** Lajeado-RS, 2017. Trabalho de conclusão de curso de direito- Universidade do Vale do Taquari, 2017.

ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da Justiça Militar Estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/comentariosreforma.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019**.**

_____, Ronaldo João. O Princípio constitucional do Juiz Natural, a Justiça Militar Estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei n. 9.299/1996. In: **Revista de Estudos & Informações** nº 29, novembro/2010. Belo Horizonte: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Disponível em: < http://www.tjmmg.jus.br/images/stories/Revista/rei_29_web.pdf> **Acesso em: 04 abr. 2019.**

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Autos de Arguição de Inconstitucionalidade **01/10.** Rel. Paulo Adib Casseb. Data de Julgamento: 03/12/2010. In: **Diário da Justiça Militar,** São Paulo, 2010. Disponível em:<http://www.tjmsp.jus.br/p_juris_txtdet.asp?cKey=B020100000013005>. Acesso em 01 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Habeas Corpus nº 0025602016. Relator Paulo Adib Casseb. 1ª Câmera. In: **Diário da Justiça Militar Estadual**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tjmsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385449098/habeas-corpus-hc-2 5602016> Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Nulidade Criminal nº 0002322017. Relator Avivaldi Nogueira Junior. Tribunal Pleno. In: **Diário da Justiça Militar Estadual**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tjmsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/500227539/nuli dade-criminal-2322017/inteiro-teor-500227557?ref=topic_feed#> Acesso em: 01 set. 2019.

SILVA, Francisco Ramalho da. **Conflito de Atribuições nos crimes dolosos contra a vida cometido por policial militar estadual em serviço**. Boa Vista, 2016. Trabalho de conclusão de curso em direito- Universidade Federal de Roraima, 2006. Disponível em: < http://ufrr.br/direito/index.php?> Acesso em: 01 set. 2019.

A BUSCA DA FELICIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO EFETIVADOR DA SADIA QUALIDADE DE VIDA

THE SEARCH FOR HAPPINESS AS AN EFFECTIVE PRINCIPLE OF HEALTHY QUALITY OF LIFE

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro[1]

Nicole Rabelo Souto Maior[2]

RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar o desenvolvimento conceitual do princípio da busca da felicidade, e as principais nuances de sua relação com o direito fundamental à sadia qualidade de vida, que garante o "piso vital mínimo" necessário a cada pessoa para a concretização de seus projetos de felicidade. Com isso, buscou-se discorrer a respeito da diversidade e abrangência conceitual do termo felicidade, com exposição dos principais desenvolvimentos teóricos sobre o assunto, e a consequente positivação do direito à busca da felicidade em diversas constituições e documentos internacionais. Almejou-se, ainda, verificar o modo pelo qual o direito à felicidade figura perante a Constituição Federal de 1988, mediante a utilização de técnicas hermenêuticas, e como os tribunais superiores têm reconhecido o princípio da busca da felicidade em suas decisões. Por derradeiro, intencionou-se evidenciar o arcabouço axiológico do direito fundamental à qualidade de vida e sua efetivação por meio do princípio da busca da felicidade. Conclui-se que o princípio da busca da felicidade efetiva a sadia qualidade de vida, ao requerê-la como essencial no estabelecimento de um "conteúdo mínimo" necessário para que cada pessoa se revista de dignidade, e assim, possa lograr a sua felicidade. A metodologia utilizada nesta pesquisa, quanto aos meios, foi desenvolvida mediante o método dedutivo, descritivo e qualitativo, através da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi qualitativa.

PALAVRAS CHAVE: Princípio da Busca da Felicidade, Dignidade da Pessoa Humana, Direito Fundamental à Sadia Qualidade de Vida.

ABSTRACT

This research aimed to analyze the conceptual development of the principle of the pursuit of happiness, and the main nuances of its relationship with the fundamental right to a healthy quality of life, which guarantees the "minimum vital floor" necessary for each person to achieve your happiness projects.

[1] Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Advogada e Professora da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) na área de Direito Administrativo. E-mail: gribeiro@uea.edu.br.

[2] Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Advogada. E-mail: nrsm.dir@uea.edu.br.

With that, we sought to talk about the diversity and conceptual scope of the term happiness, with an explanation of the main theoretical developments on the subject, and the consequent positivization of the right to the search for happiness in several international constitutions and documents. The aim was also to verify the way in which the right to happiness appears before the Federal Constitution of 1988, using hermeneutic techniques, and how the higher courts have recognized the principle of the search for happiness in their decisions. Finally, it was intended to highlight the axiological framework of the fundamental right to quality of life and its effectiveness through the principle of the pursuit of happiness. It is concluded that the principle of the pursuit of happiness effective the healthy quality of life, by requiring it as essential in the establishment of a "minimum content" necessary for each person to be dignified, and thus, to achieve their happiness. The methodology used in this research, regarding the means, was developed through the deductive, descriptive and qualitative method, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential analysis. As for the purposes, the research was qualitative.

KEY WORDS: Search for happiness principle, Human person dignity, Fundamental right to healthy quality of life.

INTRODUÇÃO

Ainda que não possa ser facilmente definida, a felicidade ocupa os anseios da humanidade desde os tempos mais remotos, sendo possível constatar a sua busca como intrínseco objetivo humano em alcançar a completude existencial. Nesse sentido, a presente pesquisa tem por intuito analisar o desenvolvimento conceitual do princípio da busca da felicidade, e as principais nuances de sua relação com o direito fundamental à sadia qualidade de vida, que garante o "piso vital mínimo" necessário a cada pessoa para a concretização de seus projetos de felicidade.

Diante disso, o questionamento trazido neste trabalho é: De que forma o princípio da busca da felicidade se vale do direito fundamental à sadia qualidade de vida, para assegurar aos indivíduos a perpetuação de uma existência digna e meios para que desenvolvam suas potencialidades?.

A problemática abordada nesta pesquisa se justifica em virtude do conceito de qualidade de vida guardar intima ligação ao princípio da busca da felicidade, na medida em que não é possível ser feliz sem a garantia das mínimas condições a cada indivíduo existir dignamente, ou sem a tutela jurídica dos direitos individuais, sociais e coletivos relacionados à vida.

Desse modo, especificamente, busca-se discorrer a respeito da diversidade e abrangência conceitual do termo felicidade, com exposição dos principais desenvolvimentos

teóricos sobre o tema, e a consequente positivação do direito à busca da felicidade em diversas constituições e documentos internacionais.

Almeja-se, ainda, verificar o modo pelo qual o direito à felicidade figura perante a Constituição Federal de 1988, mediante a utilização de técnicas hermenêuticas, e como os tribunais superiores têm reconhecido o princípio da busca da felicidade em suas decisões. Por derradeiro, intenciona-se evidenciar o arcabouço axiológico do direito fundamental à qualidade de vida e sua efetivação por meio do princípio da busca da felicidade.

Quanto à metodologia aplicada no presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo e descritivo, pois possibilitam que o investigador chegue a conclusões formais a partir do estabelecimento de uma cadeia de raciocínio em ordem descendente, da análise do geral para o particular.

No que tange ao aspecto procedimental, a técnica empregada foi o conjunto composto por dados coletados mediante análise doutrinária, pesquisa bibliográfica e documental, tendo por base as informações e conteúdos constantes de livros, leis, códigos, artigos, revistas jurídicas, sites, textos, pesquisas relacionadas ao tema e demais estudos que forneçam informações válidas, com o fito de alcançar os objetivos da pesquisa.

Ademais, a pesquisa qualitativa é o tipo de investigação escolhida para o desenvolvimento da abordagem do problema, uma vez que os dados não serão medidos, e sim interpretados.

1. FELICIDADE EM LINHAS GERAIS

Definir o que vem a ser felicidade não se mostra uma tarefa simples, tendo em vista que seu conceito pode se desdobrar sob os mais variados prismas. Dessa forma, necessário se faz traçar um panorama geral a cerca das principais abordagens a respeito da temática.

Simões e Horita (2014, p. 56-72) asseveram que a felicidade sempre suscitou debates nas mais variadas áreas do conhecimento humano. Nesse sentido, sua complexidade, dificuldade de conceituação e entendimento do que venha a ser, de fato, manifestam-se de modo particular a cada ciência que a investiga, indivíduos que sobre ela discorrem, bem como perante circunstâncias políticas e sociais levadas em conta quando se observa o significado de felicidade para um determinado povo ou em um dado Estado.

Nessa linha, observa-se que o ser humano, desde os tempos mais remotos, busca a felicidade com o objetivo de alcançar sua completude, ou pelo menos, parte dela. Os meios ou

caminhos utilizados nessa busca são particulares a cada pessoa, mas a motivação é quase sempre a mesma - a esperança em melhores condições de vida - que traz consigo uma gama de sonhos, projetos, desejos e ideais interligados, e enseja na crença de que a felicidade é possível na medida em que se garanta o mínimo de condições necessárias à sua procura (SIMÕES; HORITA, 2014, p.56-72).

Desta feita, ainda que inexista entendimento absoluto sobre a temática, é possível identificar, no campo filosófico, esforços de teóricos para chegar a uma significação apropriada.

Franco Filho (2013, p. 529-535), ao ensinar a cerca da acepção etimológica da palavra felicidade, esclarece que:

> [...] considerando ser difícil defini-la, entendê-la e senti-la certamente não o é. Felicidade é um substantivo feminino, originário do latim *felicitate*, de *felicitas*, oriundo de *félix*, designado no Dicionário Aurélio como *qualidade ou estado de feliz*; *ventura*, *contentamento*. Na Grécia Antiga, usavam a palavra *eudaimonia*, o prefixo *eu* (bem) mais o substantivo *daimon* (espírito), significando ter *um espírito bom*.

Leal (2013, p. 07) explica que a expressão *eudaimonia*, da qual advém o termo felicidade, foi concebida pelos filósofos da Antiguidade que a denominavam como a busca da sabedoria, tendo em conta que o fim das ações humanas, individuais ou coletivas, consistiam na procura pela sabedoria e, por conseguinte, na própria busca pela felicidade.

Para Sócrates, a felicidade se relaciona intrinsecamente com a virtude e a justiça, visto que, não obstante a satisfação dos desejos e as necessidades do corpo proporcionem prazer, nem todas as sensações permitidas equivalem à felicidade, pois sua conduta pessoal também deverá ser justa e virtuosa (OLIVIERI, 2012).

Platão, por seu turno, dá azo aos ensinamentos de Sócrates no intuito de descobrir a verdadeira virtude, estabelecendo a cognição de que a felicidade deveria ser alicerçada no "autocontrole, na disciplina, na abnegação e no desvio quanto aos excessos, mesmo que prazerosos" (LEAL, 2013, p. 16-17).

Nessa continuidade, Souza, Ramos e Cordeiro (2018, p. 105) constatam que:

> De acordo com as perspectivas de Sócrates e Platão, afasta-se o senso comum de que a felicidade seria a mera satisfação dos desejos. O ser humano, como ser reflexivo, tornar-se-ia feliz quando distante da perversão e das condutas excessivas.

Santos (2015, p. 3) identifica que o referencial platonista conduziu ainda a ideia de uma felicidade coletiva e outra individual, que embora discrepantes em seus objetivos finais, deveriam coexistir em uma cidade-estado, na conformidade da prescrição constante na obra A República:

> [...] a lei não se ocupa de garantir uma felicidade excepcional a uma classe de cidadãos, mas esforça-se por realizar a felicidade de toda a cidade, unindo os cidadãos pela persuasão ou a sujeição e levando-os a compartilhar as vantagens que cada classe pode proporcionar à comunidade; e que, se ela forma tais homens na cidade, não é para lhes dar a liberdade de se voltarem para o lado que lhes agrada, mas para os levar a participar na fortificação do laçado Estado (PLATÃO, 1997, p. 243).

Noutro giro, para Aristóteles (1984, p. 57-58), a felicidade igualmente consiste em ter uma vida virtuosa, entretanto, esta só se evidencia alcançável pela atividade, dada a necessidade humana em conquistar bens espirituais e materiais. Nessa inteligência, depreende-se que a felicidade é autossuficiente, porquanto é reconhecida como um fim em si mesma, e não como um objetivo dentre outros aos quais se aspira, dessa forma:

> Também se ajusta à nossa concepção a dos que identificam a felicidade com a virtude em geral ou com alguma virtude particular, pois que à virtude pertence a atividade virtuosa. Mas há, talvez, uma diferença não pequena em colocarmos o sumo bem na posse ou no uso, no estado de ânimo ou no ato. Porque pode existir o estado de ânimo sem produzir nenhum bom resultado, como no homem que dorme ou que permanece inativo; mas a atividade virtuosa, não: essa deve necessariamente agir, e agir bem. E, assim como nos Jogos Olímpicos não são os mais belos e os mais fortes que conquistam a coroa, mas os que competem (pois é dentre estes que hão de surgir os vencedores), também as coisas nobres e boas da vida só são alcançadas pelos que agem retamente (ARISTÓTELES, 1984, p. 57-58).

Em uma perspectiva atual, Tiburi (2007, p. 50) entende que a concepção virtuosa da felicidade não mais se amolda aos padrões sociais contemporâneos, no entanto, seu cerne virtuoso precisa ser reencontrado:

> Não podemos, é óbvio, pensar que a felicidade tal como concebia Aristóteles nos serve hoje. A felicidade só pode ser pensada com base na sua evolução histórica. Havia, porém, aquele aspecto da felicidade que não levamos em conta em nossos dias e que precisa ser recuperado. É preciso lembrar que a felicidade era, em Aristóteles, um ideal ético da vida. A vida ética era a vida justa, boa, corretamente vivida por um cidadão, alguém que sabia de seu papel na sociedade, que ao pensar em si levava em conta o todo: família, amigos, sociedade, natureza.

O sociólogo e psicólogo social Veenhoven (1991, p 1-34) traz ainda importante definição que vai ao encontro da proposta enunciada nesta pesquisa. Para ele, felicidade é “o grau em que um indivíduo avalia a qualidade de sua vida”. Desse modo, a “satisfação com a vida”, que se traduz em felicidade, seria o quanto a pessoa gosta da vida que leva (VEENHOVEN, 1991, p. 1-34).

Pelo exposto, demonstrados os desenvolvimentos teóricos essenciais à construção conceitual da felicidade, é possível proceder à análise de sua positivação jurídica a partir de documentos imprescindíveis à consagração de direitos fundamentais.

1.1. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NAS CONSTITUIÇÕES E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

O direito à busca da felicidade encontra-se presente em ordenamentos jurídicos de diversos países. No que tange aos Estados Unidos, veio em primeiro lugar expressamente na Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, e, posteriormente, na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambos com data de 1776, e sob influência do iluminismo (GUEDES, 2014, p. 06).

Em seu texto, a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) traz:

> Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm, certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade **e de buscar e obter felicidade** e segurança (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA, 1776, n.p, grifo nosso).

Por conseguinte, a Declaração de Independência de 1776 inseriu a busca da felicidade no conjunto de direitos inalienáveis, tais como a vida e a liberdade, em inclusão feita por Thomas Jefferson, inspirando-se no trabalho de Jhon Locke (CONKLIN, 2015, p. 262). Dessa forma, o citado texto prescreve:

> Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a **procura da felicidade** (DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776, n.p, grifo nosso).

Para Conklin (2015, p. 262) a busca da felicidade, sob a perspectiva histórica e jurisprudencial norte americana, é um direito que não se perfaz em uma garantia estatal de que todos serão felizes, mas possibilita a todos os indivíduos serem livres para se engajar na persecução da felicidade.

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 abarcou a felicidade coletiva, conforme se pode constatar em seu preâmbulo:

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição **e à felicidade geral** (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, n.p, grifo nosso).

Posteriormente, a Constituição Francesa de 1958 anunciou que os direitos abrangidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) – dentre os quais figura a felicidade geral - também fazem parte dos direitos constitucionais, compondo aquilo que se tem por bloco de constitucionalidade (SILVA, 2013, p. 27).

Outrossim, a Carta Magna Japonesa e a Lei Maior Sul-coreana também trazem disposições a cerca da felicidade em seus textos. Quanto à primeira, seu art. 13 determina que "todas as pessoas têm direito à busca da felicidade, desde que não interfira no bem-estar público". Já a segunda, em seu art. 10, estatui que "todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos" (SOUZA; RAMOS; CORDEIRO, 2018, p. 114). Vale destacar que estes dispositivos foram, inclusive, utilizados para fundamentar a Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 19/2010, que teve como intuito incluir o direito à busca da felicidade na Constituição Brasileira, conforme se verá em tópico próprio.

Diante disso, expostas as principais considerações a cerca da felicidade - e sua busca - perante o cenário internacional, cabe verificar como o ordenamento jurídico pátrio tem recepcionado e reconhecido o citado princípio, bem como aplicado em suas decisões judiciais.

2. A FELICIDADE PERANTE A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E TRIBUNAIS NACIONAIS

Mesmo que a felicidade, na acepção literal da palavra, não tenha sido positivada nas constituições brasileiras, é notório que todas as cartas políticas nacionais trouxeram consigo, ainda que implicitamente, o princípio da busca da felicidade, fato que se evidencia ante a atual Constituição Cidadã.

Conforme ensina Patrick (2015, p. 05-06), a existência do mencionado princípio pode ser constatada mediante técnicas hermenêuticas, principalmente na Constituição Federal de 1988, pelo fato do referido texto constitucional marcar o advento da democracia e a conquista de vários direitos sociais e trabalhistas.

Nessa linha, o citado autor complementa:

> Partindo desse pressuposto, depreende-se do texto preambular da Constituição de 1988, que além dos seus valores supremos serem a liberdade, segurança, desenvolvimento, igualdade e justiça, há também a previsão do bem-estar, ou seja, a felicidade da sociedade brasileira (PATRICK, 2015, p. 06).

Leal (2013, p. 222-229) ressalta que embora a nossa Constituição Federal não utilize

o termo felicidade, seu texto contém diversos dispositivos que versam sobre "bem-estar", expressão utilizada pela doutrina contemporânea – *well-being* – de modo a denominar a felicidade de forma mais branda. Ademais, o ideal de segurança, que permeia inúmeros pontos da Carta Política, compõe o suporte fático de felicidade a fim de garantir estabilidade aos indivíduos, bem como condições mínimas de discernimento e liberdade para que efetivem suas aspirações ou preferências legítimas.

Outrossim, o direito à felicidade não encontra seu sustentáculo constitucional exclusivamente no princípio da dignidade da pessoa humana, mas se relaciona a diversos direitos fundamentais consignados na Carta Magna, consoante entendimento de Leal (2013, p. 222-229):

> Quando a constituição fala de liberdade, ela abre espaço para o direito à busca da felicidade. Ao tratar de direitos sociais ou demais itens que trazem segurança ao indivíduo, ela formula um convite ao direito prestacional à felicidade. Ao vedar a tortura ou tratamentos degradantes, ela afirma também que não tolera prazeres perversos. Quando fala de pluralismo, aceita que a sociedade fica melhor com a tolerância às minorias, pois tem seus debates enriquecidos por contrapontos constantes necessários ao avanço da humanidade. O que fica claro, portanto, é que a Constituição Federal de 1988 está repleta de poros capazes de absorver os projetos individuais de felicidade, bem como de ampliar a felicidade coletiva.

Muito embora, como se pôde perceber, existam doutrinadores que defendam a possibilidade de vislumbrar a felicidade – implicitamente – no texto Constitucional, é oportuno trazer as cognições provenientes da Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 19/2010, enquanto tentativa de abarcar expressamente o direito à busca da felicidade no *caput* do art. 6º da Constituição Federal.

De acordo com a "PEC da felicidade" apresentada pelo então Senador Cristovam Buarque, o art. 6º da Carta Constitucional deveria conter a seguinte redação:

> Art. 6º São direitos sociais, essenciais **à busca da felicidade**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Proposta de Emenda Constitucional n.19, de 07 de Julho de 2010, p.1, grifo nosso).

Segundo Simões e Horita (2014, p. 60), a importância da referida Proposta de Emenda Constitucional se encontra no fato de atribuir ao direito à busca da felicidade uma feição de direito fundamental social, fortalecendo, assim, os demais direitos que o acompanham.

Nessa perspectiva, ainda que os projetos de inclusão da "PEC da Felicidade" tenham sido arquivados, tanto no Senado Federal (n. 19/2010) quanto na Câmara dos Deputados (n.

513/2010), a PEC evidenciou a relevância dos direitos sociais contidos no art. 6º da Carta Magna e reforçou a imprescindibilidade da busca da felicidade. Logo, na medida em que se garante moradia, saúde, educação, trabalho, bem como os demais direitos do citado dispositivo, são asseguradas condições - mesmo que mínimas - para que cada pessoa procure por sua felicidade, posto que não estará desamparada quanto ao que lhe é essencial (SIMÕES; HORITA, 2014, p.61).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se manifestado - no intuito de fazer valer as disposições constitucionais - pelo reconhecimento e adoção do direito à busca da felicidade, conforme se pode verificar no relato do Ministro Celso de Mello, que proferiu o seguinte entendimento:

> O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. **Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgamento em 16/08/2011, DJe-164 de 26/08/2011, p.3, grifo nosso).

Ademais, no julgamento do Agravo de Instrumento – AI n. 548.146/AM, onde se discutiu o cabimento do adicional de 20% do salário conferido a um servidor público aposentado do Estado do Amazonas, o Relator, Ministro Carlos Velloso, considerou a busca da felicidade como princípio implícito no ordenamento jurídico, e fundamentou-se nele para consolidar a aplicação do princípio da boa-fé e embasar sua decisão, nestes termos:

> Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz (Agravo de Instrumento n. 548.146/AM. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgamento em 22/12/2005, DJe-30 de 10/02/2006, n.p).

Nessa lógica, perante o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – STA n. 223 AgR/PE, o STF igualmente se valeu da aplicação do direito à busca da felicidade

(BRASIL, 2008). Conforme explica Guedes (2014, p. 09-10), na demanda, um jovem universitário, que ficou paraplégico em decorrência de um assalto sofrido em via pública, pleiteou junto à justiça pernambucana o custeio, pelo Estado, da implantação de marca-passo para que pudesse respirar sem o auxílio de aparelhos.

Quando do julgamento, a Corte Suprema proferiu, por maioria, a seguinte inteligência:

> [...] a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, **o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana** (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgamento em 12/03/2008, DJe-049 de 18/03/2008, n.p, grifo nosso).

Cabe ainda mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), de igual modo, tem firmado jurisprudência orientando decisões com base no princípio da busca da felicidade (BRASIL, 2014).

Dessa forma, é possível depreender que os julgados dos tribunais superiores fomentam um caminho ser seguido pelos juízes e tribunais nacionais, no sentido de conduzirem suas decisões em consonância ao princípio da busca da felicidade, enquanto consectário da dignidade da pessoa humana.

2.1. PERSPECTIVAS DO DIREITO À FELICIDADE A PARTIR DE SUA APLICAÇÃO JURÍDICA

Conforme ensina Saul Tourinho Leal (2013, p. 206-218), é possível compreender o direito fundamental à felicidade, mediante sua aplicação jurídica, a partir de duas vertentes que serão neste tópico exploradas: o viés *liberal* ou *negativo* do direito à busca da felicidade, e o viés *positivo* ou *prestacional* do direito à felicidade.

Quanto à primeira faceta, o viés *liberal* ou *negativo* do direito à busca da felicidade assume duas concepções, quais sejam: a exigência de uma conduta “omissiva” do Estado e particulares no sentido de não frustrarem ilicitamente os projetos pessoais e escolhas legítimas de cada indivíduo; e toda pessoa é livre para deliberar sobre as questões de sua vida, contanto que seus desejos e preferências não se expressem, ilicitamente, na forma de prazeres perversos - ferindo a dignidade da pessoa humana – nem exorbitem a esfera de proteção jurídica dos demais cidadãos (SOUZA; RAMOS; CORDEIRO, 2018, p. 120-121).

No que tange o viés *positivo* ou *prestacional* do direito à felicidade, este implica numa conduta positiva do Estado, disponibilizando ao indivíduo os meios e condições que o possibilitem concretizar suas aspirações de felicidade (GUEDES, 2014, p. 18).

Nesse sentido, complementa Leal (2013, p. 209) ao enfatizar que:

> Por essa perspectiva, o Estado não deve simplesmente cruzar os braços permitindo que o indivíduo exerça o seu direito à busca da felicidade, que é a acepção negativa ou liberal do direito à felicidade. O direito prestacional à felicidade invoca uma atuação do Estado de modo a fornecer ao indivíduo instrumentos que o auxiliem na consecução do seu projeto de satisfação de suas preferências ou desejos legítimos.

É possível observar que essa ideia de atuação positiva estatal, identificada pelos utilitaristas clássicos como felicidade, ganhou uma nova roupagem pelo utilitarismo moderno na forma de bem-estar social, terminologia constante, inclusive, na Constituição Federal de 1988. No referido documento, o significado da expressão "bem-estar social" é semelhante ao proposto por Jeremy Bentham (1784-1832) que o conceituou como o anseio das pessoas por segurança, compreendendo alimentação adequada e abrigo, bem como proteção contra fortuitas hostilidades (SOUZA; RAMOS; CORDEIRO, 2018, p. 120-121).

Dessa forma, Mulgan (2012, p. 40) entende que ao Estado incube a responsabilidade de garantir que nenhuma pessoa se encontre desamparada, de forma que todos disponham de acesso, prioritariamente, à saúde e à educação, de modo que atendam as suas próprias necessidades de segurança, e desfrutem de "precondições de uma vida que valha a pena" (MULGAN, 2012, p. 88).

Nessa cognição, o estado do bem-estar social e o direito ao mínimo existencial atuam conjuntamente para propiciar ao indivíduo mais segurança, que é um dos componentes caracterizadores da felicidade (LEAL, 2013, p. 210).

Outrossim, ainda que não esteja explicitamente positivado na Constituição Federal, o direito à felicidade encontra-se tutelado pelo direito ao mínimo existencial, composto pelas condições materiais essenciais à existência – e núcleo duro da dignidade da pessoa humana – dentre as quais se encontram a garantia do direito à alimentação, moradia e saúde, para além dos pressupostos indispensáveis à sadia qualidade de vida, tais como descanso, lazer, vida familiar e vida pessoal (FERREIRA, 2018, p. 85-105).

Contudo, é imperioso ressaltar que o mínimo existencial atua como um fator ampliador de liberdades, mas não assegura, por si só, que os indivíduos alcancem suas aspirações pessoais, e desse modo, a felicidade. Com isso, depreende-se então que a garantia do mínimo existencial fomenta a busca da felicidade, mas com ela não se confunde (LEAL, 2013, p. 212-213).

À vista disso, os direitos prestacionais (ou de cunho social) possuem substancial importância no estabelecimento das condições fundamentais para que o indivíduo busque sua felicidade, na media em que impulsionam a criação, por parte do Estado, de "instrumentos possibilitadores da majoração direta na felicidade das pessoas" (LEAL, 2013, p. 211) e demandam a realização de políticas públicas, bem como a adoção de medidas que concretizem a implementação e o exercício dos citados direitos (SIMÕES; HORITA, 2014, p. 67-69).

Por todo o exposto, o tópico que se segue irá explorar as nuances do liame existente entre felicidade (e sua busca) e sadia qualidade de vida.

3. A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE FELICIDADE E QUALIDADE DE VIDA

Inicialmente, cumpre observar que, em semelhança à dificuldade de definição do que vem a ser felicidade, é igualmente árduo se chegar a um conceito ou acepção de um conteúdo jurídico para qualidade de vida, em decorrência dos elementos de caráter subjetivo que compreendem sua noção. Contudo, é indispensável trazer à baila o conjunto das principais investidas que intentam expressar o arcabouço axiológico do que se pode entender por uma vida com qualidade.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a qualidade de vida é definida como as percepções de cada indivíduo relativamente à sua posição de vida, no âmbito dos sistemas de cultura e de valores em que vive, e no que tange às suas expectativas, padrões, metas e preocupações. Nesse sentido, o citado conceito abrange, de forma complexa, a saúde física, e também valores não materiais, tais como o estado psicológico, o nível de independência, as relações sociais, o amor, a liberdade, a realização pessoal, a felicidade e o relacionamento com características que se evidenciam no ambiente (OMS, 1998).

Dessa forma, percebe-se que a interpretação acima exposta realça uma perspectiva da qualidade de vida enquanto uma avaliação subjetiva, englobando dimensões positivas e negativas, que se funda no contexto cultural, social e ambiental. Nessa conjuntura, a OMS estabeleceu seis domínios mais amplos que retratam os aspectos primordiais da qualidade de vida presentes em diversas culturas, quais sejam: um domínio físico (energia, fadiga); um domínio psicológico (sentimentos positivos); o nível de independência (mobilidade); as relações sociais (apoio social prático); o ambiente (acessibilidade à atenção à saúde); e as crenças pessoais/espiritualidade (sentido da vida). (OMS, 1998).

Conforme leciona Pelicioni (1998, p. 22), a qualidade de vida, na percepção supra empreendida, induz ao indivíduo a noção de que suas necessidades estão sendo atendidas e que não lhes é obstado buscar a felicidade, assim como a plenitude, concernentes ao seu status de saúde física e psicológica, ou às condições sociais e econômicas.

Coimbra (1985) ao desenvolver o tema, reconhece a qualidade de vida como a expressão que indica o grau de satisfação alcançado pelos indivíduos ou população, quanto às suas necessidades reputadas fundamentais. Desse modo, o mencionado termo representa a totalidade dos fatores resultantes da interação entre sociedade e ambiente, alcançando a vida no tocante às suas necessidades biológicas, psíquicas e sociais intrínsecas e/ou supervenientes.

Outrossim, é válido elucidar que a qualidade de vida se correlaciona, de igual modo, ao direito fundamental à vida. Jampaulo Júnior (2007, p. 10), a respeito do assunto, explica que a expressão "direito à vida" contém três cognições passíveis de tutela no texto constitucional, quais sejam: direito de permanecer vivo; direito de se ter uma vida digna quanto à subsistência; e direito fundamental à qualidade de vida.

Por conseguinte, à medida em que não se pode conceber direito sem vida, esta figura como fonte primária de todos dos demais bens jurídicos (JAMPAULO JÚNIOR, 2007, p. 06), e por essa perspectiva, a primeira acepção do direito à vida se traduz no direito de existência, descrito por José Afonso da Silva (2008, p. 198) como "[...] direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte".

No tocante à segunda acepção, Mota e Spitzcovsky (1999, p. 291-292) sustentam que o direito à vida trata das condições mínimas de sobrevivência compatíveis com a dignidade humana, onde se incluem os direitos relativos ao trabalho remunerado, saúde, alimentação, cultura, habitação, educação, lazer, dentre outros. Por essa ótica, o direito à vida suscita uma conduta Estatal que ampare as pessoas que não disponham dos meios necessários ao seu sustento, de modo a lhes oportunizar uma vida saudável (TAVARES, 2003, p. 399).

Quanto ao terceiro desdobramento do direito à vida - precípuo à temática desenvolvida na presente pesquisa - dele se pode extrair que para além do amparo ao direito de continuar vivo e ao direito a uma subsistência digna, deve ser assegurada, igualitariamente, *qualidade de vida*, porquanto *"*só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida" (MIRANDA, 1998, p. 169).

Nessa lógica, integram-se ao conteúdo axiológico e aos bens jurídicos tutelados pela qualidade de vida, os direitos individuais, sociais e coletivos conexos à vida, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana em seu sentido material, ou seja, os quesitos básicos para que ao homem sejam ofertados os recursos possuídos pela sociedade para a perpetuação de uma existência digna, e meios para que desenvolva suas potencialidades (FARIAS, 2000, p. 51-52).

Concorda o entendimento acima exposto Jampaulo Júnior (2007, p. 22), ao prescrever:

> [...] a qualidade de vida, com toda a generosidade de interpretação que for possível lhe atribuir, deve ser levada em conta, uma vez que a dignidade da pessoa humana também busca uma vida com qualidade. Sem esse atributo, a vida não pode ser considerada digna em seu aspecto material.

Contudo, não obstante seja imprescindível garantir "um piso vital mínimo", traduzido pela conjuntura elementar de condições que permitam ao indivíduo gozar de qualidade de vida, substancial à busca da felicidade (MELO; FERREIRA, 2018, p. 14), enquanto a dignidade da pessoa humana se vale do mínimo existencial como forma de viabilização da dignidade, o direito à felicidade e aos meios de alcançá-la vai além, utilizando o referido patamar mínimo como plataforma inicial, rumo ao desenvolvimento humano em suas mais elevadas acepções, cujos resultados urgem o desfrute por toda a sociedade (LEAL, 2013, p. 213).

Ademais, é possível observar ainda que a qualidade de vida encontra fundamento em diversos documentos internacionais, fato que pode ser constatado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em seu art. 25:

> §1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, n.p).

De igual modo, a Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972) estabelece o vínculo entre o desfrute de uma vida com qualidade e o meio ambiente sadio, na medida em que preceitua:

> Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...].
> [...]
> Princípio 8 - O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida (ONU, 1972, p. 02-03).

Nesse seguimento, no âmbito da ordem jurídica interna, o art. 225 da Constituição Federal é assertivo ao dispor que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, imprescindível à sadia qualidade de vida (BRASIL, 1988).

Por esse ângulo, o meio ambiente não se limita ao suprimento das necessidades de ordem física, mas também possibilita o crescimento e o desenvolvimento de cada pessoa em seus mais amplos aspectos, ao fomentar condições adequadas para que usufruam de uma vida sadia e em elevados níveis de qualidade (DROMI, 1997, p. 266-267).

Conforme ensinam Fiorillo e Rodrigues (1997, p. 23-24), no texto da Carta Constitucional brasileira de 1988 é patente a proteção aos diversos enfoques ambientais, notadamente, o Meio Ambiente Natural, Meio Ambiente do Trabalho, Meio Ambiente Artificial e Meio Ambiente Cultural. Nesse sentido, complementam os autores associando tais vertentes à qualidade de vida:

> [...] ao usar a expressão sadia **qualidade de vida**, o legislador constituinte optou por estabelecer dois objetos de tutela ambiental: **um imediato**, **que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida** (FIORILLO; RODRIGUES, 1997, p. 23-24, grifo do autor).

Outrossim, embora se possa depreender - a partir de uma interpretação meramente gramatical do texto constitucional - que a expressão "qualidade de vida" vincula-se exclusivamente ao meio ambiente, tal assertiva não é verdadeira, posto que a partir de uma interpretação teleológica, consoante as lições de Diniz (2000, p. 270), a qualidade de vida pode ser percebida como circulante pela Carta Constitucional em conjunto com os demais direitos fundamentais. Assim, Jampaulo Júnior (2007, p. 38) assevera ser indispensável que "todo ser humano busque, consiga e tenha garantido constitucionalmente como direito fundamental a qualidade de vida", que vai muito além de sua relação com o meio ambiente.

Sirvinskas (2003) compactua com essa inteligência ao defender a tese de que a qualidade de vida se trata de um direito fundamental a ser pretendido pelo Poder Público e coletividade, ainda que não esteja inserido expressamente no art. 5º da Constituição Federal.

Já para Fiorillo (2013, p. 173-174), a compreensão de "essencial à sadia qualidade de vida", associada ao direito ambiental, tem por intuito tutelar o ser humano, e de forma mediata, amparar demais valores inseridos na Lei Fundamental. Dessa forma, deve-se entender o que é essencial a partir da adoção de um padrão mínimo de interpretação do art. 225 da Constituição Federal, em consonância com o art. 1º que versa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, e art. 6º do mesmo documento, que estabelece, no rol dos direitos sociais, um "piso

vital mínimo" a partir dos seguintes direitos: direito à educação; à saúde; ao trabalho; à moradia; ao lazer; à segurança; à proteção; à maternidade; à infância; e aos desamparados, à assistência.

A partir das citadas percepções, infere-se que a qualidade de vida, enquanto direito fundamental, encontra estreita ligação com o direito à busca da felicidade, posto que não é possível ser feliz sem que se garantam as mínimas condições à cada indivíduo existir dignamente, ou sem a tutela jurídica dos direitos individuais, sociais e coletivos relacionados à vida. Nesse contexto, a qualidade de vida evoca o mínimo existencial para uma vida humana digna, e fornece a base para que cada pessoa disponha de paridade de instrumentos na concretização de suas aspirações e realizações pessoais, desse modo, buscando e alcançando sua felicidade. Assim, enquanto a qualidade de vida estabelece o "piso vital mínimo", o princípio da busca da felicidade se vale deste direito fundamental como patamar inicial para proporcionar e efetivar o máximo, no que tange o desenvolvimento e satisfação dos sonhos e desejos individuais.

À vista disso, López Ramón (1994, p. 125-147) salienta o vinculo existente entre felicidade e qualidade de vida ao asseverar:

> A qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida.

Por todo o exposto, a qualidade de vida figura verdadeiro direito fundamental decorrente do direito à vida em sua terceira acepção, e embora não conste expressamente em outros pontos do texto constitucional, além do art. 225, permeia na consolidação dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos políticos, de modo a permitir aos indivíduos as condições essenciais para que realizem seus projetos de vida e anseios pessoais, exercendo o direito à busca da felicidade. Tal direito/princípio efetiva a sadia qualidade de vida, ao requerê-la como essencial no estabelecimento de um "conteúdo mínimo" necessário para que cada pessoa se revista de dignidade, e assim, possa lograr a sua felicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa pôde constatar que não obstante a felicidade possua difícil conceituação, ela se materializa de forma singular a cada indivíduo, que lhe atribuí sentido próprio quando de sua busca ou concretização. Nesse entendimento, a busca pela felicidade consiste, substancialmente, no anseio por melhores condições de vida, isto é, em qualidade de

vida, possível na medida em que se garanta o mínimo de condições necessárias para que toda e qualquer pessoa desfrute de uma vida humana digna, e obtenha os meios de realização de seus projetos de felicidade.

Neste trabalho foi possível identificar, também, que o direito à busca da felicidade já se encontra presente em ordenamentos jurídicos de diversos países, e no âmbito interno, ainda que infrutífera a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 19/2010 enquanto tentativa de abarcar expressamente o citado direito, a busca da felicidade pode ser percebida na Constituição Federal de 1988, mediante o emprego de técnicas hermenêuticas, em razão do referido texto constitucional sinalizar o advento da democracia e a conquista de vários direitos sociais e trabalhistas.

Por consequência, no intuído de proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais basilares à realização humana em seus mais amplos aspectos, os tribunais superiores têm reconhecido e adotado o direito à busca da felicidade como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a encorajar juízes e tribunais nacionais a conduzirem suas decisões em consonância à atual cognição jurisprudencial.

Ademais, restou evidenciado que o direito fundamental à felicidade possui um *viés liberal* ou *negativo*, que se traduz na exigência de uma conduta "omissiva" do Estado e particulares de modo a não frustrarem ilegitimamente os projetos pessoais e escolhas legítimas de cada indivíduo, e também possui um viés *positivo* ou *prestacional*, ao suscitar do Estado uma atuação positiva disponibilizando ao indivíduo os meios e condições que o possibilite concretizar suas aspirações de felicidade.

Nesse seguimento, ainda foi possível perceber que o princípio da busca da felicidade encontra estreita ligação com o direito fundamental à qualidade de vida, na medida em que este último revindica o mínimo existencial a uma vida humana digna, e fornece bases para que cada pessoa disponha de paridade de instrumentos no desempenho de seus projetos e desejos de vida, e desse modo, busque e alcance a felicidade.

Por todo o exposto, foi atingido o objetivo da presente pesquisa, pois se analisou o desenvolvimento conceitual do princípio da busca da felicidade e sua relação com o direito fundamental à sadia qualidade de vida, à medida que o reputa essencial no estabelecimento de um "conteúdo mínimo" necessário para que cada pessoa se revista de dignidade, e assim, possa atingir a sua felicidade.

REFERÊNCIAS

[Digite aqui]

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do*. Congresso Nacional, Brasília, 1998.

_____. *Proposta de Emenda Constitucional n.19, de 07 de julho de 2010*. Arquivada em 23/12/2014. Disponível em:<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.348.458/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgamento em 08/05/2014, DJe 25/06/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25178200/recurso-especial-resp-1348458-mg-2012-0070910-1-stj/inteiro-teor-25178201>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 548.146/AM*. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgamento em 22/12/2005, DJe-30 de 10/02/2006. Disponível em:< https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784618/agravo-de-instrumento-ai-548146-am-stf >. Acesso em: 07 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE*. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Relatora originária: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgamento em 12/03/2008, DJe-049 de 18/03/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 477.554*. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgamento em 16/08/2011, DJe-164 de 26/08/2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/re-477554-agr-ementa.pdf>. Acesso em: 07 de julho de 2019.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente*. São Paulo:Cetesb, 1985.

CONKLIN, Carli N. The origins of the pursuit of happiness. *Washington University Jurisprudence Review*, Washington, v. 7, n. 2, p. 195-262, 2015. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=law_jurisprudence>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DA VIRGÍNIA, 1776. *Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776*. Disponível em:< http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Acesso em: 02 de julho de 2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* a*provada pela Assembleia Nacional Constituinte em 26 de agosto de 1789*. Disponível em:< http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3% A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-

at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776. *Declaração da Independência Americana aprovada pelo Congresso Continental em 04 de julho de 1776*. Disponível em:< https://pauloacbj.fandom.com/pt-br/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Independ%C3%AAncia_dos_Estados_Unidos_da_Am%C3%A9rica_(1776)>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Disponível em:< http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DROMI, Roberto. *Ciudad y Municipio.* 1. ed. Fundacion Centro de Estúdios Políticos Y Administrativos. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos:* a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2000.

FERREIRA, Marie Joan Nascimento. *Inferências ao princípio da busca da felicidade no meio ambiente do trabalho*. 2018. 114f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O direito social à felicidade. *LTr: Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, v.77, n. 5, p. 529-535, maio. 2013.

GUEDES, Enio Eduardo Ferreira Franco. O direito à busca da felicidade como direito social fundamental. 2014. 29f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

JAMPAULO JÚNIOR, João. *Qualidade de vida, direito fundamental uma questão urbana*: a função social da cidade. 2007. 206f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à Felicidade:* História, Teoria, Positivação e Jurisdição. 2013. 357f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. El Derecho Ambiental como Derecho de la función publica de protección de los recursos naturales. *Revista de derecho ambiental*, [*s. l.*], n.13, p.37-60, 1994.

MELO, Sandro Nahmias; FERREIRA, Marie Joan Nascimento. O princípio da busca da felicidade e o meio ambiente do trabalho. *Revista Nova Hiléia*, Manaus, v. 2, n. 3, p. 1-21, jul./dez. 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo IV, Direitos Fundamentais, 2. ed. reimp. Portugal: Coimbra Editora, 1998.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012. (Série Pensamento Moderno).

OLIVIERI, Antônio Carlos. Filosofia e felicidade*:* o que é ser feliz segundo os grandes filósofos do passado e do presente. *UOL*. São Paulo, 20 de nov. de 2012. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-e-felicidade-o-que-e-ser-feliz-segundo-os-grandes-filosofos-do-passado-e-do-presente.htm#foto Nav=3>. Acesso em: 08 de julho de 2019.

ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. *In: Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano.* Estocolmo, 1972. 6 p.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Glossário de promoção da saúde*. Genebra, 1998.

PELICIONI, Maria Cecília Focesi. Educação ambiental, qualidade de vida e sustentabilidade. *Saúde e Sociedade*, [*s. l.*], v.7, n.2, p.19-31, 1998. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010412901998000200003&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

PLATÃO, *A República*. Texto Integral. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1997.

SANTOS, Patrick da Silva. Direito à felicidade na constituição brasileira de 1988: utopia ou realidade?. *Instituto Brasiliense de Direito Público (IBDP)*, Brasília, v.2, n. 31, p. 1-13, 2015. Disponível em: < https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/1112/686>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

SILVA, Erick Winer Resende. *O direito à busca da felicidade*: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles. 2013. 135f. Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, Melrian Ferreira da Silva; HORITA, Fernando Henrique da Silva. Direito à busca da felicidade: uma breve reflexão sobre direitos fundamentais sociais e políticas públicas. *Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM [REGRAD]*, Marília, n.1, p. 56-72, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. Direito à Felicidade: Análise Principiológica e Desdobramentos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.13, n.2, p. 100-137, ago 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TIBURI, Márcia Angelita. A felicidade é coletiva. *Revista Vida Simples*, São Paulo, p. 50-51, maio. 2007.

VEENHOVEN, Ruut. Is happiness relative? *Social Indicators Research*, v**.** 24, p. 1-34, 1991. Disponível em:< https://www.researchgate.net/publication/227069744_Is_Happiness_Relative>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

A RESTRIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO AIRBNB PELA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO

THE RESTRICTION OF USE OF AIRBNB BY THE CONDOMINIUM CONVENTION

Bernardo Silva de Seixas[1]
Yasmin Lemos Cabral[2]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o entendimento das questões relacionadas ao condomínio e o Airbnb, apresentando ambos os conceitos, características e entendimentos próprios, destacando o confronto de prerrogativas individuais e coletivas, em especial o direito à propriedade e seu cabimento nos casos concretos. A indispensável regulamentação da plataforma virtual dentro dos condomínios é a principal finalidade do artigo, considerando os diversos conflitos por todo país e as decisões divergentes de magistrados no Poder Judiciário brasileiro. Este artigo foi elaborado conforme o método hipotético-dedutivo, procedimento monográfico, documentação indireta e levantamento constitucional, legal e bibliográfico. O condomínio e o direito à propriedade estão fundamentados na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil Brasileiro, razão pela qual, serão utilizadas a Legislação brasileira, Jurisprudências e Doutrinas Jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: CONDOMÍNIO; AIRBNB; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITO À PROPRIEDADE.

ABSTRACT

This article aims to estimulate the understanding of issues related to the Condominium and Airbnb, presenting both concepts, characteristics and own understandings, highlighting the confrontation of individual and collective prerogatives, in particular the right to property and its appropriateness in specific cases. The indispensable regulation of the virtual platform inside the condominiums is the main purpose of the article, considering the various conflicts across the country and the divergent decisions of magistrates in the Brazilian Judiciary. This article was prepared according to the hypothetical-deductive method, monographic procedure, indirect documentation and constitutional, legal and bibliographic survey. The condominium and the right to property are based on the Federal Constitution of 1988 and the Brazilian Civil Code, which is why Brazilian legislation, Jurisprudences and Legal Doctrines will be used.

KEYWORDS: CONDOMINIUM; AIRBNB; FUNDAMENTAL RIGHTS; RIGHT TO PROPERTY.

[1] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Processual Constitucional e Garantia de Direitos pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito da Universidade Federal do Amazonas e do CIESA. Professor de Graduação em Direito da UFAM e CIESA. Advogado licenciado. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

[2] Discente do Curso de Direito do CIESA. E-mail: yasmin_ycabral@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O atual estágio da sociedade encontra-se fortemente influenciado pelo uso de tecnologias no cotidiano das pessoas. Assim, atualmente, bastam pequenos toques na tela de um aparelho eletrônico para solicitar um motorista particular, um alimento ou, até mesmo, alugar uma residência ou um espaço privativo para exercer a moradia.

A temática deste artigo abordará a questão referente ao uso das plataformas digitais, em especial o *Airbnb*, para locação de imóveis por proprietários de unidades habitacionais autônomas inclusas em condomínios edilícios.

O tema em questão foi escolhido com o propósito de alertar sobre a importância da discussão relativa ao Condomínio e o Airbnb, principalmente quando ocorre o conflito de direitos fundamentais, pois existem convenções de condomínio restringindo os direitos dos proprietários de unidade habitacional autônoma em locar sua propriedade ou parcela dela.

Além disso, o STJ, no Recurso Especial (RESP) n. 1.819.075, encontra-se debruçado sobre esta temática em razão deste conflito abranger tanto os conceitos fundamentais elencados na Constituição Federal da República, como também na seara do direito civil brasileiro, pois tangencia tanto o direito de propriedade como o condomínio edilício e a convenção de condomínio regulamentado pelo Código Civil.

O objetivo geral é demonstrar a necessidade de uma regulamentação própria adequada para o uso do aplicativo Airbnb dentro dos condomínios, ou seja, apresentar de forma mais específica, como uma regulamentação própria das plataformas virtuais dentro de condomínios fechados pode evitar conflitos entre moradores e usuários e, consequentemente, poupar possíveis conflitos judiciais que podem ocasionar decisões divergentes em todo país.

Os objetivos específicos são: descrever os conceitos, características e entendimentos individuais relativos ao condomínio e o Airbnb; Verificar o confronto de direitos individuais e coletivos; Analisar as correntes de pensamento relativas à finalidade da plataforma e em qual lei do ordenamento jurídico se encaixaria.

Além disto, as indagações relativas à problemática que se tentará buscar neste presente artigo diz respeito se: Qual a natureza jurídica de um condomínio no ordenamento jurídico brasileiro? É possível a restrição de direitos à propriedade no Brasil? A Convenção Condominial poderá restringir o uso da plataforma Airbnb nos condomínios pelos proprietários de unidade habitacional autônoma? É proporcional a proibição genérica que impede a disposição de parcela da unidade habitacional autônoma para terceiros via AIRBNB?

A metodologia utilizada neste trabalho será a hipotética dedutiva, pois, no decorrer do texto, serão abordados três tópicos, discutindo sobre o uso da plataforma dentro dos condomínios, como a restrição prevista em convenção pode confrontar o direito à propriedade, além do direito de vizinhança e quais as suas prováveis soluções para os conflitos dos casos concretos.

O primeiro tópico "Direito Civil Constitucional", remete ao leitor o conhecimento do direito civil e constitucional, principalmente ao direito de propriedade, que é de suma importância para o entendimento do caso a ser tratado, tendo em vista a sua aplicação em todos os casos concretos envolvendo a temática.

O segundo tópico "Condomínio e o Airbnb", trará os conceitos, características, classificações, de cada um, dados tanto pela legislação brasileira quanto por doutrinadores. Tais conceitos serão relevantes para a compreensão da problemática e formação de correntes de pensamentos relativas à finalidade da plataforma.

O último tópico "As limitações aos condôminos impostas pela Convenção de Condomínio", abordará os aspectos da plataforma dentro dos condomínios fechados, quais as possíveis restrições se houver a vedação quanto ao uso da plataforma e as viáveis soluções para os conflitos.

Assim, este artigo irá apresentar pontos importantes para o conhecimento da temática tratada, simplificando a compreensão do leitor, mediante conceitos, exemplificações, jurisprudências e doutrinas.

1 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Tradicionalmente, as relações jurídicas privadas eram regulamentadas por codificações civilísticas, por influência do Código Civil Francês do Século XVIII, que compilou diversos institutos jurídicos em um mesmo diploma legal para evitar insegurança jurídica nas relações privadas. É o estágio em que as codificações regulamentadoras das relações entre particulares eram a constituição do direito privado.

Neste diapasão, a interpretação e aplicação do Direito Privado foram feitas de maneira isolada sem ter em consideração outros diplomas normativos, com aplicação de princípios hermenêuticos e regras próprias, tendo, no Brasil, o Código Civil de 1916 um viés extremamente patrimonialista, haja vista a influência dos ideais liberais do Século XVIII.

Contudo, antes da vigência do atual Código Civil, a Constituição Federal de 1988, assumiu o ápice do ordenamento jurídico-normativo brasileiro, influenciando em todos os atos

normativos expedidos pelo Estado, portanto, modificando, substancialmente, a forma de aplicação do Direito Civil, já que este também é um ato normativo infraconstitucional.

Com a entrada em vigor, em 2003, do atual Código Civil, houve uma modificação de paradigma da codificação privada, este, ao invés de conceder proteção máxima ao patrimônio e a propriedade, valores que influenciaram a codificação anterior, veicula, também, normas para proteção da pessoa humana e, principalmente, de seus direitos da personalidade, sem olvidar, contudo, da extensa regulamentação, ainda aplicada aos institutos jurídicos ligados ao patrimônio e à propriedade. Destarte, o Código Civil detém normas de proteção ao patrimônio, todavia, não foi omisso quanto aos direitos da personalidade do indivíduo nas suas relações privadas, sendo esses uma das principais inovações da atual codificação.

Esta importante modificação valorativa da regulamentação privada, somada ao fato que a Constituição Federal também prevê institutos jurídicos eminentemente privados, tal como a responsabilidade civil e o direito à propriedade, dentre outros, em seu texto propagou, no Brasil, a doutrina do Direito Civil Constitucional. Para Anderson Schreiber (2013, p. 06) esta doutrina significa

> [...] corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição [...] as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares [...]. Trata-se [...] de superar a segregação entre a Constituição e o Direito Civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial os valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Tal teoria, contudo, não teve sua gênese no direito brasileiro. É na Itália que se encontra o nascedouro desta metodologia jurídica que aplica normas constitucionais ao direito privado, tendo como seu principal expoente Pietro Perlingieri, sendo que no país de origem tal teoria recebeu a denominação de Direito Civil na Legalidade Constitucional. Portanto, o Código Civil e as relações privadas não podem ser interpretadas e aplicadas de maneira isolada, como se estivéssemos, ainda, no século XVIII onde somente a codificação privada tivesse o escopo de resolver todas as questões referente à relação indivíduo/indivíduo, atualmente, deve-se interpretar e aplicar o Código Civil observando as finalidades e limitações imposta pelas normas constitucionais, que em caso de confronto deve-se aplicar estas em detrimento dos dispositivos contidos no código civil.

Citado no que consiste, de fato, o direito civil constitucional e sua origem doutrinária, impõem-se frisar quais são as modificações para o Direito Privado com a aplicação desta

constitucionalização das relações intersubjetivas privadas. Na esteira de Perlingieri (2008, p. 591) com a aplicação das normas constitucionais ao Direito Civil

> Abre-se para o civilista um vasto e sugestivo programa de investigação, que se propõe a realização de objetivos qualificados: individualizar um sistema de direito civil mais harmonizado com os princípios fundamentais e, em particular, com as necessidades existenciais da pessoa, redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, destacando os seus perfis funcionais, em uma tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor; verificar e adequar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de fato à legitimação etc.), em um esforço de modernização do instrumentário e, especialmente, da teoria da interpretação.

Destarte, com aplicação desta teoria ao Código Civil brasileiro, vislumbra-se uma transformação deste ramo jurídico, permitindo-se que a tutela da pessoa humana seja alcançada também pela aplicação das regras do direito civil, ampliando a proteção do indivíduo em todas as suas relações jurídicas, seja com o Estado, onde há uma subordinação jurídica, seja com um igual, onde se verifica uma cooperação jurídica entre os polos que formam a relação intersubjetiva, elevando, ainda mais, o rol de proteção da pessoa humana e evitando-se quaisquer forma de transgressão aos direitos do indivíduo.

Todavia, esta compatibilização entre o Código Civil e a Constituição Federal não foi feita de forma harmoniosa, haja vista que, inicialmente, houve conflitos entre a Constituição e o Código Civil com a proteção daquele de institutos tradicionalmente destinados à codificação privada, sendo um exemplo desta dicotomia e contraposição o instituto da propriedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, há época da promulgação do texto constitucional, havia uma incompatibilidade entre a função social da propriedade (art. 5ª, XXIII, CF/88) e o art. 524 da codificação revogada que estabelecia que o direito à propriedade era um direito absoluto, tendo como fundamento a codificação francesa do Séc. XVIII. Tal incompatibilidade é retratada por Schreiber (2013, p. 07) quando afirma que

> [...] enquanto a maior parte das constituições europeias do pós-guerra aludia à necessidade de que a propriedade privada cumprisse uma "função social" e se "tornasse acessível a todos", as codificações civis continuavam definindo a propriedade como um "direito de gozar e dispor da coisa, de modo pleno e exclusivo", sem qualquer referência a uma função "social". Não se tratava [...] de simples desatualidade das codificações civis, mas de um verdadeiro confronto de valores e ideologias, uma autêntica colisão axiológica entre Constituição e Código Civil.

Sendo o direito à propriedade um direito absoluto, à época da promulgação da Constituição, a noção de função social da propriedade era apenas uma declaração sem força

vinculativa ou eficácia para modificação das relações sociais, sendo, portanto, uma mera simbologia constitucional.

Contudo, na codificação vigente, no art. 1.228, § 1ª, há a resolução deste conflito quando se limita o uso da propriedade, então direito absoluto, à finalidade social e econômica, nesses termos

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
> §1 O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Portanto, para aplicação do Direito Civil Constitucional não basta interpretar as normas constitucionais e aplicá-las às relações privadas ou, simplesmente, prevê no texto constitucional institutos jurídicos privados, tal como a propriedade, há a necessidade de se fazer uma compatibilização axiológica entre aquilo que se encontra na Constituição e a lei ordinária civil com o escopo de se atingir a finalidade contida no texto constitucional quanto à proteção da pessoa.

No Brasil houve a oportunidade de adequar, por intermédio do Poder Legislativo, o direito privado aos ditames constitucionais com a publicação do atual Código Civil, contudo, em que pese alguns avanços desta na seara dos direitos da personalidade e na questão tocante à propriedade, conforme alhures mencionado, não houve uma aceitação ampla da atual codificação privada à teoria do Direito Civil Constitucional. Corrobora este entendimento a crítica de Schreiber (2013, p. 17) para quem o atual Código Civil

> [...] tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de "cópia malfeita" do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 70 [...] o novo código civil chega com um atraso de mais de três décadas e em flagrante descompasso com a Constituição. O Código Civil de 2002 não afastou (nem poderia) a necessidade de aplicação da Constituição às relações privadas. Ao revés, reforçou-a. pois sob o disfarce da novidade legislativa, a codificação de 2002 oculta a ideologia do passado. O patrimonialismo, o individualismo, o liberalismo, o voluntarismo continuam vivamente presentes no texto do "novo" Código Civil, em franca oposição ao solidarismo humanista consagrado no texto constitucional. A aparência da novidade não deve, portanto, nos iludir. Mais do que nunca, impõem-se a releitura do direito civil à luz da Constituição.

Destarte, se o Legislador não assumiu o ônus desta nova interpretação da legislação privada compete ao Poder Judiciário resolver questões atinentes à aplicação dos regramentos constitucionais a situações típicas da relação entre indivíduos.

Assim, demonstrado as influências do direito constitucional no ramo do direito privado, adentra-se a questão referente ao direito fundamental à propriedade e a sua limitação por meio da função social.

1.2 O Direito Fundamental À Propriedade

Os direitos fundamentais são previsões, normalmente constitucionais, que permitem que a pessoa humana exerça sua vontade na sociedade, que atue sem interferências estatais, desde que esta atuação respeite os limites impostos pelos direitos de outrem.

Se desenvolveram juntamente com a sociedade, sendo renovados ou criados dependente das circunstâncias fáticas que surgem com a evolução social e tecnológica. Não se pode precisar suas origens, mas tem, atualmente, relevância internacional com inúmeras assinaturas de tratados internacionais que impõem a observância pelos Estados signatários, havendo, inclusive, tribunais internacionais que julgam Estados ou pessoas que desrespeitam, reiteradamente, as disposições fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que os Direitos Fundamentais, não surgiram a partir do pensamento dos legisladores, mas sim, através de conquistas humanitárias, que foram aos poucos inseridas aos ordenamentos jurídicos dos diversos países e, reconhecidos e constitucionalizados pelos legisladores, sejam os constituintes originários, sejam os parlamentares ordinários que criam as regulamentações legais que as normas constitucionais necessitam.

Pode-se citar inúmeros preceitos que permitem o desenvolvimento humano sem interferências estatais, o direito à propriedade, à vida, liberdade, dentre inúmeros outros previstos em Constituições e convenções internacionais. A atual Constituição Federal brasileira é reconhecidamente um documento garantista em relação aos direitos fundamentais, neste sentido leciona Ingo Sarlet (2012, p. 63-64)

> Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. [...] Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.

Os Direitos Fundamentais não estão enumerados apenas no Título II da Constituição Brasileira, mas estão presentes em toda a Constituição, como exemplo temos o direito à saúde

e à educação, previstos nos Arts. 196 e 205. Tais direitos destinam-se a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil. Assim, até mesmo um estrangeiro não residente no país é destinatário da proteção constitucional. De acordo com Araújo e Nunes Júnior (2013, p. 153)

> Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)

Neste sentido, o Constituinte originário previu diversos direitos aos indivíduos que compõem o Estado brasileiro que se aplicam a inúmeros fatos jurídicos que ocorrem na sociedade.

Em relação ao direito de propriedade, essa garantia abrange a proteção do patrimônio, os direitos pessoais e as propriedades literárias e artísticas, como o direito do autor, além das invenções e das descobertas.

No decorrer do desenvolvimento histórico do direito de propriedade verificou-se uma transformação latente na questão referente aos poderes do proprietário.

No início, o direito de propriedade era exercido conforme seu titular bem entendesse, sem qualquer tipo de limitação por parte do Estado, contudo, sendo, portanto, ilimitados. O direito à propriedade foi assim exercido em virtude da necessidade de se impor limites aos Estado, vez que barreiras legais são necessárias para reduzir a força estatal frente à pessoa humana.

Contudo, abusos foram verificados com o uso ilimitado da propriedade, permitindo, por exemplo, uma concentração de propriedades imóveis para poucas pessoas em detrimento de grande parcela da população que não tem acesso aos bens imóveis.

Tanto é assim, que o art. 6º da Constituição Federal elege como direito fundamental o moradia, caracterizando-se como um direito de segunda dimensão em que impõe ao Estado a implementação de política públicas para concessão de direitos à pessoa humana relacionado com à propriedade.

Esta circunstância se comprova com a inclusão de novos direitos no rol do art. 1.225, CC, em que, muito recentemente, se incluiu dentre os direitos reais os seguintes direitos, nesses termos

> Art. 1.225. São direitos reais:
> I - a propriedade;
> II - a superfície;

> III - as servidões;
> IV - o usufruto;
> V - o uso;
> VI - a habitação;
> VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
> VIII - o penhor;
> IX - a hipoteca;
> X - a anticrese.
> XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
> XII - a concessão de direito real de uso; e
> XIII - a laje.

Assim, intervindo nesta questão, seja mediante a concretização do direito à moradia, seja limitando o próprio direito do proprietário, o Estado desenvolveu a teoria da função social da propriedade, onde se estabeleceram limites para o uso da propriedade, seja para evitar a concentração de propriedade com poucas pessoas, seja para a proteção ambiental ou para evitar situações de imóveis que não cumprem com a função que lhe destinam.

Dada a atribuição de função social pela Constituição Federal, é retirada a ideia individualista de propriedade e com isso, deixa de ser absoluto o seu exercício e remete à percepção de que tal direito deve oferecer uma utilidade à sociedade além da esfera privada. "Nesse sentido, a função social da propriedade é elemento integrador do conceito de propriedade como objeto constitutivo do mesmo, não confundindo com os elementos limitadores do direito de propriedade" (FERNANDES, 2011, p. 321).

Em razão disso, a CF/1988 traz

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Percebe-se, portanto, que no decorrer da evolução do direito de propriedade, houve o transcurso de um direito absoluto para um direito relativo, havendo restrições contidas no próprio texto constitucional, que são instrumentalizadas por meio do Código Civil.

A CF/88 limita o direito de propriedade urbana e rural, respectivamente, nos seguintes termos

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

> § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.
> § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
> I - parcelamento ou edificação compulsórios;
> II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.
>
> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, percebe-se que inexiste direito à propriedade de forma absoluta, existindo restrições e limitações para a busca do bem comum e a concretização da dignidade da pessoa humana.

Analisado a questão referente ao direito de propriedade, bem como a possibilidade de sua restrição, sob a ótica do direito civil constitucional, aborda-se a questão referente ao instituto do direito civil denominado condomínio, assim como a plataforma digital denominada AIRBNB.

2 O CONDOMÍNIO E O AIRBNB

Com o desenvolvimento da sociedade houve a modificação de comportamento quanto ao exercício de direito de moradia e a utilização da propriedade.

O Brasil iniciou seu desenvolvimento econômico-social no âmbito rural, onde os proprietários de terras exerciam grande influências nas tomadas de decisão do Estado brasileiro, todavia, as transformações sociais modificaram o local de domicílio do brasileiro, pois com a forte industrialização e o desenvolvimento das cidades, a população que residia no campo migrou para as cidades, ocasionando o surgimento de grandes centros humanos, conurbação entre as cidades e o surgimento das comunidades.

Neste cenário houve uma aglomeração de pessoas nas cidades brasileiras, desenvolvendo-se a vida compartilhada, surgindo os condomínios, onde o proprietário é detentor de uma parcela exclusiva da propriedade, contudo, divide com os demais coproprietários os bens comuns do condomínio.

No entanto, a vida comunitária encontra percalços e refletem com clareza a imposição de limitações àqueles que escolhem exercer a propriedade em condomínios, pois o proprietário não pode exercer seus direitos de forma absoluta a sua área privativa, devendo observar, além das restrições impostas pela Constituição Federal e pelo Código Civil, as limitações vigentes na convenção do condomínio.

Todavia, antes de adentrar à temática específica do condomínio, aborda-se, de maneira superficial, algumas transformações que o mundo tecnológico vem impondo à pessoa humana.

Aos longo dos anos, a sociedade foi evoluindo tecnologicamente e com isso, acarretou inúmeras mudanças em diversos setores, principalmente na questão referente à moradia. As ligações telefônicas foram substituídas pelas mensagens de texto, o táxi pelo *Uber*, a ida em lojas por mercado *on-line*, locadoras por *Netflix*, salas de aula por ensino à distância, livros físicos por *e-books* e em especial, a troca dos hotéis pela locação de espaços compartilhados ou por períodos curto de tempo, principalmente via a plataforma denominada Airbnb.

A plataforma virtual é conhecida e passou a ser bastante usada em todo o mundo, possuindo diferentes opções de locação, o Airbnb tornou-se uma das principais escolhas na hora de alugar um espaço. Contudo, trouxe conflitos e preocupações quando o local pertencia a um condomínio fechado.

Desta forma, este capítulo abordará o instituto jurídico do condomínio, assim como as influências que as plataformas de locação, em especial o Airbnb, acarretam os ditames dessa relação jurídica.

2.1 O Condomínio

Quando se menciona a palavra condomínio, logo se pensa em um conjunto de casas ou prédios localizados em uma determinada área administrada por um síndico e partilhada por pessoas, chamadas de condôminos, no entanto, em âmbito jurídico, condomínio é quando mais de uma pessoa é proprietária de determinado bem e é atribuída para cada, uma parte ou fração ideal da coisa.

Em razão da particularidade do condomínio, onde se compartilham propriedades comuns e autônomas, há divergência doutrinárias a respeito da concessão de personalidade jurídica ao condomínio.

A doutrina do Código Civil de 1916 entendia que o rol de pessoas jurídicas de direito privado era taxativo, diante disso, o condomínio edilício não poderia ter tal personalidade, sendo considerado um ente despersonalizado ou despersonificado. Nesta perspectiva, a professora Maria Helena Diniz (2012, p. 334) afirma

> Há entidades que não podem ser subsumidas ao regime legal das pessoas jurídicas do Código Civil, por lhes faltarem requisitos imprescindíveis à subjetivação, embora possam agir, sem maiores dificuldades, ativa ou passivamente. São entes que se formam independentemente da vontade dos seus membros ou em virtude de um ato jurídico que vincula as pessoas físicas em torno de bens que lhes suscitam interesses, sem lhes traduzir *affectio societatis*. Donde se infere que os grupos despersonalizados ou com personificação anômala constituem uma comunhão de interesses ou um conjunto de direitos e obrigações, de pessoas e de bens sem personalidade jurídica e com capacidade processual, mediante representação (CPC, art. 12). São, portanto, sujeitos de direito despersonificados.

No entanto, em virtude da vigência da codificação atual há o desenvolvimento de concessão de personalidade jurídica ao condomínio. Na I Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 90 do CJF/STJ, entendendo ser devido o reconhecimento da personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse.

Na III Jornada de Direito Civil, em 2004, foi aprovado outro Enunciado n. 246, os juristas Gustavo Tepedino (UERJ) e Frederico Viegas de Lima (UnB), ampliaram o sentido da ementa anterior, com exclusão da parte final, permanecendo o texto: "Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício".

No entanto, tais enunciados têm a natureza jurídica de enunciados doutrinários, sem força vinculante, permanecendo assim a disposição legal a respeito da concessão ou não de direito de personalidade ao condomínio.

A disposição legal que concede personalidade jurídica às entidades jurídicas é o art. 44, CC, estipulando que

> Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
> I - as associações;
> II - as sociedades;
> III - as fundações.
> IV - as organizações religiosas;
> V - os partidos políticos.
> VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Em relação ao rol do art. 44 do CC/2002, o Enunciado n. 144 do CJF/STJ da III Jornada de Direito Civil, afirma que o mesmo não é exaustivo, ou seja, não é taxativo e, consequentemente, confronta a ideia inicial de que o condomínio seria desprovido de personalidade, permitindo-se incluir, via interpretação, os condomínios como entes detentores de personalidade jurídica.

No entanto, mesmo parcela da doutrina defendendo a concessão de personalidade jurídica aos condomínio, parcela majoritária ainda aplica o entendimento de condomínio não

ter personalidade jurídica. Sobre esta temática se posiciona Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 62)

> Continua acirrada, na moderna doutrina, a discussão quanto a ter o condomínio edilício uma personalidade jurídica. Pessoalmente nos alinhamos entre aqueles que o consideram um ente despersonalizado, ou seja, uma pessoa formal, já que lhe falta a affectio societatis, sendo apenas dotado de personalidade judiciária e de plena capacidade processual, o que lhe permite estar em juízo, em nome próprio, representado pelo síndico, na defesa dos interesses comuns dos condôminos. No entanto, somos forçados a admitir que vem se fortalecendo a corrente dos que atribuem ao condomínio uma personalidade jurídica autônoma, já tendo sido aprovado o Enunciado n. 246, na IV Jornada de Direito Civil, que segue na mesma direção.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado uma posição mais conservadora quanto à temática, vez que a Terceira Turma do STJ, reforçou que o condomínio é uma massa patrimonial despersonalizada e, por essa razão, não se pode reconhecer que tenha honra objetiva capaz de sofrer danos morais.

Em recente decisão, no Recurso Especial (RESP) n. 1.736.593 (Brasil, 2020), a relatora, ministra Nancy Andrighi entende que ofensas à imagem do condomínio diante da comunidade, na realidade, representa ofensas dirigidas individualmente a cada condômino, sendo assim, o condomínio não goza de reputação, mesmo o ato lesivo sendo endereçado a ele, tendo o pronunciamento judicial sido ementado desta forma

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. PRETENSÃO EXERCIDA PARA DEFENDER INTERESSE PRÓPRIO. NATUREZA JURÍDICA DO CONDOMÍNIO. ENTE DESPERSONALIZADO. VIOLAÇÃO DA HONRA OBJETIVA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. JULGAMENTO: CPC/15.
> 1. *Omissis*
> 2. *Omissis*
> 3. *Omissis*
> 4. *Omissis*
> 5. No âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, prevalece a corrente de que os condomínios são entes despersonalizados, pois não são titulares das unidades autônomas, tampouco das partes comuns, além de não haver, entre os condôminos, a affectio societatis, tendo em vista a ausência de intenção dos condôminos de estabelecerem, entre si, uma relação jurídica, sendo o vínculo entre eles decorrente do direito exercido sobre a coisa e que é necessário à administração da propriedade comum.
> 6. Caracterizado o condomínio como uma massa patrimonial, não há como reconhecer que seja ele próprio dotado de honra objetiva, senão admitir que qualquer ofensa ao conceito que possui perante a comunidade representa, em verdade, uma ofensa individualmente dirigida a cada um dos condôminos, pois quem goza de reputação são os condôminos e não o condomínio, ainda que o ato lesivo seja a este endereçado.
> 7. Diferentemente do que ocorre com as pessoas jurídicas, qualquer repercussão econômica negativa será suportada, ao fim e ao cabo, pelos próprios condôminos, a quem incumbe contribuir para todas as despesas condominiais, e/ou pelos respectivos proprietários, no caso de eventual desvalorização dos imóveis no mercado imobiliário.
> 8. *Omissis*

9. *Omissis*

Em suma, com o reforço do entendimento do STJ, ainda persiste no Brasil a concepção de ente despersonalizado para o condomínio, fato que vai de encontro com a real situação dos condomínios na sociedade brasileira, tendo em vista que hoje os condomínios realizam negócios jurídicos vultuosos, bem como realizam contratação de funcionários, sendo mais seguros às relações jurídicas que fosse dado personalidade jurídica de direito privado aos condomínios.

Ultrapassada a questão referente à personalidade jurídica do condomínio, adentra-se a sua classificação, tendo em vista que os limites desse trabalho se restringirão a apenas uma espécie de condomínio.

De acordo com o professor Flávio Tartuce (2015, p. 773-774) o condomínio comporta algumas classificações, tais como

> Condomínio Voluntário ou Convencional: decorre do acordo de vontade dos condôminos, nasce de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral; Condomínio necessário ou forçado: decorre de determinação de lei, como consequência inevitável do estado de indivisão da coisa.
> Condomínio pro diviso: aquele em que é possível determinar, no plano corpóreo e fático, qual o direito de propriedade de cada comunheiro; Condomínio pro indiviso: não é possível determinar de modo corpóreo qual o direito de cada um dos condôminos que têm uma fração ideal.

Além dessas modalidades, existe o Condomínio Edilício que será objeto principal deste artigo e está elencado no art. 1.331 do Código Civil brasileiro. Esta modalidade trata sobre os popularmente chamados, condomínios residenciais, e divide-se em duas partes de propriedade: exclusiva e comum.

A parte exclusiva caracteriza-se por apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, com exceção dos abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

No tocante à parte comum, são utilizados por todos os condôminos o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, não podendo ser alienados separadamente, divididos ou privados de uso. Também se considera parte comum o terraço de cobertura, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Vale ressaltar que, conforme a legislação vigente, a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

Com relação à instituição do Condomínio Edilício, é entendido pelo Código Civil nos seguintes termos

> Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:
> I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;
> II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;
> III - o fim a que as unidades se destinam.

Verificando a questão relativa ao condomínio, seus conceito, personalidade jurídica e classificações, aborda-se a questão relacionada à convenção condominial referente à modalidade de condomínio edilício, considerando ser imprescindível o exame da desta temática para a resposta da problemática final.

2.2 A Convenção do Condomínio

Cada condomínio possui suas regras que estão constituídas na Convenção Condominial, nela é regulamentada o interesse das partes e existe um típico negócio jurídico decorrente do exercício da autonomia privada, sendo regulamentado pelo art. 1.332 a 1.334, CC.

> Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:
> I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;
> II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;
> III - o fim a que as unidades se destinam.
> Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.
> Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
> Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:
> I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;
> II - sua forma de administração;
> III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;
> IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;
> V - o regimento interno.

Nas palavras do ministro Luis Felipe Salomão, conforme o RESP n. 1.177.59, o conceito de convenção condominial seria

> A convenção de condomínio é o ato-regra, de natureza institucional, que disciplina as relações internas entre os coproprietários, estipulando os direitos e deveres de uns para com os outros, e cuja força cogente alcança não apenas os que a subscreveram mas também todos aqueles que futuramente ingressem no condomínio, quer na condição de adquirente ou promissário comprador, quer na de locatário, impondo restrições à liberdade de ação de cada um em benefício da coletividade; e estabelece regras proibitivas e imperativas, a que todos se sujeitam, inclusive a própria Assembleia, salvo a esta a faculdade de alterar o mencionado estatuto regularmente, ou seja, pelo quorum de 2/3 dos condôminos presentes (art. 1.351 do CC).

O documento deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, além de ser subscrito pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatório para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

A Convenção trará as pretensões dos condôminos e também, determinará: a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; sua forma de administração; a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações; as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; o regimento interno.

Muito tem se discutido perante o Poder Judiciário sobre as restrições impostas pela convenção de condomínios aos proprietários das unidades habitacionais, podendo-se fazer referência, em especial, à decisão do STJ (Brasil, 2019) que privilegiou a convenção condominial na questão referente à permissão ou não de animais em condomínios.

> RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.
> 1. *Omissis*
> 2. **Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio.**
> 3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos Arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964.
> 4. Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade.
> 5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.
> 6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato apto a comprovar que o animal (gato)

> provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.
> 7. Recurso especial provido.

Essas são as palavras do Relator

> Nesse contexto, é verdade que a vida em condomínio **impõe diversas restrições ao direito de uso das unidades autônomas com o intuito de possibilitar a convivência harmônica entre os moradores. Todavia, tais limitações podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário sob o aspecto da legalidade e da necessidade do respeito à função social da propriedade (**art. 5º, XXII, da Constituição Federal).

Percebe-se, portanto, que a vida em condomínio é regida tanto pelas normas jurídicas como as baseadas em convenções, permitindo que restrições ocorram sim, desde que proporcionais, para garantir a convivência harmoniosa entre os condôminos.

Constatado a possibilidade de restrições aos condôminos pela convenção de condomínio, passa-se ao estudo da plataforma AIRBNB.

2.3 O Airbnb

A plataforma foi fundada pelos estudantes de design Nathan Blecharczyk, Brian Chesky e Joe Gebbia no ano de 2008, após Brian e Joe terem a ideia de alugar espaços vagos no apartamento onde moravam em São Francisco, Califórnia, em decorrência da lotação completa dos hotéis da cidade ocasionada pela Conferência Anual de Design Industrial.

Os estudantes alugaram cômodos como a sala, cozinha, quarto dos fundos e um colchão inflável para três pessoas sendo uma mulher de meia idade, um indiano e um pai de família. A partir disso, surgiu o Airbnb cujo significado é *Air, Bed and Breakfast*, em português, "colchão de ar e café da manhã".

Diferentemente do serviço hoteleiro, o Airbnb não se limita à locação de casas ou apartamentos, a plataforma conta com uma diversidade de acomodações, como castelos, casa na árvore, suíte em aviões, iglus, dentre outros lugares inusitados, além do mais, proporciona um valor mais acessível comparando com os hotéis, dessa forma, a procura pelo meio digital cresce diariamente.

No Brasil, a plataforma começou a ser utilizada em 2012 com cerca de 3.500 hospedagens à disposição, sua expansão ocorreu principalmente através de eventos mundiais como a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Já nos dias atuais, o número de acomodações ultrapassou 2 milhões em todo o mundo, em 34.000 cidades e 191 países.

É ofertado pelo Airbnb três possibilidades de alojamento: *espaço inteiro*, onde a pessoa aluga o imóvel completo, normalmente conta com quartos, banheiro e cozinha; *quartos inteiros*,

caso a pessoa queira reservar esta opção, deverá compartilhar os demais cômodos do lugar com o dono da casa ou com outros hóspedes; e a última modalidade, *quartos compartilhados*, em que o indivíduo compartilha todos os cômodos com outras pessoas desconhecidas, inclusive o quarto. Além dessas modalidades, existem opções como o *Airbnb Plus, Luxe e Aventura.*

As acomodações oferecidas são propriedades dos anfitriões, contudo, quando localizada em condomínios residenciais tem-se conflitos, sobretudo pela falta de regulamentação específica. À vista disso, condomínios estão proibindo a prática de locação via plataforma digital através de suas próprias Convenções.

Todavia, em razão da novidade acarretada pela utilização do AIRBNB surgiu um novo conflito entre aqueles que utilizam da plataforma para alugar um espaço dentro de sua unidade habitacional autônoma e os condomínios que visam restringir o acesso de terceiros às dependências da massa condominial.

3 AS LIMITAÇÕES AOS CONDÔMINOS IMPOSTAS PELA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO

Condôminos e síndicos indagaram a questão do Airbnb ser permitido nos condomínios, as alegações são relacionadas à preocupação com a segurança, tendo em vista o curto período de estadia, ocasionando a rotatividade de indivíduos desconhecidos nas áreas comuns, como piscina, churrasqueiras, saunas, quadras, academia e entre outros espaços existentes de acordo com a singularidade de cada condomínio.

Como dito anteriormente, o direito de propriedade é um direito fundamental, porém, em se tratando de patrimônio dentro de condomínios residenciais, deve ser levado em consideração a opinião dos demais condôminos, criando assim, confrontos entre interesses individuais e coletivos. Contudo, com a falta de regulamentação própria, as decisões dos magistrados são divergentes em quase todos os tribunais do país.

A exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, (Brasil, 2020), no entendimento de que a prática caracterizaria uma atividade comercial, sendo proibida pela convenção condominial.

> APELAÇÃO CÍVEL - CONDOMÍNIO EDILÍCIO - MULTA CONDOMINIAL - VÍCIOS NO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO - INVALIDAÇÃO DA MULTA - ATIVIDADE DE HOSPEDAGEM - DESTINAÇÃO COMERCIAL DA UNIDADE AUTÔNOMA - VEDAÇÃO- CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO E REGIMENTO INTERNO.
> - É passível de anulação a multa condominial aplicada sem a devida observância das regras insculpidas no Código Civil, na convenção de condomínio e no regimento interno a respeito do enquadramento da conduta, competência para deliberar sobre a imposição da sanção, direito defesa do condômino e parâmetros para fixação do valor da multa.

> - O condômino que, mediante cobrança de diárias, alberga pessoas em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede em sua unidade autônoma exerce atividade de hospedagem, que não se confunde com locação por temporada da unidade autônoma.
> - **Nas hipóteses em que a convenção de condomínio e o regimento interno vedam que se dê destinação comercial às unidades autônomas, é legítimo ao condomínio coibir a utilização de unidade autônoma como hospedaria pelo condômino.**

O mesmo cenário de proibição se vê no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, (Brasil, 2017), após o condomínio afirmar o uso nocivo das áreas comuns, acatando o desembargador a proibição, no entendimento de que os condôminos devem respeitar as regras e utilizar sua propriedade de forma que não prejudique o sossego, salubridade e segurança de todos.

> APELAÇÃO. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. LOCAÇÃO DE APARTAMENTO POR TEMPORADA EM CURTO PERÍODOS DE POUCOS DIAS. ASSEMBLEIA ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA QUE CRIOU REGRAS RESTRINGINDO A LOCAÇÃO POR TEMPORADA NO CONDOMÍNIO AO PRAZO MÍNIMO DE 30 (TRINTA) DIAS, BEM COMO, LIMITOU A HABITAÇÃO DE 6 (SEIS) PESSOAS POR UNIDADE. AÇÃO PROPOSTA PELA PROPRIETÁRIA OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA REFERIDA CLÁUSULA APROVADA NA REFERIDA ASSEMBLEIA CONDOMINIAL QUE RESTRINGIU O PRAZO MÍNIMO PARA O CONTRATO DE ALUGUEL POR TEMPORADA E LIMITOU A HABITAÇÃO DE PESSOAS POR UNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, PAUTANDO-SE NO DIREITO DE PROPRIEDADE GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 1228 DO CÓD. CIVIL QUE CONFERE AO PROPRIETÁRIO A FACULDADE DE USAR, GOZAR E DISPOR DA COISA. INCONFORMISMO DO CONDOMÍNIO. SENTENÇA QUE MERECE REFORMA. DIREITO DE PROPRIEDADE QUE NÃO PODE SER EXERCIDO DE FORMA ABSOLUTA, EM PREJUÍZO AO SOSSEGO E SEGURANÇA DOS DEMAIS CONDÔMINOS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PLURALIDADE DOS DIREITOS LIMITADOS. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1. *Omissis*
> 2. *Omissis*
> 3. *Omissis*
> 4. *Omissis*
> 5. A locação por diária, que vem ocorrendo por meio de sites especializados, vem representando efetivamente uma concorrência aos apart-hotéis, flats e similares, e, por isso, desvia da finalidade do edifício residencial, trazendo inclusive encargos extra à portaria, principalmente quanto à segurança do condomínio. E, nesse sentido, os tribunais regionais têm decidido com base na TEORIA DA PLURALIDADE DOS DIREITOS LIMITADOS. Trata-se de limitação ao exercício do direito de propriedade em função da supremacia do interesse coletivo daquela coletividade. O proprietário tem todo direito em emprestar, ceder, alugar, alugar por temporada, ou seja, exercer livremente seu direito sobre o bem, escolhendo como deseja ocupá-lo. O que não pode é causar perturbação, desassossego, insegurança aos demais condôminos. Portanto, em função das múltiplas propriedades dentro do condomínio existe limite entre o exercício do direito de propriedade individual e o interesse coletivo.
> 6. Convenção que prevê em seu art. 2º que "cada coproprietário tem o direito de gozar e dispor do apartamento ou loja que lhe pertencer, como lhe aprouver, sem entretanto, prejudicar os apartamentos ou lojas dos demais coproprietários, nem comprometer a segurança e solidez do prédio ou o seu bom nome, tudo sem prejuízo dos dispositivos na presente convenção."
> 7. Postura adotada pela apelada, disponibilizando o apartamento em locações por diárias, em curtos períodos, ocasionando alta rotatividade de pessoas, que interfere na finalidade residencial de um condomínio, o que autoriza aos demais condôminos se reunir em assembleia, com o quórum legal, a fim de regrar as condições necessárias para o seu funcionamento.

> 8. Cláusula aprovada em assembleia que não afronta o direito de propriedade da apelada, garantindo o direito de usar e fruir de sua unidade, desde que não cause danos ou incômodo aos demais condôminos. Como cediço, o direito de propriedade não mais é considerado como absoluto, de vez que sofre limitações impostas pela lei, e, no caso, tratando-se, como se trata de condomínio edilício, há regra específica vedando a utilização das unidades de maneira prejudicial aos demais condôminos.
> 9. *Omissis*
> 10. *Omissis*

Pelo contrário, o Tribunal de Justiça de São Paulo, (Brasil, 2017), tem decidido favoravelmente aos anfitriões, entendendo que a locação via Airbnb não retira a finalidade residencial do condomínio.

> APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER – Condomínio que pretende obstar a ré de locar sua unidade por curto período de tempo – Ausência de vedação em convenção condominial – Utilização que não se equipara a fim não residencial – Inexistente qualquer justificativa jurídica a restringir o direito de propriedade da ré – Eventuais abusos devem ser analisados pontualmente, tendo o Condomínio à sua disposição meios inclusive extrajudiciais de reprimenda – Recurso provido.

À vista disso, na tentativa de evitar decisões contrárias e regulamentar a prática, está tramitando em um dos Estados-Membros da Federação, na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o projeto de lei n. 1.316/2019, cujo autor é o Deputado Estadual Carlo Caiado, no qual propõe a criação de um cadastro com os dados de informação dos proprietários de imóveis e dos hóspedes, independente da duração da estadia.

A proposição prevê a criação de um cadastro que deve ser preenchido em um formulário disponibilizado no site da Secretaria da Polícia Civil que poderá ser solicitado pela Secretaria de Estado de Turismo - SETUR para fins de informação sobre turismo, além de controle de dados para garantir a segurança dos demais condôminos.

Outro iniciativa de projeto de lei, já em âmbito federal é o de n. 2.472/2019, de autoria do Senador Ângelo Coronel, onde propõe a alteração da Lei n. 8.245/1991, Lei das Locações, para disciplinar o aluguel de imóveis residenciais através de plataformas digitais, devendo ainda, ter expressa previsão na Convenção Condominial a possibilidade desta prática.

Enquanto perdurar a tramitação dos projetos de lei, os litígios se encontram sendo resolvido pelos órgãos do Poder Judiciário, todavia, conforme mencionado anteriormente, mesmo em âmbito jurisdicional não há uma posição formada a respeito dos direitos do proprietário e os direitos dos condôminos.

Neste cenário de incertezas tanto legislativa como jurisdicionais, o STJ no exercício de sua competência para pacificar a jurisprudência a respeito da aplicação da lei federal, no caso o Código Civil, tem buscado uma solução para o litígio.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) iniciou o julgamento em outubro de 2019 que irá definir se o condomínio residencial poderá restringir a utilização de área privativa em condomínios para via plataformas digitais.

O ministro relator Luis Felipe Salomão entende não ser plausível a proibição dessa prática, pois as locações, via Airbnb e de outros meios digitais similares, não estariam inseridos no conceito de hospedagem e sim de locação residencial por curta temporada, e, também, não poderiam ser enquadrados como atividade comercial sujeito de proibição pelo condomínio. Além disso, o ministro entende que existiria violação ao direito de propriedade caso fosse permitida a proibição.

No entanto, o julgamento ainda não se findou, tendo se habilitado como *amicus curiae* o próprio AIRBNB para formação de uma decisão definitiva sobre esta temática.

Propõem-se então uma solução jurídica para a resolução deste litígio, visando propiciar a utilização econômica do bem privado e a segurança daqueles que convivem na massa condominial.

Uma proibição genérica na convenção de condomínio impedindo a utilização do bem por seu proprietário afronta o direito fundamental à propriedade, pois estaria restringindo, em demasia, os poderes inerentes à propriedade que cada pessoa tem com o seu bem.

Por sua vez, uma liberação genérica de ampla possibilidade de locação do bem acarreta danos à convivência harmoniosa que deve imperar nos condomínio e as pessoas que coabitam espaços privativos e comuns.

Como a convenção é um instrumento de manifestação de vontade, que busca um equilíbrio entre a vontade das pessoas, deve-se buscar uma compatibilização entre os interesses do proprietário, que deseja conceder uma destinação econômica para parcela de sua propriedade, assim como para aqueles que veem com certas ressalvas a entrada indiscriminada de pessoas desconhecidas no condomínio, utilizando-se das áreas comuns como se condôminos fossem.

O STJ estabeleceu um precedente que pode auxiliar na resolução desse litígio, pois também abordou a questão referente aos direitos do condôminos e a restrição via convenção de condomínio. O precedente tratou sobre a restrição de animais em condomínios estabelecendo três premissas básicas que podem ser aplicadas, de forma analógica, ao caso de plataformas digitais.

> Na primeira situação - convenção omissa -, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos [...] Arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964. [...] Na segunda hipótese, de restrição, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade, cabendo eventual

> controvérsia ser analisada no caso concreto, prevalecendo, assim, o ajuste aprovado na respectiva assembleia. No terceiro cenário, a proibição pode se revelar desarrazoada, haja vista que determinados animais não apresentam risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.

Assim, no julgamento do caso específico do AIRBNB e sua restrição via convenção, defende-se a aplicação analógica do precedente que tratou a respeito dos animais em condomínios, não se admitindo uma restrição abstrata e genérica, mas também não se permitindo uma liberação total de uso das áreas comuns por aqueles que realizam a locação do espaço via plataforma, sendo legítimas, portanto, algumas restrições, tais como identificação do usuário, impossibilidade de utilização de certas áreas comuns, assim como limitação de horário para entrada e saída do condomínio.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo abordar a questão referente aos condomínios e as limitações impostas pelas convenções aos moradores de unidades habitacionais na utilização da plataforma AIRBNB.

Os questionamentos que orientaram essa pesquisa foram: Qual a natureza jurídica de um condomínio no ordenamento jurídico brasileiro? É possível a restrição de direitos à propriedade no Brasil? A Convenção Condominial poderá restringir o uso da plataforma Airbnb nos condomínios pelos proprietários de unidade habitacional autônoma? É proporcional a proibição genérica que impede a disposição de parcela da unidade habitacional autônoma para terceiros via AIRBNB?

Buscando firmar uma resposta para o questionamento referente à natureza jurídica do condomínio, em que pese a existência de posicionamentos mais recentes, ainda não se concede personalidade jurídica aos condomínios, sendo os mesmos considerados como entes despersonalizados.

Ainda, as restrições aos direitos fundamentais, tal como a propriedade, são legitimamente possíveis, considerando que inexistem no ordenamento jurídico brasileiro direitos absolutos, podendo a convenção de condomínio restringir a atuação do morador em busca de uma convivência harmoniosa.

Sobre as restrições impostas pelas convenções aos condôminos muito tem se discutido no STJ a respeito da razoabilidade ou não das limitações ao direito de propriedade dos proprietários de unidade habitacional, tendo o Tribunal da Cidadania fixado precedentes a respeito da permissão de animais ou não.

Buscando responder ao questionamento sobre a possibilidade ou não de restrição do uso do AIRBNB pelos proprietários é possível sim que exista restrições impostas pela convenção de condomínio, contudo, aplicando analogicamente o precedente fixado para o caso dos animais, a restrição não pode ser total e nem genérica, ou seja, deve ser fixada com o intuito de encontrar um equilíbrio e compatibilidade entre os interesses do proprietário e da massa condominial.

Assim, restrições genéricas e impositiva de total proibição devem ser vedadas, contudo, restrições específicas, tais como limitação de horário de ingresso na residência, período de uso da propriedade, identificação do usuário, assim como impossibilidade de utilização de determinadas áreas comuns não afrontam o direito de propriedade do proprietário de unidade habitacional.

REFERÊNCIAS

AIRBNB**. O que é o Airbnb e como ele funciona?** Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/2503/o-que-é-o-airbnb-e-como-ele-funciona> Acesso em 23 fev. 2020.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16° ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jan. 2002**.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados**. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf 22/03>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal da República**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão: Para Terceira Turma, condomínio é ente despersonalizado e não sofre danos morais.** Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--condominio-e-ente-despersonalizado-e-nao-sofre-danos-morais.aspx> Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Em andamento: Relator vota pela impossibilidade de que condomínios proíbam locações de curta temporada via Airbnb**. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx>. Acesso em: 25 ar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.177.591/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Julgado em 05/05/2015. DJe: 25/05/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1177591&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.736.593/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma. Julgado em 11/02/2020. DJe: 13/02/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1736593&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1.783.076/DF**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - Terceira Turma. Julgado em 14/05/2019. REPDJe 19/08/2019. DJe: 24/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1783076&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 mar 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível. **AC nº 1.0188.17.008047-0003**. Relator: Desembargador Adriano de Mesquita Carneiro - Décima Primeira Câmara Cível. Julgado em: 05/05/2020. DJe: 11/02/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=11&totalLinhas=18&paginaNumero=11&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaOrgaoJulgador=1-11&listaRelator=0-12070&listaClasse=8&dataPublicacaoInicial=11/02/2020&dataPublicacaoFinal=11/02/2020&dataJulgamentoInicial=05/02/2020&dataJulgamentoFinal=05/02/2020&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20referências%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação. **APL nº 0486825-49.2015.8.19.0001**. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes - Décima Nona Câmara Cível. Julgado em: 13/06/2017. DJe: 20/06/2017. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 22 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. **AC nº 1009601-48.2016.8.26.0100.** Relator: Hugo Crepaldi - Trigésima Oitava Câmara Extraordinária de Direito Privado. Julgado em: 26/10/2017. DJe: 27/10/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=E420886253DBDD6F62C291BAD4E933FB.cjsg1>. Acesso em: 22 mar. 2020.

CORONEL, Ângelo. **Projeto de Lei nº 2474, de 2019.** Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para disciplinar a locação de imóveis residenciais por temporada por meio de plataformas de intermediação ou no âmbito da economia compartilhada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136443> Acesso em: 25 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORALES, Fernanda. **Airbnb: a história da startup que, hoje, vale 1 bilhão de dólares.** Disponível em: <https://canaltech.com.br/curiosidades/Airbnb-Plataforma-de-de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/>. Acesso em: 17 mar. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações.** 12ª ed. Rio de janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** São Paulo: Renovar, 2008.

RIO DE JANEIRO. Poder Legislativo do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (DOERJ) de 25 de setembro de 2019. Projeto de Lei nº 1316/2019. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2019. Seção II, p. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11° ed, rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Volume Único. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

A RELEVÂNCIA DO RACIOCÍNIO DO MODERADOR PARA O SISTEMA JUDICIÁRIO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DO BRASIL

THE IMPORTANCE OF MODERATOR'S REASONING TO JUDICIAL SYSTEM FOR THE DEMOCRATIC STATE OF RIGHTS OF BRASIL

Laís Gonçales Fernandes Alves[1]

Denison Melo de Aguiar[2]

RESUMO

Apresenta-se a importância do raciocínio de mediação para a democracia e para o sistema judiciário do Brasil. Considerado o contexto atual do pleito para a presidência da república em 2018, a fetichização do poder que estimulou a produção das noticias falsas e propagou o discurso de ódio, e consequente estímulo à hiperjuridificação, ambos danosos à democracia e ao sistema jurídico, busca a reflexão. Através de autores como Aristóteles, Enrique Dussel e Bruno Vasconcelos, ocorre uma reflexão sobre o tema e a importância do raciocínio da mediação para o sistema jurídico e a democracia no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: SISTEMA JUDICIÁRIO; DEMOCRACIA; MEDIAÇÃO.

ABSTRACT

It presentes the importance of moderator's reasoning to democracy and the judicial system of Brasil. It has considered the actual election's background for the presidence of republic, the corruption of political power that accentuated the production of fake news the hate speech and its encouragement to hiperjuridification, both harmful to democratic and juridical system, search for reflection. Through author such as Aristoteles, Enrique Dussel and Bruno Vasconcelos, it reflects upon the theme and the importance of moderator's reasoning for juridical system and democracy in Brasil.

KEYWORDS: JURIDICAL SYSTEM; DEMOCRACY; MODERATION.

[1]Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Contato: laisgoncalesfalves@gmail.com.

[2] Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerias (PPGD-UFMG). Clínica de Direito dos animais da Universidade do Estado do Amazonas (YINUAKA-UEA). Link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/9956374214863816 ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5903-4203 Contato: denisonaguiarx@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Para compreender a relevância do raciocínio da mediação, da resolução de conflitos através de um novo paradigma focado na solução e comunicação para que os mediandos colaborem para satisfazerem suas necessidades, para a democracia e para o sistema judicial do Brasil, é preciso contextualizá-lo com os acontecimentos recentes e alguns dos principais conceitos envolvidos.

Em outubro de 2018, houve uma propagação de notícias falsas (*Fake News*) sem precedentes. Isso devido ao crescente acesso às novas tecnologias da comunicação e seu potencial de propagar informações em massa – relacionada à internet das coisas, também conhecida por Indústria 4.0. Além das desinformações, eram propagados discursos de ódio, discriminatórios, segregadores da sociedade, incitadores da violência e desrespeito aos direitos fundamentais.

Esse fenômeno que contribui para intensificar os conflitos sociais – prejudicial à deliberação e à democracia por consequência - foi influenciado pela percepção da dominação realizada através da fetichização do poder político, uma das questões relacionadas à mudança de paradigma proposta pela mediação com a cultura de paz e colaboração, fomentou outro problema: a hiperjurificação.

Essa sobrecarga do sistema judiciário é ampliada nas lutas sociais, que buscam seus direitos levando suas lides ao Judiciário e acentuam o problema já existente. Novamente a contribuição do raciocínio mediador, ao promover uma comunicação entre as partes para satisfazer a necessidade de ambas pode-se reduzir esse problema, assim como a cultura de paz, a cooperação trabalhada nesse raciocínio contribui para a colaboração entre os grupos.

A democracia pressupõe a comunicação e consenso de seus integrantes em prol do desenvolvimento de sua sociedade. Dessa maneira, o raciocínio da mediação é imprescindível à sua efetivação. A colaboração entre os diversos grupos integrantes da sociedade é essencial para o desenvolvimento do Brasil, país caracterizado por uma miscigenação histórica e, portanto, pela convivência entre grupos com diferentes crenças e valores, faz-se necessária a comunicação e colaboração desses grupos para a efetivação da democracia.

Através dessas duas contribuições, o raciocínio de mediação contribui também para o Direito, zela pelos direitos fundamentais (como a igualdade material e formal), e contribui para o desenvolvimento do Brasil.

Considerados que raciocínios de dominação, ódio e culpabilização estiveram presentes em momentos históricos de conflitos marcantes, e traumáticos, de revoluções e crises, a superação desse tipo de mentalidade através do raciocínio da mediação é essencial para a democracia, segurança jurídica, resolução de conflitos e prosperidade do Brasil, país de grande diversidade, e por isso mesmo precisa da comunicação e cultura de paz para alcançar seu desenvolvimento e beneficiar a sociedade nos aspectos social, ambiental e econômico.

Buscou-se trazer o tema para o debate em paralelo com o contexto atual, por meio da apresentação de dados e da pesquisa de diversos autores, entre os quais: Carlos Vasconcelos (2008), Aristóteles (2011) e Paula Montero (2012). Utiliza também publicações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016) o intuito de promover a reflexão e debate sobre o tema para estimular a valorização e incentivo ao raciocínio do mediador, à mediação e cultura de paz em prol do desenvolvimento do Brasil, considerada sua contribuição na efetivação democrática e para o sistema judicial à medida que auxilia a reduzir o a hiperjuridificação, ressaltando assim a sua relevância no contexto atual.

Utilizou-se neste artigo, a pesquisa qualitativa. Esta foi desenvolvida através de levantamento bibliográfico, em leis do ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, se pensando na contextualização do tema e como se pode pensar nos aspectos específicos sobre mudanças de pensamentos e racionalidades aplicados à mediação.

2. POR UMA CONTEXTUALIZAÇÃO

O acesso à internet e a iminência de uma nova revolução industrial, a da internet das coisas (também conhecida como indústria 4.0), influenciaram muito o estilo de vida das pessoas. Como uma ferramenta, a internet e seus espaços, com destaque para as redes sociais, ganharam relevância e influenciaram a comunicação e a vida das pessoas profundamente, tanto em questões profissionais, quanto na vida particular, estendendo-se até a política.

Nas questões profissionais houve destaque para o teletrabalho e a intensificação do uso de aparelhos de comunicação, principalmente smartphones, e aplicativos no ambiente profissional para a realização e entrega de trabalhos. Esse uso intenso das novas

tecnologias de informação repercutiu no Direito. São exemplos disso: a Reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), com destaque para o teletrabalho; o direito à desconexão, positivado na França em forma de lei específica, aplicado em acordos na Alemanha entre trabalhadores e empresas (ambos os países do sistema romano-germânico como o Brasil), e trazido ao Brasil pelo mecanismo de analogia com os dispositivos constitucionais que preveem o direito ao lazer e descanso, artigos 6º e 7º (CRFB, 1988). Toda essa mudança no estilo de vida afetou diversas áreas da vida humana, e é inegável que sua influência estendeu-se ao campo político.

As eleições de 2018 no Brasil utilizaram amplamente as plataformas digitais, tanto os candidatos aos cargos executivos e legislativos, quanto os eleitores. As alterações relacionadas à redução do tempo de propaganda eleitoral gratuita (porque os candidatos não pagam para ter acesso a ela) e as modificações legais para doações para campanhas e os novos requisitos para acesso ao Fundo Partidário também são fatores influentes na opção pelo aumento do uso das plataformas digitais no ultimo pleito.

Alves e Machado (2017) destacaram o potencial dessas tecnologias para a efetivação da democracia deliberativa – sistema de governo do Brasil – em "O ciberespaço a favor da efetivação de uma democracia deliberativa"; considerada a possibilidade de maior participação popular nos debates e decisões politicas do país. Entretanto, o observado no ultimo pleito, como tratado por Bruno Santos no artigo "As mentiras e espantalhos retóricos que viralizaram nas redes sociais" o que ocorreu foi uma proliferação das mentiras, notícias falsas ou *Fake News*, e do discurso de ódio nas redes sociais. Esse problema levou o Tribunal Superior Eleitoral a criar uma página específica em seu site para o esclarecimento e combate às notícias falsas. Esse problema social, ou lide social para a mediação, possui, por exemplo, aspectos políticos e jurídicos.

No aspecto político, pode-se citar a fetichização do poder (DUSSEL, 2007) à medida que ocorre o encobrimento do outro, a polarização observada em espirais de conflitos da mediação, e a política deixa de cumprir seu aspecto fundamental: o zelo pelo Bem Comum de Martins Filho (2000), conforme exposto por Aristóteles (2011) em A política quanto a sua finalidade de zelar pelo bem-estar, pela felicidade dos cidadãos. Essa fetichização, uma corrupção do poder político – algo antinatural para Aristóteles (2011) - ao violar os valores e princípios éticos e morais, mitigando o mínimo ético e afetando negativamente os direitos humanos ao "demonizar" o "Outro" cria um ambiente de "espiral de conflito", um processo destrutivo e danoso à democracia.

À medida que os discursos de ódio se propagam e a sociedade se polariza, a convivência entre as pessoas é prejudicada. O diálogo e a deliberação intrínseca à democracia são mitigados pelos ânimos maniqueístas (do confronto entre o bem e o mal pré-estabelecidos). A democracia deliberativa pressupõe o debate de diferentes perspectivas e, preferencialmente, da formação de um consenso; fatores severamente prejudicados pelo discurso de ódio que é, nesse sentido, um discurso antidemocrático porque cerceia a humanidade e direitos de outros, assim como instigador de processos destrutivos mitigadores do diálogo imprescindível à efetivação democrática.

A redução do entendimento entre as pessoas, ainda mais acentuada no Brasil, considerada sua diversidade étnica e cultural, contextualiza o problema jurídico intensificado por essa condição: a hiperjuridificação. Considerado esse fenômeno antropológico e jurídico, em que ocorre uma produção exacerbada de leis para grupos específicos e ampliam as ocorrências antinomias no Direito e uma sobrecaga do Judiciário, abarrotado por processos provenientes das lutas sociais dos grupos que percebem a mitigação de seus direitos e buscam-nos na Justiça (SENADO, 2018), foi promulgada no Brasil a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), a lei de mediação.

Faz-se necessário entender a fetichização política no Brasil evidenciada no período das eleições para a presidência em 2018, sua relação direta com o fenômeno da hiperjuridificação, danosos à democracia e ao sistema judiciário, bem como alguns conceitos de mediação para compreender a relevância do raciocínio da mediação, tanto para a democracia quanto para o sistema judiciário do Brasil no contexto atual.

3. A FETICHIZAÇÃO POLÍTICA

A fetichização política foi certamente um fator de influência no último pleito. Esse conceito, de Dussel (2007), diz respeito a um poder político delegado (*potestas*) – deputados, senadores e demais parlamentares e políticos eleitos - para a representação da vontade do povo, originário do poder político (*potentia)*; conforme o disposto no artigo 1º, § único da CRFB/88 (BRASIL, 1988): “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [...]”. A fetichização ocorre quando esse poder é corrompido e torna-se autorreferente. Ao invés de representar o povo, como pressuposto na democracia, os seus representantes e instituições passam a utilizar as estruturas existentes para a manutenção de seu próprio poder. Deixam de ser hegemônicos, de

representar a vontade de uma maioria, para serem dominantes, imporem seus interesses pessoais à coletividade.

A percepção da corrupção foi exacerbada pela mídia de comunicação de massas. Os escândalos de corrupção; Mensalão, Petrolão, operação Lava-jato e Carne fraca, para citar algumas das mais icônicas; em momenos de crise internacional – refugiados na Europa devido, principalmente, à Guerra civil na Síria, e no Brasil, devido à crise econômica e política na Venezuela, logo após um período de forte imigração de haitianos motivada por catástrofes naturais – intensificou os conflitos sociais.

Essa intensificação de conflitos, gerada por sentimentos de indignação, raiva, de buscar um culpado pela opressão sofrida, entrando em um raciocínio de "eles x nós", de polarização, manifestou-se no período eleitoral.

Um período influenciado pela criação de inimigos personificados em grupos específicos, como culpados por falhas sistemáticas – se ocorre uma corrupção tanto os diretamente envolvidos quanto os fiscais e a população tiveram algum nível de responsabilidade na ocorrência dos fatos ao não exercer seus direitos e deveres – refletiu-se na propagação viral de notícias falsas pelas redes sociais.

A partir do sentimento de revolta e da formação dessa espiral de conflito, de um raciocínio semelhante ao "olho por olho, dente por dente", da busca por culpados e punição ao invés da responsabilização devida e solução justa dos problemas, ocorreu a propagação do discurso de ódio. Alguns grupos foram estereotipados como causadores de uma desordem social. Esses discursos incitaram ainda mais os conflitos e estimularam a violência, tanto física quanto verbal.

Alves e Machado (2017) defenderam a utilidade do ciberespaço, pela sua capacidade de rápida propagação de informações e possibilidade de conexão de diversas pessoas como um espaço ideal para efetivar a democracia. Entretanto esse foi o espaço utilizado para propagar o discurso de ódio, antidemocrático, através das notícias falsas.

Propagadas com intensidade e velocidade recorde pelo ciberespaço, as notícias falsas influenciaram o pleito tanto positiva quanto negativamente. Quanto à influência positiva, veio das reações dos candidatos e do TSE. A criação de espaço específico para desmentir as informações falsas possibilitou um melhor conhecimento do eleitor e ofereceu espaço para o direito de resposta (art. 5º; V; CRFB/88); e os candidatos utilizaram mais as redes sociais, criando maior proximidade com os eleitores no meio digital. Quanto ao negativo, alguns candidatos manifestaram-se mais nas redes do que na

imprensa livre, o que gera certa distância do eleitorado pela não participação em dinâmicas democráticas; e a propagação dos discursos de ódio.

No Brasil há intensa miscigenação, de povos e culturas, então sua democracia necessita do respeito e do diálogo para buscar a melhor forma de satisfazer as necessidades de sua população – O bem comum: o bem individual que também é coletivo (por exemplo, um profissional competente formado no ensino público retorna o benefício que recebeu ao prestar seus serviços à sociedade); e a felicidade e bem-estar social. Os discursos de ódio estimulam a raiva, conflitos e dificultam, se não impossibilitam, o diálogo desses grupos em prol de objetivos comuns - é nesse sentido que se tornam antidemocráticos.

Ao criar um inimigo em determinados grupos, incitando uma busca por punição e vingança, esses grupos sofrem um processo intensificado de opressão e violação dos direitos. Ocorre aí um estímulo à "justiça com as próprias mãos", tendo em vista a descrença social em instituições percebidas como ineficientes; afetadas pela corrupção ao omitirem-se ou agirem por interesses particulares. Devido a essa espiral de conflitos, que ocasiona a violação de direitos dos grupos oprimidos – o "Outro" de Dussel (1995); leva-os a buscar tais direitos. Essa busca pode ser notada no fenômeno da hiperjuridificação.

4. A HIPERJURIDIFICAÇÃO

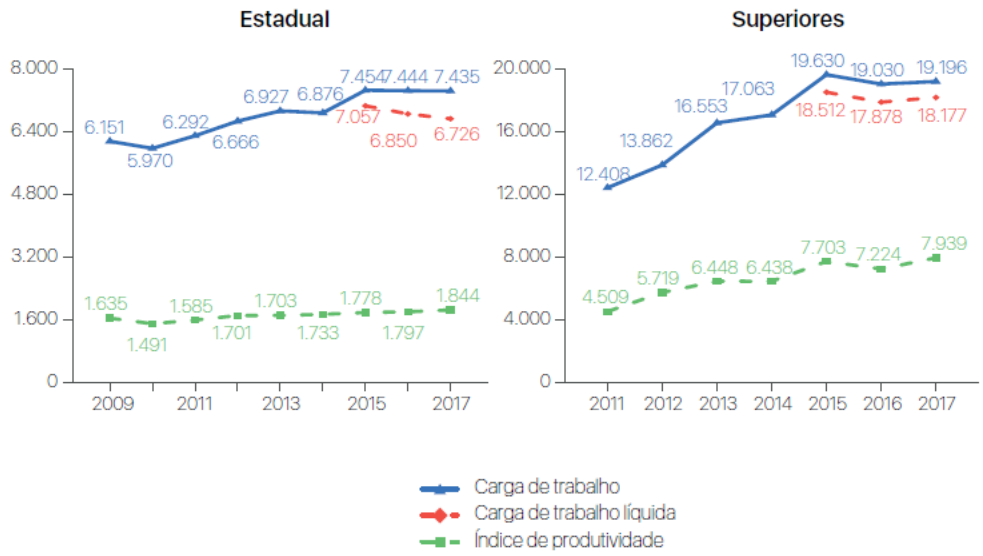
Os grupos oprimidos, privados de seus direitos, buscam seu reconhecimento. Quando o diálogo não ocorre ou o Estado deixa de cumprir suas obrigações, esses oprimidos recorrem ao Poder Judiciário para reconhecer seus direitos e, como todo direito implica no dever de outrem – ao menos de respeitar, não interferir nesse direito – para garanti-los.

Montero (2012) explica porque esses grupos recorrem ao Judiciário com maior frequência. A autora comenta a transição das comunidades e sociedades patriarcais para um Estado Nacional. A ordem social deixa de ser estabelecida por noções de obrigação e tradição, o que estabelece a ordem passam a ser as leis e o sistema jurídico estatais. Os grupos lutam por seu espaço e reconhecimento na sociedade. Quanto mais grupos diferentes, maior a diversidade dos costumes, crenças, ética, moral e do que é considerado justo em cada um, assim maior a quantidade de leis editadas – por causa da sua reivindicação ao perceber uma ausência de Direito - para representá-los, deixando o sistema judiciário mais complexo. A intensificação dos conflitos e lutas sociais pelo

reconhecimento legal de seus direitos gera mais leis específicas, que se tornam contraditórias (antinomias do Direito); os grupos iniciam mais processos judiciais em busca de justiça e sobrecarregam o sistema .

Por isso os discursos de ódio e as notícias falsas fomentam também a hiperjuridificação. O seu estímulo às espirais de conflito e à violência fomentam a violação dos direitos já consagrados no ordenamento jurídico, conquistados através de muitas lutas sociais, e origina cada vez mais leis específicas para os grupos para tentar suprir a violação aos seus direitos fundamentais, que por sua vez podem conflitar entre si e demandam a análise do sistema, já sobrecarregado de processos.

Imagem 1: Séries históricas do índice de produtividade e da carga dos magistrados, por ramo de justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2018

O Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (2018), trouxe diversos gráficos, acima destacados dois: da Justiça Estadual e dos Tribunais Superiores, nos quais é perceptível a sobrecarga do sistema judiciário, pela diferença entre o índice de produtividade e a carga de trabalho dos magistrados – mais que duas vezes maior do que sua produtividade. Nesse sentido, de buscar a resolução da problemática da hiperjuridificação, foram incentivados os processos de resolução de conflitos extrajudiciais. Aí entra a mediação, oficializada na a Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015). Os movimentos legislativos não cessaram com a aprovação dessa lei, também tramita no Senado a PEC 108/2015, com o propósito que o Estado brasileiro incentive esses métodos de resolução de conflitos para reduzir o problema.

Todas essas lides sociais possuem uma origem social, relacionada à sua percepção. A percepção de cada pessoa sobre uma situação e sobre o mundo varia conforme o grupo social ao qual pertence; suas crenças e valores que influenciam diretamente a sua forma de pensar, o seu raciocínio.

5. SOBRE O RACIOCÍNIO DE MEDIAÇÃO

Na mediação, além de seu conceito, é relevante a compreensão dos conceitos de Teoria dos Conflitos; Teoria dos Jogos e o Equilíbrio de John Nash. A mediação é um processo autocompositivo, em que os mediandos (VASCONCELOS, 2008) buscam chegar a um acordo, um consenso, auxiliados pelo mediador, o facilitador do diálogo, visando à satisfação dos interesses de ambos. Vale lembrar que os interesses - relacionados aos paradigmas dos indivíduos - diferem do posicionamento, da forma que a pessoa se apresenta no processo.

O raciocínio proposto pela mediação, da cultura de paz, de ouvir e aceitar verdadeiramente as contribuições do outro, proposto também por Dussel (1995), sem discriminações, conforme consagra a Constituição brasileira, conforme o caput do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”; e o inciso VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...]” (BRASIL, 1988); é necessário para que ocorra uma comunicação verdadeira: a transmissão e entendimento de uma mensagem pelo emissor e receptor, respectivamente, e por consequência a deliberação para a concretização da democracia através de um consenso em prol de objetivos comuns, interesses mútuos conciliáveis.

Vasconcelos enfatiza essa necessidade de transformação de uma “cultura de dominação” para uma “cultura de paz e direitos humanos”, Dussel (1995) aborda esse tema como a práxis de libertação, uma transformação social em que os excluídos são efetivamente integrados na sociedade. Isso ocorreria pela aliança entre os partidos políticos e a sociedade, independente da legenda ou peculiaridade em para promover ações benéficas à sociedade, considerados todos os seus grupos e ao Brasil. Para compreender melhor essa transformação vale citar as três Teorias citadas (CNJ, 2016).

A Teoria dos Jogos pressupõe interesses diferentes e inconciliáveis – é o que origina uma disputa, uma votação, um conflito. A segunda Teoria, dos Jogos, considera o comportamento dos envolvidos na situação conflituosa, as atitudes de um serão

baseadas na atitude considerada mais provável de ser escolhida pelo outro, assim define como agir e monta uma estratégia, semelhante ao que ocorre em jogos de xadrez, por exemplo. Já a terceira, o Equilíbrio de Nash, considera que sempre existe uma opção em que os envolvidos na disputa podem colaborar, ao invés de competir, e saírem ambos beneficiados por isso.

Assim a transformação da cultura de dominação, do encobrimento do outro de Dussel (1995), da discriminação e definição de culpados que devem ser punidos; para a cultura de paz e dos direitos humanos, de estabelecer a comunicação, a responsabilidade e focar na resolução do conflito; é permeada por uma mudança de paradigmas, da teoria dos jogos para o Equilibrio de Nash, considerando a Teoria dos jogos. Pode ser definida como análoga ao grito analético do Outro que chama o Ego à responsabilidade, e exige sua libertação (DUSSEL, 1995). Essa mudança comportamental, portanto, necessita de uma mudança de pensamento.

Essa mudança pode ser ainda pontual, *ad hoc* como nas decisões judiciais sobre casos concretos, ou pode ser geral, sobre o relacionamento. Entram aí as práticas de mediação satisfativa e transformativa, respectivamente. Uma focada na resolução do objeto da disputa e outra na lide social, no relacionamento, que origina a lide jurídica.

Pode-se resolver os conflitos conforme aparecem, ou pode-se buscar resolver a causa emocional e social envolvida nesses conflitos. Em paralelo, pode-se explicar uma situação errônea colocada em uma *Fake News*, ou resolver o problema que desencadeou a disseminação rápida e volumosa dessas desinformações, a questão sentimental que recepciona um discurso segregacionista de ódio quando é mais lógico em uma democracia, procurar propostas que beneficiem a coletividade, tragam desenvolvimento com sustentabilidade ao país, considerando as peculiaridades dos grupos e zelando pelo direito de igualdade material e formal desses integrantes da sociedade brasileira.

6. A RELEVÂNCIA DO RACIOCÍNIO MEDIADOR PARA A EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Através da educação, da construção do conhecimento sobre o raciocínio mediador, de uma mudança e paradigma cultural, há uma possibilidade de consolidar a democracia brasileira, tão recente – a Redemocratização ocorre em meados da década de 80, conquistada através da luta social pelo reconhecimento de seus direitos, e zelar pelo bem comum e bem estar da população brasileira, rica por sua diversidade tanto em aspecto

natural, quanto econômico e social. Isso pode ser aplicado pela inserção do aprendizado desse raciocínio nas escolas ou mesmo pela sua veiculação nas mídias e meios de comunicação em massa, como foi o caso da melhora da saúde pública no Brasil após as propagandas governamentais sobre a higiene básica e reduziram os índices de morte por disenteria, e do Japão após a Segunda Guerra, que melhorou sua economia e desenvolvimento ao investir na educação, tanto básica quanto superior, de seus estudantes e saiu de uma economia análoga à feudal a uma potência tecnológica mundial em poucas décadas.

Apesar de não ser defensora de uma democracia, a filosofia aristotélica é aplicável a este modelo, considerado o histórico dos modelos de governos. Os demais tipos de governos: monárquicos, aristocráticos e oligárquicos, por exemplo, provaram-se arbitrários, porque pouco transparentes para coma população, durante a História e originaram conflitos e revoluções sociais marcantes. Entre os conflitos é possível citar a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) e a Guerra Fria, nas quais o discurso de ódio e a polarização social foram marcantes. Entre as revoluções pode-se citar a Revolução Francesa (1979), resultado da indignação popular com um governo monárquico no qual o poder político foi fetichizado – corrompido para benefício próprio ao invés de zelar pelo Bem Comum e felicidade do povo; e a Revolução Árabe, outrora designada como Primavera Árabe, catalisadora da queda de regimes autoritários, mas também da Guerra Civil na Síria, que perdura e contribui para originar a crise de refugiados na Europa.

A filosofia política de Aristóteles (2011) pode ser aplicada na democracia à medida que conserva a proporcionalidade prevista por este: não é possível cobrar algo dos governados e não dos governantes; em nada adianta ter um bom governante, porque segue as normas (sentido amplo, jurídico, ético e moral) e uma população que não as aplica, assim como não adianta ter uma população que cumpre as normas e um governante que as desrespeita. Segundo uma perspectiva antropológica é preciso considerar a sociedade, seus costumes e valores, pois o que é válido possui sentido e função para algumas sociedades, não o é para outras.

A contribuição da mediação para a consolidação da democracia deliberativa do Brasil é dada pelo seu raciocínio, de diálogo, comunicação, e foco na solução do problema da melhor maneira para satisfazer as necessidades dos mediandos. Dessa forma sua contribuição jurídica evidencia-se ao corroborar para o cumprimento da Constituição e na possibilidade de resolução de conflitos pela mesma ferramenta da deliberação: o diálogo. Nessa perspectiva, contribui para reduzir a hiperjuridificação brasileira.

Logo o raciocínio da mediação contribui para a efetivação da democracia, do Direito e para a celeridade do Sistema judiciário do Brasil, demonstra sua relevância para o desenvolvimento social, econômico e ambiental do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observados os desafios à democracia e ao sistema jurídico do Brasil, decorrentes de uma mentalidade polarizada proveniente de questões sociais e sentimentais conflituosas, e da mudança de paradigma proposta pelo raciocínio da mediação a fim da resolução dessas questões em prol dos envolvidos, é perceptível sua contribuição para ambos e, consequentemente sua relevância para a sociedade brasileira atual. Foi exposta a fetichização do poder politico, sua influencia no acirramento de conflitos e por consequência a hiperjuridificação, decorrente desses conflitos. Mentalidade acentuada pelo ambiente eleitoral de 2018 e pela propagação das *fake News* e do discurso de ódio em um ciclo retroalimentador e como a mediação e a cultura de paz auxiliam na resolução dessas questões e contribuem com o Brasil, tanto na democracia quanto no sistema jurídico, e assim auxilia na efetivação do Estado Democrático de Direito.

A fetichização, que pode ser denominada a corrupção, do poder político altera a percepção dos grupos sociais quanto às instituições e representantes eleitos. De representantes da vontade hegemônica, da maioria, à classe dominante, impositora de seus interesses particulares à sociedade. Deixam de cumprir sua função pelo bem comum e pelo bem-estar da sociedade. Agora oprimidos, os grupos sociais diversos, decorrentes da miscigenação histórica da pátria, buscam os direitos dos quais foram privados, bem como sua positivação. As diferentes leis, correspondentes aos valores e crenças de cada núcleo social, tornam o sistema jurídico mais complexo. Privados de sua Justiça, os segmentos buscam o Judiciário para resolver suas lides e intensificam a hiperjuridificação.

O fenômeno da hiperjuridificação, acentuado conforme o confronto entre os integrantes da sociedade aumenta – impulsionado pelas notícias falsas e propagação do discurso de ódio, incentivadores da polarização e violação dos direitos – traz prejuízos à celeridade do Poder Judiciário, as lides multiplicam-se e sobrecarregam o sistema. Logo, as leis podem colaborar – como a lei da mediação, que incentiva a resolução de conflitos extrajudicialmente – mas não bastam para solucionar a questão, para isso é preciso uma quebra de paradigmas uma mudança na raciocínio das pessoas.

Essa mudança de raciocínio é vinculada à mediação, visto que seu objetivo é de solucionar a questão de forma benéfica aos mediandos. Há a alteração da mentalidade de dominação, de culpa e punição, para a cultura de paz e direitos humanos, de responsabilização e solução do conflito. A relação deixa de ser competitiva para tornar-se colaborativa. Há um retorno ao principio do bem comum e da finalidade da politica segundo Aristóteles, para o bem-estar do cidadão, o benéfico à polis é benéfico à sociedade e vice-versa. Mas além de resolver a lide pontual, a solução da lide social que originou o problema é vital para a convivência em sociedade, para o dialogo e efetivação da democracia – ainda recente no Brasil.

Os discursos de ódio e acirramento de disputas antecederam acontecimentos marcantes e traumáticos na História da humanidade ao criar um inimigo a combater, desumanificado e privado de seus direitos, tanto humanos quanto fundamentais. Foram exemplos desses acontecimentos a Revolução Francesa, a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria e a Revolução (ou Primavera) Árabe, que foi o estopim para a Guerra Civil na Síria – uma das principais causas da crise de refugiados na Europa, geradora de outros conflitos. Nota-se aí a espiral de conflitos que pretende ser resolvida em uma mediação transformativa – que busca a solução para as questões emocionais e sociais que levaram à disputa.

Seguindo a Teoria do Equilíbrio de Nash, pode-se encontrar uma solução que satisfaça a necessidade dos mediandos simultaneamente. Na democracia, um consenso deliberado que zele pelo bem-estar da população e encontre o Bem Comum – o ponto que o beneficio para a sociedade e o individual estão relacionados e são conciliáveis. A práxis de libertação de Dussel (1995), com a integração dos grupos percebidos como o “Outro” sem discriminá-lo por suas diferenças, buscando o desenvolvimento da sociedade, conforme o consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Observados esses fatores, o diálogo, a cultura de paz, integrantes do raciocínio da mediação são imprescindíveis à democracia, que pressupõe um consenso após a deliberação – o diálogo, a comunicação de fato – e ao sistema jurídico, sobrecarregado devido às lides sociais não resolvidas que se transformam em lides jurídicas. Sua contribuição para ambos auxilia também na efetivação do Direito, da segurança jurídica. Ao alterar a mentalidade competitiva para a colaborativa auxilia também no processo de integração social. Ao unificar os esforços em prol de objetivos mútuos visando o desenvolvimento da sociedade e do país, abrem-se as possibilidades para um desenvolvimento que considere a sustentabilidade: os aspectos sociais (deve beneficiar a

população), ambientais (através do menor dano possível, visando à perpetuação dos da natureza por uma utilização racional) e econômicos (gerando riqueza à sociedade e à pátria). Afinal a capacidade comunicativa e a vida em sociedade foram fatores essenciais à perpetuação da espécie humana e seu desenvolvimento.

Em um contexto de alarmante propagação do discurso de ódio e de notícias falsas, com aumento das lides judiciais – oriundas de conflitos sociais nos quais não houve a comunicação e manteve-se a competição; situação recorrente nos momentos de grandes crises, revoluções e guerras, é importante fomentar a cultura de paz, o raciocínio trazido pelo mediador, de colaboração para satisfazer as necessidades dos mediandos de forma satisfatória a todos para a consolidação da democracia, redução da sobrecarga do judiciário e consequente consolidação do Direito e do desenvolvimento do Brasil. Isso porque a colaboração da sociedade em prol do bem comum permite maiores possibilidades e a resolução de conflitos pela comunicação só tem a acrescentar ao processo de democracia deliberativa. Da mesma forma a diversidade de perspectivas sobre uma questão permite propor uma variedade de soluções para os desafios propostos ao país e possilibitam uma resolução mais eficaz, eficiente e seu desenvolvimento considerando as diferentes áreas, social, ambiental e econômica.

Dessa forma é importante o estimulo, não só à mediação, mas à propagação de seu raciocínio na sociedade brasileira, é possível fazer isso através de palestras, infográficos, inserção da explicação desse raciocínio nos ambientes educacionais, por vídeo aulas, simulações, para a melhor compreensão e estimulo à prática desse novo paradigma de potencial construtivo para a sociedade e para o Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando B., MACHADO, Ednilson e STIPP, Luna. O ciberespaço a favor da efetivação de uma democracia deliberativa. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n.27, 2017, p. 15-30. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1pbqra8rSLFhrCQDnDCtT7JzJfY1JenDV/view. Acesso em 27 mar. 2020.

ARISTÓTELES. **A Política.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do BRASIL. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 27 mar. 2020.

CNJ. AZEVEDO, André Gomma de. Manual de Mediação Judicial. 2016 Comitê Gestor Nacional da Conciliação. 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf Acesso em: 27 mar. 2020.

CNJ. **Justiça em Números 2018**. 2018.Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> Acessado em: 05 dez. 2019.2/18

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da Libertação**: crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.

DUSSEL, Enrique Domingos. **20 Teses de Política**. Traduzido por: Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

MARTINS Filho, Ives G. da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. **Revista Jurídica Virtual.** Brasília, vol. 2, n. 13, junho/ 2000.

MONTERO, Paula. Cidadania, direitos e obrigações. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. (coord.) **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Brasília, Rio de Janeiro, Blumenau: Associação Brasileira de Antropologia / laced / Nova Letra, 2012, p. 271-276.

SENADO. **Proposta tenta desafogar o judiciário hoje com quase 100 milhões de processos. 2018.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/11/proposta-tenta-desafogar-o-judiciario-hoje-com-quase-100-milhoes-de-processos> Acessado em: 05/12/18

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

UMA BREVE ANÁLISE DA RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE O MOTORISTA PARCEIRO E A UBER.

A ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE DRIVER PARTNER AND UBER.

Graziele Lopes Ribeiro[1]
Gabriel Junqueira Guimarães[2]

INTRODUÇÃO

A chegada das empresas de transportes por aplicativos, alterou a maneira de como as pessoas pedem transporte para se locomover hoje em dia nas grandes cidades ao redor do planeta. Alguém consegue imaginar a vida sem a Uber na atualidade? Provavelmente sua resposta foi não. Quem diria que uma empresa por meio de um sistema tecnológico iria conectar passageiros usuários e motoristas parceiros da companhia, e que iriam possibilitar que os viajantes possam ir aos locais desejados e que os motoristas recebam dinheiro em troca, com um simples toque no *smartphone*.

Outrossim, mudou a realidade de milhares de brasileiros que utilizam essas ferramentas como fonte de renda, por hora, principal, ou até mesmo aqueles que trabalham nos tempos livres para apenas complementarem a renda no final do mês. Pois através do cadastro na empresa, com seu carro, o motorista parceiro poderá fazer viagens de passageiros e receber dinheiro em troca, criando assim uma relação entre o motorista e a empresa. E no caso a ser analisado será utilizada como parâmetro a Uber Tecnologia.

A presente pesquisa objetiva analisar os elementos jurídicos que configuram a relação de emprego, abordados pelo artigo 3º da CLT, quais são: a pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Observando principalmente a conexão trabalhista da empresa Uber com os motoristas que prestam o serviço, dependendo de regras específicas impostas pela plataforma para poderem dirigir e transportar passageiros que utilizam o aplicativo da companhia.

[1] Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de São Paulo, Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, especialista em Direito do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade de Marília. Professora de graduação e pós-graduação em Direito. grazielelopesribeiro@hotmail.com
[2] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULPULBRA. gabujunqueira@gmail.com

Com a gigante demanda de pessoas que utilizam esse tipo de aplicativo, cabem aos operadores do direito fiscalizarem e discutirem sobre as garantias, os direitos e deveres da Uber, pois permitem que pessoas sejam cadastrados e passam a prestar serviços como motorista parceiro da empresa. Dessa relação entre o motorista e a companhia podem surgir controvérsias tais que até o momento não são regulamentadas pelo direito do trabalho.

Não obstante a lei trabalhista traga na sua letra formas de garantir os direitos do trabalhador nessa relação entre Empregador x Empregado, por entender que é a parte hipossuficiente da relação, ainda falha a respeito dessas novas formas de relação de trabalho através dos aplicativos, e especificamente de aplicativos de transporte.

1. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

Tanto Delgado (2017) quanto Leite (2017) apontam que o direito do trabalho é um ramo da ciência jurídica que contém um agrupamento de princípios, regras e institutos jurídicos próprios atribuídos à reger relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, tal como outras possíveis relações de trabalho semelhantes à relação empregatícia, afim de resguardar as condições sociais, culturais, ambientais e econômicas dos trabalhadores, e proteger a dignidade do ser humano.

O estudo desse ramo específico do direito nos leva a distinção de duas relações que embora sejam vulgarmente tratadas como sinônimo, não podem ser confundidas: relação de trabalho e relação de emprego. Sendo a primeira é um gênero que abrange todas as relações que tenham o trabalho humano adjunto a paga de uma quantia como contraprestação de uma obrigação.

A relação de trabalho é o gênero que compreende: “relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio etc.)” (DELGADO, 2017, p. 309). Dito isto, percebe-se que toda relação de emprego tem uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho tem uma relação de emprego.

Se para que tenha uma relação de trabalho basta um contrato com labor humano por interesse em receber paga ao concluir a obrigação, na relação de emprego não é tão simples, pois ela exige que a relação preencha requisitos.

Tais requisitos estão dispostos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, onde diz que:

> Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Com base nesse artigo de lei, Delgado (2017) entende que para a relação de emprego ser configurada como tal, deve obedecer cinco elementos fáticos jurídicos, quais sejam: o trabalho prestado por uma pessoa física por um tomador qualquer, a pessoalidade do trabalhador na prestação a ser cumprida, a não eventualidade prestada pelo trabalhador, o cumprimento do labor sob subordinação do tomador do serviços, e a onerosidade paga ao efetuar o trabalho.

Não se satisfaz a relação empregatícia se conter apenas alguns desses elementos, sendo obrigatoriamente necessário todos eles na relação para se configurar o vínculo. Tanto para Cassar (2018) quanto para Leite (2017), a exigência conjunta de todos esses elementos são essenciais para que exista a relação empregatícia, sob a consequência de se descaracterizar o trabalhador como empregado. Posto isto, vejamos cada requisito a seguir.

O primeiro requisito a ser discutido e que é necessário para a configuração do vínculo empregatício consiste na exigência da contratação de pessoa física, ou seja, o labor contratado tem que ser realizado por uma pessoa física (pessoa natural), para que se caracterize como um requisito da relação de emprego, não podendo ser feito por pessoa jurídica. “A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural)” (DELGADO, 2017, p. 314).

Segundo Martins (2017) citado por Casagrande (2017, p. 25) “somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer no caso, prestação de serviços, empreitada, etc.”, ou seja, há a possibilidade de se contratar uma pessoa jurídica para o labor, mas será caracterizada de outra forma, podendo ser objeto jurídico de outra matéria que não cabe ao direito do trabalho, mas sim na esfera civil por exemplo.

“Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas” (DELGADO, 2017, p. 314).

Outro requisito fundamental é a pessoalidade, e implica dizer que o contrato de trabalho deve ser pessoal, pois a pessoa foi escolhida por seus atributos pessoais – capacidade técnica, formação acadêmica, perfil profissional, grau de confiança e etc., por tanto é escolhido e contratado para prestar o serviço não podendo ser substituído por qualquer outra pessoa de sua escolha. Assim o empregado não pode a bel-prazer pedir que um amigo, parente ou vizinho vá no seu lugar (CASSAR, 2018).

Ao realizarem acordo em um contrato de trabalho, fica vinculado ao empregado a necessidade de ser ele próprio a realizar a tarefa definida, não podendo se fazer substituir. Por isso a caracterização da infungibilidade, a indivisibilidade, a pessoalidade no que tange ao trabalhador. O labor deve ser, "de modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados" (DELGADO, 2017, p. 315).

A caracterização da relação de emprego exige também a não eventualidade, sendo este o terceiro elemento fato jurídico analisado, e que está ligado a ideia de que a prestação laboral é de forma contínua, recorrente, não esporádica.

Segundo Cassar (2018, p. 51), "a necessidade daquele tipo de serviço pode ser permanente (de forma contínua ou intermitente) ou acidental, fortuita, rara". Sendo assim, a não eventualidade não se caracteriza por quantas vezes o trabalhador vai ao trabalho, obedecendo horários diários, mas sim, sobre a necessidade permanente da mão de obra do empregado, podendo ser em certos dias e horários específicos, onde o trabalhador fica ligado ao empregador para cumprir o labor contratado.

Aquele que presta serviço eventualmente não pode ser considerado empregado, pois a presunção de não eventualidade está na obrigação de prestar serviços por tempo determinado previamente no contrato de trabalho, não importando se é todo dia, ou se é em dias alternados ou até mesmo somente por um período de tempo em dias específicos. Podemos citar como exemplo o garçom, que trabalha em um bar somente aos finais de semana, veja, por mais que não trabalhe todos os dias da semana, mas tem dia, local, e horários certos para cumprir, já configura como "não eventualidade". Ao contrário de uma pessoa que contrata uma diarista, por exemplo, somente duas vezes por mês, em dias incertos, nenhum compromisso contratual prévio, e como diz Cassar (2018, p. 52) "eventual é o trabalho de necessidade acidental para o tomador".

Talvez esse requisito seja o mais complexo de todos os outros na relação de emprego para o Direito do Trabalho, pois existe divergências na jurisprudência e na doutrina. Tanto que para evitar futuros embates o legislador à época colocou no *Caput*, do artigo 3º da CLT o vocábulo "serviços de natureza não eventual" (BRASIL, 1943).

Mais um elemento essencial que compõe a relação de emprego é a onerosidade; e repousa na ideia de reciprocidade, onde ambas as partes recebem algo em troca, o empregador recebe o serviço e o empregado recebe o pagamento. Importante esclarecer que toda prestação do labor equivale em alguma contrapartida, inexistindo a possibilidade de contrato de emprego

sem paga, como voluntariedade, caridade, ou seja, que não tenha vantagem remuneratória pelo empregado, afirma Cassar (2018).

Logo, no momento em que uma pessoa se predispõe a prestar um serviço para outrem, onde há a intenção mútua de obter vantagens, sendo de um lado a parte que almeja receber em troca paga para fazer a prestação e a outra da mesma forma retribui para que seja-lhe feito a incumbência que precisava, configura a onerosidade.

Para Delgado (2017) "o contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis". Sendo assim, pode-se perceber que para se caracterizar a onerosidade é preciso duas partes interessadas, o prestador do serviço que objetiva receber vantagem, e o que precisa do serviço e paga para obtê-lo, e o principal, a obtenção de pagamento, seja por dinheiro ou com qualquer outra coisa, pode ser pago com um objeto por exemplo.

Torna-se o recebimento essencial para ocorrer a onerosidade, pois como diz Leite (2017, p 163) "o trabalho prestado a título gratuito, voluntário, por caridade, não é protegido pelo direito do trabalho". Logo, para o estudo dos elementos fato jurídicos que configuram como relação de emprego não comporta trabalho sem pagamento. E segundo o mesmo autor citado nesse parágrafo, vale ressaltar e dizer que a "o fato de o salário não ser pago não desfigura a relação de emprego, pois pode caracterizar mora salarial do empregador" (LEITE, 2017, p 163).

Destaca-se ainda que, para se definir como um elemento fato jurídico da relação de emprego, não pode ser vista somente sob a perspectiva do trabalho realizado ou de quem contrata o serviço, pois se não todas as vezes em que houvesse uma prestação de serviço tendo vantagens recíprocas mediante pagamento, mesmo que simples, estaria sempre presente o fato jurídico da relação de emprego onerosidade. Sendo que esta deve ter perspectiva somente sobre o prestador de serviços para que constitua o requisito para a relação de emprego (DELGADO, 2017).

Nesse sentido, Delgado (2017) escreveu que o operador jurídico não encontrará objeção em reconhecer a existência da onerosidade em uma relação de trabalho, uma vez que o pagamento surgirá ao logo da prestação do labor. Dessa maneira fica fácil em reconhecer esse elemento fato jurídico em uma relação de trabalho entre as partes.

Doutrinadores utilizam o termo *animus contrahendi* para exprimir o relacionamento entre as partes na relação de emprego, e em especial o tomador do serviço, em relação a natureza dos efeitos jurídicos do vínculo entre elas. A expressão traz consigo a vontade do tomador do serviço em se vincular ou não em uma relação empregatícia e onerosa, e caso não exista essa

relação resta prejudicada o requisito da onerosidade na relação empregatícia (DELGADO, 2017).

Por fim, a relação empregatícia desenvolve-se sob o manto da subordinação, que aparece na Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 3º como "dependência".

Para a maioria dos doutrinadores esse é o componente mais importante que caracteriza a relação de emprego, e muito embora a ideia de dependência do empregado ao empregador, todavia dar-se-á não a pessoa, mas sim à sua atividade laboral (LEITE, 2017).

A natureza jurídica da subordinação é pacificada atualmente na teoria justrabalhista, onde é tido como um fenômeno jurídico proveniente do contrato convencionado entre o trabalhador e o tomador do serviço, no qual respectivamente um acolhe o acatamento do outro, sobre a forma da prestação do serviço (DELGADO, 2017). Ao aceitar um trabalho, presume-se que o prestador do serviço sabe qual é a função que irá laborar, e passa aceitar livremente a situação de subordinação do tomador do serviço.

Cada elemento jurídico é essencial para que possa haver a configuração e reconhecimento do vínculo da relação de emprego. A pessoa física no que tange a necessidade ser uma pessoa natural, a pessoalidade que trata a singularidade daquele que trabalha e presta o serviço, a forma em que o trabalhador não seja eventual, e que tenha uma continuidade no labor exercido, a onerosidade que é almejada por quem presta o serviço, e a subordinação que é aquém obedece regras que diz respeito ao trabalho prestado.

Todos esses elementos são importantes e servem de base para a análise do contrato de emprego, e se serão resguardados os direitos pela Justiça do Trabalho, de competência dela.

Após analisar os requisitos essenciais para a configuração da relação de emprego passamos a analisar a empresa Uber Tecnologia, como ela funciona, e como é o contrato que rege sua organização.

2. UBER TECNOLOGIA.

Assim como outras *startaps* a Uber surgiu por uma necessidade. Em 2009, Garett Camp e Travis Kalanick, participaram de um evento na França e ao final tiveram dificuldades para encontrar um táxi, ou outro transporte público para retornarem ao hotel em que estavam hospedados. Diante disso, imaginaram como seria útil que se através de um toque no celular encontrasse um serviço de motorista particular, facilitando e inovando a forma das pessoas se locomoverem (UBER, 2019).

Uma simples ideia, sob uma dificuldade foi o começo de uma grande empresa, que ao início começou sem muitas pretensões e se tornou uma empresa que opera no mundo todo com valor estimado em "mais de US$ 50 Bilhões de dólares" (MELO, 2015).

A *Uber Technologies Inc.* foi oficialmente fundada em junho de 2010, na cidade de São Francisco, e em alguns anos depois expandiu-se rapidamente pelo mundo e atualmente ela está em mais de 600 cidades, espalhadas por 63 países com mais de três milhões de motoristas parceiros dirigindo para a Uber no mundo. Aqui no Brasil, a empresa está em funcionamento em mais de 100 cidades, com mais de 600 mil motoristas parceiros (UBER, 2019). Sem duvida alguma, a Uber Tecnologia se tornou uma empresa na qual tem mudado de forma significativa a vida de muitas pessoas, tanto para aquelas que precisam do serviços de transporte privado para se deslocar, quanto para aquelas que têm na empresa uma forma de trabalho, ou como forma de complementar sua renda ganhando um dinheiro extra.

A Uber é similar há um serviço de táxi, onde um passageiro pede um motorista para levá-la em um lugar específico, só que a diferença é que esse pedido é feito por meio de um simples toque na tela do celular. Por via do sistema, um aplicativo que a pessoa instala no celular, abre uma tela inicial perguntando para onde deseja ir, e que ao definir o destino, é mostrado o preço estimado antes de pedir a viagem. E ao final da viagem o passageiro tem a opção pagar em cartão de crédito ou em dinheiro.

A empresa oferece diversos produtos para os usuários da plataforma. Mas a própria empresa faz ressalvas sobre o que ela é e faz. Segundo dito pela mesma, ela busca gerenciar e disponibilizar uma plataforma em um aplicativo tecnológico para que os motoristas parceiros possam se conectar com usuários de forma prática, permitindo viagens acessíveis e rápidas. E tem como objetivo descomplicar a mobilidade das pessoas e melhorar o trânsito nas grandes cidades, oferecendo mais uma forma de locomoção por meio do transporte privado nos grandes centros. Possibilitando assim a oportunidade para que motoristas parceiros lucrem e aumentem sua renda. E ainda, visa diminuir o número de carros nas cidades diminuindo emissões de poluentes e consumo de combustível (UBER, 2019).

A companhia declara que ela não é empresa de transporte, pois apenas tem o ônus de gerenciar a plataforma que conecta motoristas parceiros e usuários cadastrados no sistema. Similarmente expressa também que não é um aplicativo de táxi, tanto quanto da mesma forma não é um aplicativo de carona, pois um usuário aciona o motorista parceiro para levá-lo aonde deseja ir e paga por isso. E por último, mas não menos importante, ela afirma que não emprega motorista, portanto não tem nenhuma relação de emprego com nenhum condutor parceiro, e de

modo igual enfatiza não possuir nenhum carro, em outras palavras, não é proprietária de nenhum veículo (UBER, 2019).

Para se tornar um "motorista parceiro" da Uber é necessário que a pessoa se cadastre no *site* da empresa, com o envio de uma foto da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), que comprove a autorização para exercer atividade remunerada – EAR. Em seguida a empresa efetua a verificação de segurança através de critérios de elegibilidade onde se verificam por exemplo os antecedentes criminais do proponente e comprovação da existência do veículo, próprio ou alugado. (UBER, 2019)

Caso for aceito, o já então motorista parceiro, antes de começar a dirigir deverá abri o sistema em seu celular e tirar uma foto para enviar para o seu perfil de motorista na plataforma, sendo que tal foto deve ser tirada de frente, se enquadrando nos espaços indicados pelo aplicativo, mostrando o rosto e os ombros, sem óculos escuro. Ademais, não pode ter outra pessoa na foto assim como o uso de fotos tiradas de outras fotografias (UBER, 2019).

Vencido todos os passos para a efetivação na empresa como motorista, fica então autorizado a iniciar suas viagens. Basta que o parceiro abra o sistema, no celular, selecionar a função iniciar e aguardar um chamado de viagem.

O valor da viagem é calculado sobre o tempo da viagem e a distância percorrida em quilômetros. O ganho do motorista será a soma de três valores: 1) o valor base que é a taxa cobrada para o início de cada viagem; 2) o valor por minuto que será dado ao tempo que a viagem durar; 3) e o valor por quilômetros sendo a distância dirigida na viagem. Logo, somado os esses três fatores dará o resultado do ganho total da viagem. Pode ocorrer de ter preço dinâmico, que é quando a procura está maior do que a oferta, nesse caso, o valor do ganho total é multiplicado por um algoritmo da empresa, que pode ser por exemplo valor total do ganho vezes 1.5, 2.0, 3.0 e etc. Caso no caminho da viagem tenha algum pedágio ou outras taxas, eles também serão somados aos ganhos, recebendo assim o motorista o valor correspondente (UBER, 2019).

O motorista pode a qualquer momento conferir através da plataforma esses valores. Há uma opção com nome de Ganhos, e para facilitar para o motorista, o resumo de ganhos apresenta-se com a taxa da Uber já descontada, ou seja, o que aparece na tela já é o valor total que será pago ao motorista, retirados os valores e taxas pela empresa. É possível também que o parceiro consulte todas as viagens, com possibilidade de consultar a rota, revisar o valor caso ache que o cálculo esteja errado. (UBER, 2019).

Os usuários (passageiros) tem como opção para pagamento da viagem em cartão de crédito ou com dinheiro. Caso o valor seja em cartão de crédito, a Uber cobrará do passageiro

o valor da corrida, e repassará para o motorista o valor líquido já descontado as taxas da companhia. Na hipótese de o pagamento ser por meio de dinheiro, o motorista receberá o valor integral da viagem, só que a empresa descontará as respectivas taxas relacionadas a viagem no saldo total que o motorista tiver naquela semana (UBER, 2019).

O extrato de ganhos do motorista é fechado semanalmente, a cada segunda-feira, todavia o recebimento dos valores será repassado para o motorista em até cinco dias úteis, em conta bancária indicada pelo motorista parceiro no momento do cadastro (UBER, 2019).

Ao se cadastrar, o motorista aceita os termos da empresa, inclusive concorda que as condições relativas aos serviços podem ser alterados a qualquer tempo com aditamentos entrando em vigor a partir do momento em que forem publicadas no *site* da Uber e somente o fato do usuário continuar usando após a mensagem postada representa o consentimento aos novos termos (UBER, 2019).

A Uber esclarece para o usuário a ciência de que ela não fornece bens, e não faz serviços de transporte ou logística, tampouco é transportadora, e que todas essas atividades são prestadas por terceiros independentes, não sendo eles representantes da empresa e nem empregados (UBER, 2019).

Há políticas e regras que deverão ser respeitadas durante a parceria com a empresa, nas quais o motorista deve cumprir à risca sob pena de ser desativado da plataforma através da chamada “Política de Desativação” (UBER, 2019).

A política de desativação abrange comportamentos que o motorista deve evitar no dia a dia de trabalho a exemplo da advertência quanto a permanência logado no aplicativo sem aceitar viagens, do impedimento na recusa de viagens quando se apresenta maior que a taxa de referência da cidade na qual atua e da taxa de cancelamento aplicada após a aceitação (UBER, 2019).

Não é permitido criar perfil falso de um usuário ou de motorista parceiro, e nem poderá em hipótese alguma ter um perfil duplicado, “uma vez já cadastrado ou após desativação permanente.” Manipular viagens burlando a plataforma e manipular contas são ações proibidas pela empresa, através de softwares, ou qualquer método nas quais possam criar viagens falsas, ou então contas falsas implica em desligamento automático. (UBER, 2019).

A prestação do serviço só poder ser realizada pelo motorista credenciado. Não é admitido pela plataforma a substituição seja por motivo particular, de saúde ou mera liberalidade. Proíbe-se também viagens combinadas previamente com o usuário por meio do aplicativo, vender sua conta pessoal para outra pessoa, por conta de bônus, créditos ou outros benefícios, para auferir vantagem, ou então comercializar viagens da sua conta pessoal. Fica

proibido também fazer propaganda de outra empresa concorrente ou de serviços de transporte durante uma viagem para usuários da Uber (UBER, 2019).

É vedado "realizar viagem com veículo incompatível ao veículo cadastrado no perfil do Motoristas Parceiro, para o qual tenha sido enviada a solicitação de viagem específica" (UBER, 2019). O motorista não pode carregar consigo armas de fogo, nem utilizar a marca, nome ou logo da empresa sem a autorização expressa. Veda-se ainda realizar assédio moral, através de elogios, comentários sobre aparência, manter contato físico não consensual, tocar em alguém contra a vontade do usuário, fazer discriminação de qualquer tipo, por raça, sexo, gênero, religião, dirigir embriagado, sob a influência de álcool ou qualquer substância ilícita ou praticar contravenção enquanto estiver *on line*. Além disso, o motorista tem que manter uma média de avaliação por parte dos usuários, podendo ser excluído automaticamente do sistema caso fique abaixo da média de avaliação da cidade.

3 DA RELAÇÃO ENTRE OS MOTORISTAS PARCEIROS E A UBER.

Não existem regras específicas no direito do trabalho que regulamentem a relação existente entre o motorista parceiros e a empresa de transporte por aplicativos, todavia, a legislação trabalhista brasileira determina requisitos para a configuração de determinadas relações laborais que a partir do análise pormenorizada é possível excluir ou determinar a existência de vínculos que ligam o obreiro ao tomador de serviços.

O reconhecimento de vínculo empregatício assegura ao trabalhador garantias trabalhistas e previdenciárias, dentro de um sistema de proteção que pretende garantir ao hipossuficiente direitos protetivos mínimos. Entretanto, a caracterização exige a presença simultânea dos requisitos anteriormente expostos e que agora passamos a analisar a sua ocorrência no caso em concreto.

A configuração da relação empregatícia exige que o labor seja realizado por pessoa física, "a prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física, natural" (DELGADO, 2017, p. 82).

Para se tornar motorista parceiro da Uber, é necessário fazer um cadastro na plataforma com a aceitação dos termos e condições impostos que conforme declarado "regem seu acesso e uso, como pessoa física" (UBER, 2019). Além do mais, o interessado na parceira deve anexar a imagem de sua Carteira Nacional de Habilitação permanente com a observação de que exerce atividade remunerada - EAR o que mais uma vez impossibilita o cadastro por uma pessoa jurídica, pois no Brasil a CNH é documento exclusivo de pessoas físicas.

Além da necessidade do trabalhador ser uma pessoa física, exige-se para o reconhecimento do vínculo empregatício a pessoalidade na prestação do serviço. Todavia tal requisito se preenche quando verificamos que o motorista parceiro é proibido de emprestar a sua conta na UBER para que outro realize o trabalho em seu lugar. Como descrito anteriormente existem diversos mecanismos que garantem que somente o parceiro cadastrado realize o trabalho dentre eles cita-se a necessidade de checagem através de imagem todas as vezes que o aplicativo é ligado e outras que ocorrem de forma aleatória durante a jornada de trabalho sob pena de bloqueio da conta vinculada. (G1, 2017).

A não eventualidade na prestação do serviço pelo motorista parceiro se configura quando verificamos que apenas o cadastro inicial é suficiente para a utilização da plataforma pelo trabalhador por tempo indeterminado. Embora discuta-se que o trabalho seja realizado de forma esporádica observa-se que todas as vezes que o motorista for realizar o serviço, numa relação de continuidade ele acessa a plataforma e dá continuidade ao trabalho executado em outro momento. A continuidade se confirma quando se observa que o motorista tem a sua disposição um relatório de todas os serviços realizados desde o início da relação, sem interrupção ou necessidade de nova contratação ou adesão para a realização de cada novo trabalho.

O requisito da onerosidade se dá quando as partes recebem algo em troca pelo trabalho desenvolvido, existe uma correspondência entre pagamento e serviço, sendo que não se encontra a possibilidade de existir esse efeito em trabalho sem paga. (CASSAR, 2018)

A partir do momento em que as partes acordam o trabalho a ser realizado caracteriza-se então como um contrato oneroso, com intuito de perceber vantagens. Assim aduz Delgado (2017, p. 321): “O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis”.

Não resta dúvida quanto a presença da onerosidade na relação entre a UBER e o motorista parceiro. O trabalhador só desempenha essa função na perspectiva de receber a remuneração correspondente, por outro lado, a empresa admite a prestação do serviço através do pagamento de valor correlativo conforme suas tabelas de pagamento.

Por fim, para que a relação seja reconhecia como empregatícia deve-se reconhecer a subordinação no vínculo laboral. As descrições referentes as políticas de desativação descritas anteriormente acrescidas as exigências de modo de trabalho descritas anteriormente comprovam a existência da submissão do motorista a UBR.

Essa imposição hierárquica conhecida como subordinação, é para a pluralidade dos doutrinadores o elemento mais considerável para a tipificação da relação de emprego (LEITE, 2017). E para o motorista parceiro se dá o fenômeno da dependência hierárquica a partir do momento em que aceita a subjugação obrigatória dada pela companhia sob pena de exclusão da plataforma.

O reconhecimento da existência do vínculo empregatício entre o motorista parceiro e a UBER já encontra respaldo nos tribunais laborais.

No Reino Unido, em 2016, a UBER foi condenada a pagar salário mínimo e descanso semanal remunerado a mais de 30 mil motoristas que propuseram uma demanda judicial pleiteando direitos trabalhistas. (GLOBO, 2016).

Em 2013, o Tribunal da California condenou a UBER a reconhecer como funcionários três motoristas que conseguiram comprovar que eram tratados como empregados. (GLOBO, 2015). Recentemente, a mesma empresa concordou em pagar US$20 mi (vinte milhões de dólares) para encerrar um processo na justiça americana proposto por motoristas que acusam a empresa de tratá-los como empregados (ISTOÉ, 2019).

A justiça brasileira tem decisões no mesmo sentido. Em 2017, a justiça mineira reconheceu a existência dos requisitos que configuram o vínculo empregatício e condenou a UBER a reconhecer o demandante como seu empregado. Na decisão, o magistrado alertou para o desenvolvimento de novas tecnologias que implicam na transformação das relações laborais e pela necessidade de adequação normativa e jurisprudencial para que parte mais franca da relação não permaneça desprotegida.

O juiz observou ainda que a empresa realizava promoções com descontos e viagens gratuitas para usuários, mas que o motorista recebia o pagamento integral pelo trabalho realizado numa clara alusão de alteridade, característica intrínseca de empregadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que empregado é aquele que preenche todos requisitos elencados no artigo 3ª da CLT e o motorista parceiro apresenta subsídios que possibilitam confirmar a existência de todos os requisitos na sua relação laboral com a UBER.

Todavia, importa considerar que o desenvolvimento de novas tecnologias implica no surgimento de novas relações, que por vezes não se encaixam adequadamente à regulamentação já existente. Por isso as dificuldades e dúvidas na compreensão de como classificar, disciplinar, julgar e firmar jurisprudência sobre determinados assuntos.

O que resta em definitivo é a necessidade de manter o indivíduo em sua posição central e assegurar que o direito do trabalho permaneça na sua vocação de amparar o trabalhador, através do desenvolvimento de mecanismos de proteção que compense a sua hipossuficiência e concretize estandartes mínimos de dignidade.

REFERÊNCIAS

ACE, revista online. **O que é uma startup?**. Disponível em: https://acestartups.com.br/o-que-e-uma-startup/ Acesso em 12 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm Acesso em: 05 mai. 2019.

CASAGRANDE**,** Beatriz Miotelli. **A (im) possibilidade da existência de vínculo empregatício entre o aplicativo Uber e os motoristas**. Direito-Içara, 2017. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/4934. Acesso em 06 mar. 2019.

CASSAR, Volia Bonfim, **Resumo de direito do trabalho** / Vólia Bomfim Cassar. – 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; SãoPaulo: MÉTODO, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de direito do trabalho** / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl..— São Paulo : LTr, 2017.

ESTADÃO, revista online. **Na crise, Uber vira opção ao desemprego.** Disponível em: http://infograficos.estadao.com.br/focas-ubereconomia/mobilidade-1.php Acesso em 05 mai. 2019.

EXAME, revista online. **Os apps de transporte mais usados pelos brasileiros**, 02 ago. 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/marketing/apps-carona-mais-usados-brasileiros/ Acesso em 10 abr. 2019.

GLOBO, G1 revista *online*. **Uber pede que motorista envie selfie provar identidade no Brasil**, 09 mai. 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uber-pede-que-motorista-envie-selfie-provar-identidade-no-brasil.ghtml Acesso em 06 mai. 2019.

GLOBO, G1 revista *online.* **Justiça do Reino Unido decide que motoristas são empregados do Uber**, 28 out. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/10/justica-do-reino-unido-decide-que-motoristas-sao-empregados-do-uber.html Acesso em 20 mai. 2019.

GLOBO, G1 revista *online*. **Uber perde ação de motoristas por reconhecimento trabalhista nos EUA**, 02 set. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/uber-

perde-acao-de-motoristas-por-reconhecimento-trabalhista-nos-eua.html Acesso em 20 mai. 2019.

ISTOÉ, revista *online*. **Uber concorda em pagar US$ 20 mi em ação de motoristas nos**

EUA, 13 mar. 2019. Disponível em: https://istoe.com.br/uber-concorda-em-pagar-us-20-mi-em-ao-de-motoristas-nos-eua/ Acesso em 20 mai. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra**, Curso de direito do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. - 8ª ed_-São Paulo; Saraiva, 2017.

MELO, Caroline. **Uber: a história da startup mais valiosa do mundo**, 04 ago. 2015. Disponível em: http://www.administradores.com.br/artigos/empreendedorismo/uber-a-historia-da-startup-mais-valiosa-do-mundo/89284/ Acesso em: 10 abr. 2019.

MINAS GERAIS. 33ª Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112**. Julgador: Juiz Márcio Toledo Gonçalves. Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://pje.trt3.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1 70131142754390000000038127039 Acesso em: 05 mai. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Como funciona o repasse de ganhos do motorista parceiro da Uber**, 26 set. 2017. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/blog/como-funciona-o-repasse-de-ganhos-do-motorista-parceiro-com-a-uber/ Acesso em: 11 mai. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Entenda a nova forma de calcular seus ganhos**. Uber Brasil Oficial. Uber, 2018. 1m36s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=piFtEpiWVcY&list=PLNd0i0_hUyNvJ1WypMwZS5fsARBe3nIQt Acesso em 15 abr. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Políticas e Regras**. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/drive/resources/regras/ Acesso em 10 abr. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Política de Privacidade**, 25 mai. 2018. Disponível em: https://privacy.uber.com/policy/ Acesso em: 10 abr. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Requisitos para os motoristas parceiros.** Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/ Acesso em 10 abr. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Termos e Condições**, 16 mar. 2017. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/ Acesso em: 10 abr. 2019.

UBER TECNOLOGIA. **Transfira seus ganhos quando quiser com a Uber**, 10 ago. 2017. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/blog/transfira-seus-ganhos-quando-quiser-com-a-uber/ Acesso em: 11 mai. 2019.